

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 008.508/2020-8 [Apensos: TC 031.463/2022-3, TC 001.473/2023-9, TC 004.925/2023-8]

Natureza: Acompanhamento

Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres (04.898.488/0001-77); Concessionária BR-040 S.A. (19.726.048/0001-00).

Representação legal: Carlos Antonio Vieira Fernandes Filho (34.472/OAB-DF), Izabella Mattar Moraes (58.035/OAB-DF) e outros, representando Concessionária BR-040 S.A.; Cristina Yoshida (23.658/OAB-GO), representando Concebra - Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A.; Guilherme Henrique Magaldi Netto (4.110/OAB-DF), Antônio Henrique Medeiros Coutinho (34.308/OAB-DF) e outros, representando Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias - ABCR.

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO. RELICITAÇÃO. LEI 13.448/2017. RODOVIA BR-040/DF/GO/MG. ANÁLISE DO TERMO ADITIVO DE RELICITAÇÃO. EXAME DOS PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS PARA A SELEÇÃO DA NOVA CONCESSIONÁRIA. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de acompanhamento que tem por escopo a análise: i) dos procedimentos de desestatização da BR 040/495/MG/RJ, aí incluídos os estudos de viabilidade, minutas de edital, de contrato e o plano de outorga; ii) da apuração da indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, prevista no inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2019, referentes à relicitação da mesma concessão.

2. Adoto como relatório a instrução elaborada pela Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil – AudRodoviaAviação, que contou com a anuência dos dirigentes daquela unidade (peça 477):

“I. INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de acompanhamento, com vistas a fiscalização de procedimentos de desestatização (peça 2), autuado em cumprimento à deliberação do TCU proferida na Sessão Plenária de 14/8/2019, na qual se determinou a atuação de processos de acompanhamento para cada relicitação nos seguintes termos (peça 1, p. 1):

Assim, proponho ao Plenário determinar à Segecex a autuação de processos de acompanhamento autônomos específicos para cada procedimento de relicitação, bem como para cada ocorrência de caducidade.

Outrossim, nos processos de acompanhamento deve ser objeto de análise a contratação de auditoria independente, conforme a previsão do art. 7º, § único, do Decreto 9.957/2019.

Por fim, deve ser estabelecido que os processos de acompanhamento ora propostos devem prosseguir até a assinatura do termo aditivo ou a finalização do procedimento de relicitação.

2. Nesse sentido, o presente processo foi autuado em decorrência do Decreto 10.248/2020, que qualificou perante o Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI para fins de relicitação a rodovia federal BR-040/DF/GO/MG, administrada pela concessionária Via040.

3. Nos presentes autos, até o momento, procedeu-se a realização de diligências e oitivas, mormente tendo por objeto o exame do aditivo de relicitação e da eventual indenização a ser paga à atual concessionária, referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

4. Dando prosseguimento ao processo de relicitação, a ANTT encaminhou o Ofício SEI 27298/2022/DG/DIR-ANTT (peça 389), referente à “desestatização do Sistema Rodoviário BR-040/RJ MG e BR-495/RJ”, por meio do qual indicou a disponibilização dos documentos demandados pelo art. 3º da Instrução Normativa 81/2018 do TCU (IN-TCU 81/2018).

5. Importante esclarecer que, por opção do Poder Concedente, o novo segmento a ser licitado corresponde apenas parcialmente ao trecho rodoviário original. O contrato atualmente vigente da Via040 (peça 14) compreende a rodovia BR-040 de Brasília/DF a Juiz de Fora/MG, enquanto a nova concessão pretendida abrangeria parte desse contrato – de Belo Horizonte/MG a Juiz de Fora/MG – somado ao trecho da BR-040 entre Juiz de Fora/MG e Rio de Janeiro/RJ (administrado por outra concessionária – Concer), além de um pequeno segmento da BR-495/RJ.

6. A figura a seguir ilustra em linha contínua os segmentos da Via040 e em linha pontilhada o trecho da Concer.

Figura 1: Mapa da BR-040



Fonte: peça 127, p. 1

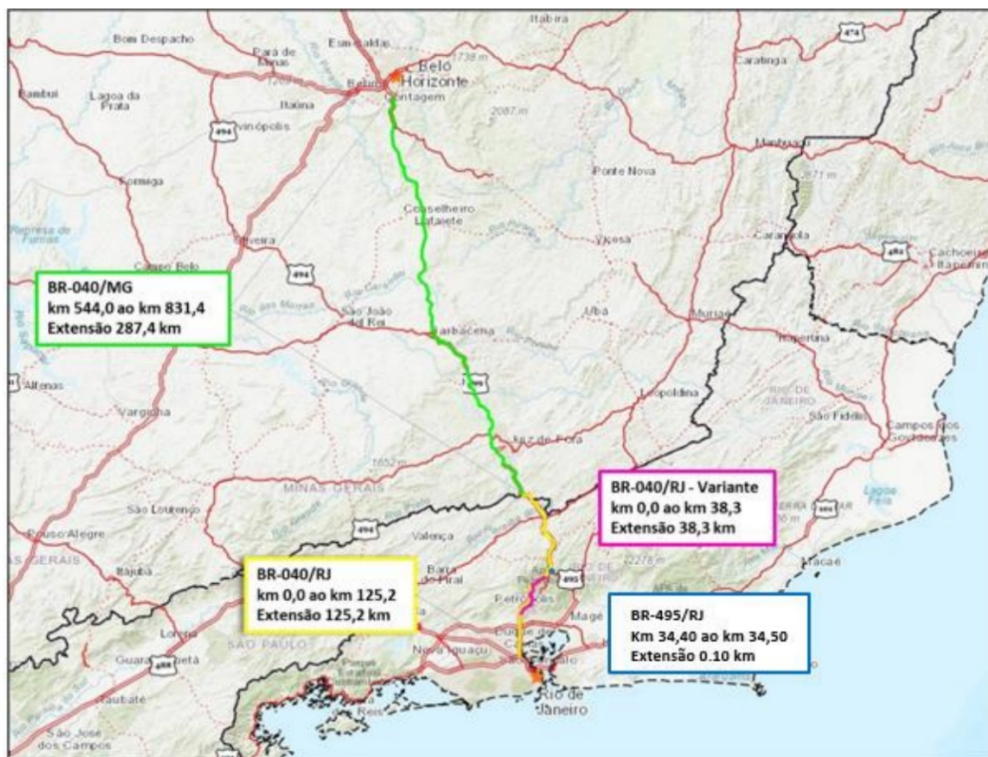
7. Os segmentos envolvidos no novo projeto de desestatização são os seguintes (peça 394, p. 1):

- a) Rodovia BR-040/MG, trecho com início em Belo Horizonte/MG, no entroncamento com a BR-356/MG (p/ Belo Horizonte) até a divisa Minas Gerais/Rio de Janeiro, no Estado de Minas Gerais;
- b) Rodovia BR-040/RJ, trecho com início na divisa Minas Gerais/Rio de Janeiro, até o entroncamento com a BR-116/RJ (p/ Trevo das Missões), no Estado do Rio de Janeiro;

c) Rodovia BR-495/RJ, trecho do entroncamento com a BR-040/RJ, até o entroncamento com a BR-040ARJ10(B) (Itaipava), no Estado do Rio de Janeiro.

8. O mapa do referido sistema rodoviário encontra-se a seguir:

Figura 2: Mapa da concessão pretendida da BR-040/495/MG/RJ



Fonte: Plano de outorga (peça 396, p. 11)

9. Os procedimentos de relicitação incluem, entre outros aspectos, o cálculo da eventual indenização ao concessionário atual, bem como a realização de certame para a seleção do novo parceiro privado. Nesse sentido, esta instrução tem por objeto o exame de mérito acerca das questões previamente abordadas nestes autos – incluindo a análise das manifestações da ANTT e da concessionária Via040, em resposta às oitivas autorizadas, conforme Despacho do Relator (peça 216) – bem como o exame da documentação posteriormente encaminhada pela agência, concernente a nova licitação pretendida, em atendimento ao disposto na IN-TCU 81/2018.

10. Com vistas a melhor organizar a presente instrução, cada um de seus capítulos encontra-se dividido em duas partes. A primeira, denominada “Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ”, é relativa ao exame dos estudos de viabilidade e das minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos (incluindo a minuta contratual) da nova concessão pretendida – BR-040/495/MG/RJ, seguindo as prescrições da IN-TCU 81/2018. A segunda parte, denominada “Do encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG”, diz respeito à análise das oitivas previamente realizadas nestes autos, concernentes a aspectos do termo aditivo de relicitação, celebrado no âmbito do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, bem como ao cálculo da indenização eventualmente devida à atual concessionária.

11. Não obstante, por fins didáticos, os dois assuntos mencionados estarem sendo tratados de forma compartimentalizada, há que se ressaltar a interconexão entre os temas, mormente porque a eventual indenização devida ao atual contratado é um dado de entrada do modelo econômico-financeiro da nova licitação, influenciando o montante a ser aportado pelo vencedor do certame, bem como a atratividade da concessão pretendida.

I.1. Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ

I.1.1. Visão geral do objeto e sua importância socioeconômica

12. Os documentos apresentados indicam que a concessão pretendida da BR-040/495/MG/RJ teria prazo de duração de trinta anos, com a possibilidade de perdurar por até 35 anos (peça 386, p. 16), abrangendo os seguintes trechos, que totalizam 450,70 km (peça 395, p. 3), conforme **Tabela 1**:

Tabela 1: Trechos da futura concessão da BR-040/495/MG/RJ (de acordo com o SNV)

Rodovia	SNV 07/2019 (km)	Marco quilométrico (vídeo-registro) (km)	Estaqueamento dos Estudos de Engenharia (km)
BR-040/MG	287,100	285,070	287,442
BR-040/RJ	163,500	163,350	163,500
BR-495/RJ	0,100	0,100	0,100
Total	450,700	448,520	451,042

Fonte: minuta do PER-Anexo A (peça 453, p. 5)

13. No Plano de Outorga para Concessão da BR-040/495/MG/RJ, encontra-se a seguinte justificativa à proposta de concessão pretendida (peça 396, p. 9):

O presente projeto de concessão foi recomendado à qualificação no âmbito do PPI, criado pelo Governo Federal, com o objetivo de ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País; garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas aos usuários; promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; assegurar a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

Quanto à importância do presente empreendimento, os trechos envolvidos interligam duas capitais do país, Belo Horizonte e Rio de Janeiro, integrando 25 municípios e mais de 6,1 milhões de habitantes e diversas indústrias instaladas.

A partir da execução deste projeto, pretende-se modernizar o eixo rodoviário envolvido, reduzindo, assim, os custos de transporte e os tempos de viagem entre as regiões metropolitanas das capitais dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro.

I.1.2. Licitação, política tarifária, investimentos, custos operacionais e receitas estimadas

14. A licitação da concessão da BR-040/495/MG/RJ será realizada na modalidade leilão com critério de julgamento híbrido, considerando a combinação de menor valor de tarifa de pedágio com a maior outorga fixa (peça 396, p. 16). Nas propostas do certame será admitido um desconto máximo de 24,41% sobre o valor de referência para a tarifa de pedágio (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Valores_Contrato”, célula D23). Da cifra eventualmente ofertada como lance, 25% constituirão o valor da outorga, depositados na Conta Única do Tesouro, e 75% serão destinados aos Recursos Vinculados da concessão, por meio da Conta de Aporte (peça 388, p. 21).

15. As tarifas de pedágio são diferenciadas por categoria de veículos, em razão do número de eixos e da rodagem, adotando-se os multiplicadores da tarifa constantes da **Tabela 2** (considerando-se o número de eixos não suspensos dos veículos quando vazios).

Tabela 2: Multiplicadores de tarifa

Categoria	Tipos de veículos	Multiplicador da Tarifa
1	Automóvel, caminhonete e furgão	1,0
2	Caminhão leve, ônibus, caminhão-trator e furgão	2,0
3	Automóvel e caminhonete com semirreboque	1,5
4	Caminhão, caminhão-trator, caminhão-trator com semirreboque e ônibus	3,0
5	Automóvel e caminhonete com reboque	2,0
6	Caminhão 4 eixos	4,0
7	Caminhão 5 eixos	5,0
8	Caminhão 6 eixos	6,0
9	Caminhão 7 eixos	7,0
10	Caminhão 8 eixos	8,0
11	Motocicletas, motonetas, triciclos e bicicletas moto	-
12	Ambulâncias, veículos oficiais e do Corpo Diplomático	-
-	Caminhões de 9 eixos ou mais	Multiplicador igual ao número de eixos

Fonte: minuta de contrato (peça 396, p. 19)

16. Optou-se, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, pela adoção do sistema *Free Flow* – de modo a realizar a cobrança eletrônica da tarifa de pedágio proporcionalmente ao trecho percorrido por um veículo sem que esse necessite parar ou diminuir sua velocidade – com vistas a promover o gerenciamento do tráfego na região. O sistema de *Free Flow* possui multiplicadores tarifários distintos, conforme **Tabela 3**:

Tabela 3: Multiplicadores de tarifa

Categoria	Tipos de veículos	Multiplicador da Tarifa
1	Automóvel, caminhonete e furgão	1,0
2	Caminhão leve, ônibus, caminhão-trator e furgão	2,0
3	Automóvel e caminhonete com semirreboque	1,0
4	Caminhão, caminhão-trator, caminhão-trator com semirreboque e ônibus	2,0
5	Automóvel e caminhonete com reboque	1,0
6	Caminhão 4 eixos	4,0
7	Caminhão 5 eixos	4,0
8	Caminhão 6 eixos	4,0
9	Caminhão 7 eixos	4,0
10	Caminhão 8 eixos	4,0
11	Motocicletas, motonetas, triciclos e bicicletas moto	0,5
12	Ambulâncias, veículos oficiais e do Corpo Diplomático	-
-	Caminhões de 9 eixos ou mais	4,0

Fonte: Plano de outorga (peça 396, p. 19)

17. Na modelagem econômico-financeira descrita pelo Plano de Outorga, foi obtido o valor da tarifa de referência de R\$ 0,1925/km (peça 396, p. 32), sendo que ao longo do presente processo de fiscalização as modificações promovidas nos estudos culminaram na alteração da referida tarifa para R\$ 0,19471/km (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Valores_Contrato”, célula E19). Tais valores encontram-se na data-base de outubro/2021.

18. Foi atribuída a cada praça de pedágio a mesma extensão de cobertura (68,77 km), de modo que todas têm a mesma tarifa de face inicial, que seria de R\$ 13,25, pelo plano de outorga (peça 396, p. 32), tendo as modificações posteriores a levado ao valor de R\$ 13,908 (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Valores_Contrato”, célula D19).

19. Ao longo da concessão, com o objetivo de criar incentivos para a conclusão de investimentos relevantes, encontram-se previstas duas reclassificações tarifárias (peça 396, p. 20) – cada uma delas representado um adicional de 20% da tarifa – associadas a conclusão das duas principais obras da futura concessão, quais sejam:

a) a Nova Subida da Serra de Petrópolis: conjunto de obras e serviços, a serem concluídos até o Ano 5 da concessão, que envolvem o término das obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ, iniciada durante a concessão da CONCER, incluindo três túneis, com extensões de 4,6 km, 0,35 km e 0,27 km (peça 395, p. 14); e

b) a adequação de Multivias no estado de Minas Gerais: adequação dos segmentos de pista multivias para pista duplicada com separador central, nos trechos da BR-040 no estado de Minas Gerais, compreendendo 146 km, a ser concluída até o Ano 7 da concessão.

20. Ainda em relação à tarifa, cabe mencionar que o contrato estabelecerá a aplicação de dois tipos de descontos: Desconto de Usuário Frequente (DUF) e Desconto Básico de Tarifa (DBT). O DUF tem por objetivo minimizar o impacto da introdução do pedágio nos custos totais de transporte daqueles que utilizam as rodovias para a realização de deslocamentos frequentes, sendo aplicável a veículos das categorias 1, 3 e 5. O percentual do desconto concedido dependerá da periodicidade em que o usuário transita em determinada praça, seguindo fórmula estabelecida em anexo do contrato. O DBT é direcionado aos usuários do sistema de pagamento automático (veículos com TAGs eletrônicos acoplados aos veículos), beneficiando-os com o desconto automático de 5% em cada cobrança de tarifa de pedágio, independentemente da categoria veicular e da quantidade de viagens realizadas (peça 396, p. 21-22).

21. Em relação às localizações das praças de pedágio, no primeiro ano da concessão serão utilizadas três praças atualmente operantes na concessão da Via040 (BR-040/DF/GO/MG) e três praças do contrato da CONCER (BR-040/RJ/MG), sendo que após esse prazo uma das praças da BR-040/MG deve ser desativada e realocada para a BR-040/RJ, conforme tabela a seguir:

Tabela 4: Localização das praças de pedágio

Praça de Pedágio	Rodovia	Km	Localidade	Situação
1	BR-040/MG	577,700	Itabirito – MG	Existente – Via040 (Permanece na localização atual)
2	BR-040/MG	643,500	Conselheiro Lafaiete – MG	Existente – Via040 (Permanece na localização atual)
3	BR-040/MG	718,600	Barbacena – MG	Existente – Via040 (Permanece na localização atual)
4	BR-040/MG	819,300	Simão Pereira – MG	Existente – CONCER (Desativada ao final do Ano 1)
4	BR-040/RJ	3,150	Comendador Levy Gasparian – RJ	Nova
5	BR-040/RJ	45,800	Areal – RJ	Existente – CONCER (Permanece na localização atual)
6	BR-040/RJ	101,600	Xerém - RJ	Existente – CONCER (Permanece na localização atual)

Fonte: Plano de outorga (peça 396, p. 21-22)

22. A seguir apresentam-se resumidamente os valores associados aos investimentos e custos operacionais, ao longo dos trinta anos de concessão, de acordo com a modelagem econômico-financeira adotada na versão mais recente dos estudos (data-base: out/2021):

Tabela 5: Valores associados aos investimentos e custos operacionais

Item		Valor (milhões de reais)
Investimento	Indenizações e Ressarcimentos	158
	TI, Restauração e Manutenção	3.558
	Obras de ampliação de Capacidade e outras melhorias	4.166
	Edificações Gerais	119
	Equipamentos e sistemas	864
	Desapropriação	392
	Total de investimentos	9.257
Custos Operacionais	Conservação do Sistema Rodoviário	1.196
	Monitoração do Sistema Rodoviário	82
	Sistemas de Operação do Sistema Rodoviário	2.537
	Transporte de Valores	135
	Consumo de Energia	116
	Despesas Administrativas	152
	Opex Socioambiental	73
	Recursos vinculados	1.470
	Verbas Obrigatórias	558
	Seguros e Garantias	156
	Total de custos e despesas operacionais	6.475
TOTAL		15.732

Fonte: peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “CP”

23. A **Tabela 6** a seguir resume as melhorias a serem obrigatoriamente implantadas.

Tabela 6: Resumo das melhorias

Tipo de melhoria	Rodovia			TOTAL
	BR-040/MG	BR-040/RJ	BR-495/RJ	
Duplicação (km)	168,298	17,850	-	186,148
Faixas Adicionais (km)	57,707	77,516	-	135,223
Túneis (km)	-	5,220	-	5,22
Vias Marginais (km)	15,374	14,793	-	30,167

Tipo de melhoria	Rodovia			TOTAL
	BR-040/MG	BR-040/RJ	BR-495/RJ	
Correção de Traçado (un)	23	12	-	35
Adequação de superelevação (un)	8	-	-	8
Alterações de Greide (un)	11	1	-	12
Trombetas (un)	10	1	-	11
Diamantes (un)	15	5	-	20
Parclo (un)	1	2	-	3
Passagem inferior (un)	-	3	-	3
Obras de CONTENÇÃO (un)	55	68	-	123
Melhorias em alças (un)	2	10	-	12
Retornos em Nível (un)	20	4	-	24
Iluminação em Curvas Côncavas (un)	18	7	-	25
Passarelas (un)	8	12	-	20
Acessos (un)	32	39	1	72
Pontos de ônibus (un)	61	28	-	89
Área de Escape (un)	1	1	-	2
Ciclovias (km)	14,229	11,700	-	25,929
Barreira de ruído (un)	17	37	-	54
Caixa de CONTENÇÃO (un)	7	12	-	19
Passagem de Fauna	11	16	-	27

Fonte: Minuta do PER_Anexo (peça 453, p. 41)

24. Ademais, nos regramentos contidos na minuta contratual, encontram-se também previstas as chamadas “obras de manutenção do nível de serviço”, que consistem em intervenções de ampliação de capacidade no sistema rodoviário (especificamente, a implantação de faixas adicionais) condicionadas ao volume de tráfego, cuja execução dependerá do atingimento de gatilhos volumétricos pré-definidos para trechos específicos.

25. Considerando a configuração das praças de pedágio vigente entre o segundo e o trigésimo ano, é esperada uma ampliação do Volume Médio Diário Anual equivalente (VDM_{Aeq}) de cerca de 66%, indo de 143.928 em 2023 (ano 1) para 239.137 em 2052 (ano 30) (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Tráfego”). A receita total estimada (somatório da receita tarifária e da acessória) para todo o período da concessão é de R\$ 37,1 bilhões, na data-base de outubro de 2021 (peça 396, p. 31).

26. Por fim, registra-se que a taxa real de desconto utilizada no fluxo de caixa não alavancado do projeto foi estabelecida em 9,88% a.a. (peça 396, p. 32).

I.1.3. Elaboração dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA)

27. Quanto ao processo de elaboração do EVTEA, conduzido pela Empresa de Projetos de Logística S.A. – EPL, cabe mencionar que a empresa contou com o suporte do *International Finance Corporation* – IFC, membro do grupo do Banco Mundial. A elaboração dos estudos de engenharia, visando a concessão da BR-040/495/MG/RJ, se deu no âmbito do Contrato 13/2017 (peça 396, p. 6), no qual a EPL contratou o IFC, utilizando-se de inexigibilidade de licitação, para trabalhar na estruturação do programa de concessões.

28. De acordo com o Plano de Outorga, originalmente, havia a pretensão de incluir na concessão em pauta a rodovia BR-495/RJ (Estrada Itaipava-Teresópolis). Entretanto, ao longo dos estudos e análises, o Ministério da Infraestrutura entendeu adequado manter no projeto apenas um segmento de 100 m da BR-495/RJ, compreendendo uma ponte contígua ao entroncamento da BR-495/RJ e da BR-040 (peça 396, p. 6-7).

I.1.4. Escopo das análises empreendidas por esta Unidade Técnica a respeito da futura concessão

29. No que concerne ao exame promovido da documentação relativa à futura concessão da BR-040/495/MG/RJ, identificou-se a necessidade de promoção de ajustes em relação ao EVTEA, bem como as minutas do contrato e seus anexos, incluindo o PER.

30. Cabe registrar uma limitação aos trabalhos de fiscalização promovidos nestes autos caracterizada pelo fato de a ANTT não ter encaminhado ao TCU as versões da minuta do edital e da Modelagem Econômico-Financeira (planilha MEF) elaboradas com base na estimativa mais recente do valor a ser ressarcido à atual concessionária a título de indenização pelos bens reversíveis, não obstante tal documentação ter sido solicitada por meio de diligência no curso deste processo.

31. A documentação inicialmente encaminhada ao TCU continha a estimativa de ressarcimento à atual concessionária no valor de R\$ 144.483.027 (peça 388, p. 22; item não digitalizável associado à peça 397, “220805_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça R7_GEMEF.xlsx”, aba “CP”, célula F168), calculado a partir do valor da indenização pelos bens reversíveis, obtido do Produto 2A elaborado pelo Verificador Independente, subtraído das deduções relativas às multas e ao excedente tarifário (peça 398). Identificou-se que o valor da indenização utilizado para o cálculo, de R\$ 1.323.240.630 (peça 398 e 401, p. 1), já na data do envio da documentação ao TCU, encontrava-se desatualizado, uma vez que o Verificador Independente já havia na ocasião elaborado o Produto 2C, contendo a estimativa de R\$ 927.519.557 (peça 399, p. 88).

32. Em decorrência do equívoco constatado, solicitou-se à ANTT o envio de novas versões da planilha do Modelo Econômico-financeiro (MEF) e da minuta do Edital (peças 403 e 405).

33. Em resposta à diligência, a agência afirmou que corrigiria o saldo a ser indenizado no MEF, ao final dos trabalhos deste Tribunal (peça 427, p. 2-3):

Uma vez que o valor final impacta a tarifa, no sentido que quanto menor a indenização, menor a tarifa-teto modelada, há efeitos secundário sobre o tráfego modelado.

Assim, considerando que o efeito meramente matemático sobre a modelagem vis-à-vis o seu custo em tempo para atualização completa do EVTEA, o Gestor promoverá essa atualização com o acúmulo de eventuais ajustes identificados pelo tribunal, previamente ao relatório final da equipe técnica do TCU.

Em relação ao edital, o efeito é similar, não existindo atualização da cláusula se o valor de indenização se manter positivo. No entanto, caso o valor final seja negativo, a cláusula 8.5 constante na Minuta de Edital será ajustada de modo a suprimir quaisquer pagamentos à antiga concessionária.

34. Destaca-se que a agência, posteriormente a resposta à diligência supra, encaminhou novas versões do EVTEA trazendo outras correções, entretanto sem alterar o valor da indenização. Até o

final dos trabalhos de fiscalização não foi encaminhada outra versão mais atualizada de planilha da modelagem econômico-financeira.

35. Outra importante limitação aos trabalhos de fiscalização decorreu da alteração da estimativa, formulada pela ANTT, do valor das multas a serem deduzidas da indenização pelos bens reversíveis, ocorrida após a finalização do relatório preliminar. Assim, somente após a conclusão do relatório preliminar, a agência informou à equipe de fiscalização do TCU que a projeção do abatimento relativo ao item “Multas TAC” havia sido reduzida de R\$ 535 milhões para R\$ 149 milhões, não havendo tempo hábil para as verificações pertinentes no âmbito do presente relatório, em razão dos prazos definidos na IN-TCU 81/2018.

I.2. Do encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG

36. O contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG (peça 14) foi celebrado em 12/3/2014 prevendo a prestação de serviços por um período de 30 anos, ao longo do qual a concessionária está incumbida da exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço do sistema rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidos no contrato e no Programa de Exploração da Rodovia (PER), mediante cobrança de pedágio (peça 14, p. 10).

37. O sistema rodoviário concedido abrange 936,8 km, extensão que, à época da licitação, era constituída de 557,2 km de pista simples, 222,3 km de pista dupla com canteiro central e 157,3 km em multifaixas conforme informações constantes do PER (peça 26, p. 6).

38. Nos termos do ajuste celebrado, a Via040 assumiu, dentre outras obrigações, a incumbência de realizar obras de ampliação de capacidade numa extensão de 714,5 km (duplicação dos trechos em pista simples e conversão de multifaixas para vias duplicadas) ao longo dos cinco anos iniciais do contrato (peça 26, p. 32).

39. De acordo com os estudos de viabilidade que embasaram o certame vencido pela Via040, estimou-se que a futura concessionária teria que realizar investimentos totais de R\$ 8,1 bilhões no sistema rodoviário concedido, com destaque para as obras de melhoria e de ampliação de capacidade (R\$ 2.782 mi), que se daria nos cinco anos iniciais de contrato, e para a manutenção da rodovia (R\$ 2.479 mi) ao longo de 25 anos depois de sua restauração (R\$ 925 mi) (peça 18, p. 7-8). Todos esses valores na data-base de novembro de 2012.

40. Há que se destacar que o certame foi vencido pela Invepar, grupo controlador da Concessionária Via040, com um deságio de 61,13% sobre a tarifa-teto estipulada pelo edital (peça 27, p. 111).

41. Em nota técnica, a Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias (GEFIR) indicou que, passados mais de 6 anos de contrato, a concessionária havia realizado pequenos investimentos na rodovia em relação ao que fora inicialmente pactuado: 70,1 km de duplicação, 2 passarelas, 3 retornos em nível, 11 praças de pedágio, 1 centro de operações, 21 bases operacionais, 6 postos de pesagem e 12 bases da polícia rodoviária federal, além de equipamentos operacionais (postos de mensagem variável fixos e móveis, câmeras, estações meteorológicas, sistemas de detecção de altura, radares fixos e móveis) e sistema de radiocomunicação (peça 23).

42. Tais investimentos correspondem, essencialmente, àqueles exigidos contratualmente para o início da cobrança de pedágio, quais sejam, a conclusão dos trabalhos iniciais na rodovia e a duplicação de 10% da extensão total (peça 14, p. 32), executados no primeiro ano de concessão.

43. Nesse cenário, após a edição da Lei 13.448/2017, que estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, a Via040 protocolou, em 11/9/2017, pedido de

adesão ao procedimento de relicitação, o qual foi indeferido, um ano depois, em razão da ausência de regulamentação da referida lei (peça 23, p. 1).

44. Com o advento do Decreto 9.957/2019, o qual regulamentou a Lei 13.448/2017, a concessionária voltou a protocolar requerimento, em 20/8/2019, de qualificação do empreendimento (BR-040/DF/GO/MG) para fins de relicitação (peça 23, p. 1).

45. A diretoria colegiada da ANTT (Deliberação 1.015, de 26/11/2019) atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação da concessão da Rodovia BR-040/DF/GO/MG e submeteu a proposta ao Ministério da Infraestrutura, nos termos do art. 5º do Decreto 9.957/2019 (peça 21, p. 2).

46. Em 3/12/2019, foi aprovada a Resolução ANTT 5.860, a qual estabelece a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais.

47. O Decreto 10.248, de 18/2/2020, qualificou, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), para fins de relicitação, o trecho da rodovia federal BR-040/DF/GO/MG administrado pela Via040 (peça 21, p. 2).

II. HISTÓRICO

II.1. Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ

48. Em 8/9/2022, a ANTT encaminhou o Ofício SEI Nº 27298/2022/DG/DIR-ANTT (peça 389) que conteria a documentação pertinente a nova concessão pretendida da BR-040/495/MG/RJ, em atendimento ao art. 3º da IN-TCU 81/2018. Em conferência preliminar, a Unidade Técnica do TCU informou à agência ter identificado que parte da documentação como ausente ou inacessível (peça 391), tendo a ANTT disponibilizado novos links nas datas de 14/9/2022 (peça 392) e 15/9/2022 (peça 393).

49. Em 23/9/2022, foi elaborada instrução pela Unidade Técnica do TCU (peça 403), em observância ao § 2º, art. 9º, IN-TCU 81/2018, propondo a realização de diligência para a obtenção de informações completas e atualizadas quanto ao empreendimento, com vistas a que se pudesse considerar como recebida toda a documentação pertinente, nos termos do § 3º, art. 9º, IN-TCU 81/2018. O ofício de diligência (peça 405) foi recebido em 26/9/2022 (peça 406), com prazo de resposta de quinze dias.

50. Em 7/10/2022, foi recebido o ofício SEI 30869/2022/GAB-DG/DIR-ANTT (peça 408), por meio do qual a agência solicitou prorrogação de prazo para resposta de um dos itens da diligência. Por meio de despacho (peça 412), foi concedida prorrogação de prazo até 26/10/2020.

51. Em 11/10/2022, novo ofício foi protocolado no TCU, Ofício SEI 31189/2022/GAB-DG/DIR-ANTT (pela 413), encaminhando resposta parcial à diligência supracitada (relativa à instrução de 23/9/2022), e solicitou nova dilação de prazo em relação a dois itens da diligência. A prorrogação foi concedida, conforme consignado à peça 423.

52. Em 14/10/2022, encaminhou-se nova diligência (peça 425) requerendo a manifestação dos gestores acerca de apontamentos preliminares, bem como reiterando solicitações da diligência anterior (relativa à instrução de 23/9/2022), que não haviam sido adequadamente atendidas.

53. Em 26/10/2022, foi enviado ao TCU o Ofício SEI 33248/2022/ASSAD/GAB-DG/DIR-ANTT (peça 426), contendo manifestação em relação a três itens questionados na diligência elaborada em decorrência da instrução de 23/9/2022, para os quais havia sido requerida a prorrogação de prazo.

54. Em 31/10/2022, a ANTT remeteu o Ofício SEI 33248/2022/ASSAD/GAB-DG/DIR-ANTT (peça 430) contendo a manifestação em relação à diligência de 14/10/2022, tanto no que tange aos apontamentos preliminares quanto no que concerne reiteração da diligência relativa à conferência da

documentação originalmente encaminhada, formulada em decorrência da instrução de 23/9/2022. Assim, considera-se o dia de 31/10/2022, como a data de referência mencionada no art. 9º, IN-TCU 81/2019.

55. Em 8/11/2022, enviou-se diligência à ANTT (peça 435) relatando aparentes equívocos nos estudos, solicitando manifestação da agência. Em resposta (peças 438-440), a ANTT reconheceu como procedentes a maior parte dos apontamentos e divergiu de uma minoria, conforme tratado a seguir.

56. Em 6/12/2022, a agência enviou nova versão da Modelagem Econômico-Financeira (Planilha MEF – peça 447, item não digitalizável) contemplando a realização de ajustes relativos a vários dos apontamentos levantados no curso do presente processo.

II.2. Do encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG

57. A autuação desta Corte no processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG iniciou-se logo após a qualificação do referido trecho rodoviário para fins de relicitação, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, por meio do Decreto 10.248/2020, de 18/2/2020 (peça 1). O ato do Poder Executivo qualificando o empreendimento foi motivado pela Deliberação 1.015, de 26/11/2019, da Diretoria Colegiada da ANTT que atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação.

58. Em 14/7/2020, a ANTT aprovou (Deliberação 329) a celebração do primeiro termo aditivo ao contrato de concessão com o objetivo de estabelecer as obrigações relativas à relicitação do trecho concedido da BR-040/DF/GO/MG, tendo estabelecido prazo de 45 dias, improrrogáveis, a partir da publicação da deliberação para que as partes assinassem o documento.

59. Ao analisar a minuta do termo aditivo em questão, a Unidade Técnica identificou indícios de irregularidades, conforme detalhado na instrução à peça 31. Após ouvir a ANTT e a Concessionária (peça 34), a SeinfraRodoviaAviação propôs medida cautelar para que a ANTT se abstinhasse de assinar o termo aditivo ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação (peça 72-74). Essa proposta foi acolhida pelo Plenário, nos termos do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário (Ministra Relatora Ana Arraes), abaixo reproduzido (peça 78).

9.1. determinar, cautelarmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres que suspenda os efeitos da Deliberação 329/2020, abstendo-se de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que:

9.1.1. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados contemple as normas contábeis aplicáveis à espécie – contidas no ICPC01 – que preveem serão os bens reversíveis apurados por meio do ativo intangível da concessionária;

9.1.2. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados considere um teto ao valor das indenizações, a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA);

9.1.3. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que os valores arrecadados a maior dos usuários do serviço público (excedente tarifário decorrente da diferença entre R\$ 5,30 e R\$ 2,54), durante a vigência do termo aditivo, sejam reajustados pela combinação da atualização monetária (IPCA) com a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (FCM), nos termos do contrato original da concessão, ou outra taxa que reflita os riscos da concessionária, a exemplo das constantes dos empréstimos pontes da concessão;

9.1.4. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que a parcela dos valores arrecadados a maior dos usuários do serviço público que superar o valor das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (excedente tarifário decorrente da diferença entre R\$ 5,30 e R\$ 2,54), durante a vigência do termo aditivo, seja devolvida à concedente;

9.1.5. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que a retirada de obrigações do contrato original seja vinculada à redução da contrapartida financeira correspondente, especialmente referente à aplicação dos Fatores C e D e do Coeficiente de Ajuste Temporal.

9.2. determinar a oitiva da Agência Nacional de Transportes Terrestres e da Concessionária BR-040 S.A. – Via040, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifestem sobre os indícios de irregularidade apontados nestes autos, alertando-as quanto à possibilidade de este Tribunal vir a determinar a adoção de providências corretivas no processo de relicitação da concessão BR-040/DF/GO/MG – Via040, com vistas ao exato cumprimento da lei.

60. Irresignadas, a ANTT e a concessionária interpuseram agravo contra a decisão acima destacada (peças 90-97). Por meio do Acórdão 2.924/2020-TCU-Plenário de 28/10/2020 (peça 104), também de relatoria da Ministra Ana Arraes, o Plenário conheceu dos agravos e, no mérito, deu provimento no sentido de revogar a medida cautelar adotada por ausência do pressuposto do perigo da demora.

61. Destaca-se que a Ministra Relatora Ana Arraes, em seu voto (peça 105), pontuou que permanecia a fumaça do bom direito referente ao subitem 9.1.1 da decisão recorrida. Ressalta-se que a ANTT não se opôs aos subitens 9.1.3 e 9.1.4. No que se refere aos itens 9.1.2 e 9.1.5, a Ministra afirmou que esses pontos deveriam ser tratados por ocasião de mérito desses autos.

62. Em 17/11/2020, após a revogação da medida cautelar impeditiva, a ANTT e a Via040 firmaram o 1º Termo aditivo ao contrato de concessão (peça 121), que dispunha acerca do processo de relicitação.

63. É possível observar que se encontram presentes no aditivo assinado os ajustes correspondentes aos subitens 9.1.3 e 9.1.4 do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário, constantes das subcláusulas 5.4 (peça 121, p. 7) e 5.4.2 (peça 121, p. 7), respectivamente. As demais alegadas falhas previamente tratadas nestes autos não foram saneadas no documento. Registra-se que até o momento inexistiu decisão de mérito do TCU quanto ao tema.

64. Após à formalização do início do primeiro termo aditivo, iniciou-se, com base no prescrito pela Resolução ANTT 5.860/2019, os procedimentos para o cálculo da indenização eventualmente devida ao concessionário pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, tendo sido contratada, em 4/12/2020, a empresa KPMG para a apuração dos valores envolvidos e outras ações relacionadas ao processo de relicitação (peça 411).

65. Em nova análise preliminar, esta Unidade Técnica (peças 127) propôs realização de diligência à ANTT com vista ao saneamento do processo, que contou com a anuência do Dirigente da Unidade Técnica (peça 128). As respostas das manifestações quanto às diligências e às questões suscitadas no âmbito do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário foram encaminhadas pela ANTT (peças 133-136) e pela Via040 (peça 137).

66. Adicionalmente, com vistas ao saneamento dos autos, realizou-se diligências junto à ANTT para a obtenção de documentos relacionadas ao processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG, incluindo o acesso a processos administrativos, cópias de projetos de engenharia, relatórios de monitoração do pavimento, bem como informações acerca dos trabalhos realizados pela empresa de auditoria independente contratada para acompanhar o processo de relicitação (KPMG) (peças 139, 143, 161, 178, 195, 203).

67. Posteriormente, com base nas informações obtidas a partir das referidas diligências, elaborou-se nova instrução preliminar (peça 214) contendo cinco apontamentos, relativos:

- a) à Resolução-ANTT 5.860/2019;
- b) à validação dos investimentos para fins de indenização;
- c) aos montantes a serem deduzidos no cálculo da indenização;

- d) ao excedente tarifário; e
- e) ao descumprimento de obrigação contratual em relação ao Patrimônio Líquido.

68. Em razão dos indícios de irregularidade apontados na referida instrução, foi proposta a realização de oitiva da ANTT e da Concessionária para que pudessem exercer o contraditório e a ampla defesa, bem como apresentar suas manifestações em relação às possíveis propostas de determinações apresentadas, conforme Resolução-TCU 315/2020. Ademais, foi também proposta a realização de oitiva da Casa Civil da Presidência da República, com vista a colher sua manifestação em relação às contestações realizadas quanto à previsão de cobrança do excedente tarifário, trazida pelo Decreto 9.957/2019. A instrução contou com a anuência da Unidade Técnica (peça 215), tendo sido encaminhada ao Ministro-relator.

69. Em seu despacho (peça 216), o Exmo. Relator acatou as propostas de realização de oitivas da concessionária e da ANTT, entretanto deixou de acolher a destinada à Casa Civil. Ademais, deferiu o pleito da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) no sentido de habilitá-la como *amicus curiae* nos presentes autos.

70. Após o recebimento dos ofícios de oitiva (peça 217 e 218), que fixava em quinze dias o prazo para apresentação das respostas, cada parte solicitou duas prorrogações de prazo, primeiramente por trinta dias (peças 221 e 225) e, posteriormente, por dez dias adicionais (peça 231 e 233). Todas essas requisições foram anuídas pelo Tribunal (peças 222, 226, 232 e 234).

71. A resposta à oitiva apresentada pela ANTT (peças 235-242) constitui-se dos seguintes documentos:

Tabela 7: manifestação da ANTT à oitiva autorizada em Despacho do Relator (peça 216)

Peça	Assunto
235	Razões de oitiva
236	Nota Técnica SEI 4030/2020/SUOD/DIR
237	Comentário da KPMG aos questionamentos do TCU
238	Nota Técnica 14/2020/GEIC/SRA da ANAC
239	Norma Brasileira de Contabilidade CTO 06/2021
240	Relatório final - Produto 2C do Verificador Independente (KPMG)
241	Arbitragem CCI 25572/PFF - Decisão sobre o pedido liminar
242	Procedimento Arbitral 23932/GSS/PFF - Ordem procedimental 3

Fonte: produção própria

72. Já a resposta à oitiva apresentada pela Via040 foi carreada aos autos à peça 243, juntamente com os anexos constantes das peças 244-373.

73. Adicionalmente foram solicitadas à ANTT as ordens processuais referentes à Arbitragem 25572/2020/PFF, conforme e-mail à peça 375. A agência reguladora encaminhou a referida documentação conforme Ofício SEI 27544/2022/GAB-DG/DIR-ANTT (peça 376) e anexos (peças 377-382).

74. Posteriormente, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) apresentou manifestação complementar (peça 424).

III) EXAME TÉCNICO

III.1. Do novo processo de desestatização - BR-040/495/MG/RJ

75. A análise empenhada neste acompanhamento do processo de concessão das BR-040/495/MG/RJ ocorreu a partir do exame dos estudos de viabilidade técnica, econômico e ambiental (EVTEA), bem como das minutas do edital, do contrato e de seus anexos, que incluem o Programa de Exploração da Rodovia (PER).

76. Entre as melhorias decorrentes do exame promovido por esta Unidade Especializada, destacam-se reduções nos valores associados aos custos e investimentos originalmente previstos, resultantes dos ajustes promovidos em função dos apontamentos preliminares comunicados pela Unidade Técnica à ANTT.

77. Por meio de diligências encaminhadas à ANTT em 20/10/2022 (peça 425) e 8/11/2022 (peça 435), solicitou-se a manifestação da agência em relação a apontamentos preliminares, tendo a agência respondido os expedientes por meio do Ofício SEI 33248/2022/ASSAD/GAB-DG/DIR-ANTT (peças 430-432) e do Ofício 35859/2022/ASSAD/GAB-DG/DIR-ANTT (peças 438-440), respectivamente.

78. Ao final, estima-se que as reduções nos valores dos custos e investimentos previstos no EVTEA, resultante desta fiscalização, somam cerca de R\$ 209 milhões, sendo R\$ 181 milhões já corrigidos (concernentes a planilha MEF) e R\$ 28 milhões pendentes de providências pela ANTT (relativos ao cálculo do excedente tarifário).

III.1.1 Dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA)

III.1.1.1. Indenização – cálculo do excedente tarifário

79. Conforme relatado na diligência de 14/10/2022 (peça 425, p. 6), detectou-se um equívoco nas planilhas de cálculo do excedente tarifário constante do documento SEI 12045762 (processo 50500.105682/2021-16; arquivo: Excedente tarifário - RELICITAÇÃO - VIA 040.xlsx, item não digitalizável associado à peça 436). Em suma, observou-se que havia um erro nas fórmulas que aplicavam a taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente a título de excedente tarifário. Ressalta-se que, nos termos do inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019, cabe o abatimento do excedente tarifário da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, e que a aplicação da TIR decorre diretamente da cláusula 5.4 do 1º aditivo contratual (peça 121, p. 7).

80. A ANTT, em resposta à diligência (peça 431, p. 3-4), concordou com a pertinência do ajuste dos cálculos, fazendo constar a nova memória de cálculos do documento SEI 14061078 – processo 50500.022464/2020-66 (item não digitalizável associado à peça 437).

81. **A correção matemática realizada elevou o valor da estimativa do excedente tarifário de R\$ 643.339.172,37 para R\$ 655.411.610,42, resultando em benefício de R\$ 12.072.438,05 (data-base: maio/2022).**

82. Ocorre que na versão mais recente da planilha do Modelo Econômico-Financeiro (MEF), apresentado pela ANTT, consta ainda o valor de ressarcimento de R\$ 144.483.027,00 (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”), calculado utilizando-se da estimativa obtida a partir da fórmula incorreta do excedente tarifário (peça 398).

83. Ademais, após a confecção do relatório preliminar e seu encaminhamento à ANTT, foi aumentada a tarifa de pedágio praticada de R\$ 5,80 para R\$ 6,30 (veículos de categoria 1) por meio da Deliberação-ANTT 383/2022, com vigência a partir de 19/12/2022 (peça 472). O incremento da tarifa praticada resulta em uma ampliação do excedente tarifário. **Pode-se projetar que o excedente tarifário seria da ordem de R\$ 16 milhões maior em decorrência do aumento da tarifa resultante da Deliberação-ANTT 383/2022** (considerando as alterações pertinentes nas estimativas da agência supracitadas).

84. Considerando-se as impropriedades elencadas, faz-se, pois, necessário propor **determinar à ANTT que no cálculo do montante associado ao excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija: i) as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente, em respeito ao inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e à cláusula 5.4 do 1º aditivo ao contrato de**

concessão da Via040; ii) o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022.

85. Somando-se os efeitos previstos dos dois itens da proposta de determinação, pode-se estimar um benefício de cerca de R\$ 28 milhões – R\$ 12 milhões relativos à correção da fórmula e R\$ 16 milhões concernentes ao ajuste da mais recente revisão tarifária.

III.1.1.2. Apontamentos Saneados

86. No curso da fiscalização, por meio da diligência de 14/10/2022, identificou-se aparentes equívocos constantes da planilha MEF no cálculo dos percentuais do Fator D, utilizado para a promoção do reequilíbrio contratual no caso de inexecuções e do não atingimento dos parâmetros de desempenho (peça 425, p. 2-3). Da resposta à diligência (peça 432, p. 1-2), pode-se observar que ocorreu a concordância da agência acerca da pertinência da realização de ajustes, tendo sido disponibilizada versão atualizada da MEF. Assim, encontra-se superado o apontamento.

87. Havia sido apontadas incongruências entre os regramentos contratuais relativos à reclassificação tarifária e a modelagem contida na planilha MEF em relação ao tema (peça 425, p. 5-6, item 4.2). A agência concordou com a pertinência da realização de ajustes (peça 432, p. 3), tendo a versão recente da MEF contemplado as alterações (item não digitalizável associado à peça 447).

88. Na análise da planilha MEF (peça 397), nas abas com os cálculos dos preços dos insumos asfálticos (abas “ASFALTO MG” e “ASFALTO RJ”), foram apontadas inconsistências nos cálculos do valor do ICMS, e a desconsideração do menor valor do binômio aquisição mais transporte dos materiais betuminosos. Questionada, a ANTT reconheceu a inconsistência (peça 440, p. 1) e procedeu as alterações devidas.

89. Segundo informado pela ANTT (peça 440, p. 1), a correção relativa ao ICMS acarretou aumento de R\$5.553.804,43 no CAPEX. Já a correção do binômio aquisição mais transporte levou a redução de R\$5.597.956,14. Assim, **o impacto final no valor do CAPEX teria sido uma redução de R\$ 44.151,71**, conforme peça 440, p. 3.

90. Na análise dos serviços de conservação, da planilha MEF, abas “Conserva BR-040MG” e “Conserva BR-040RJ”, foi apontada duplicidade na inserção do BDI nos custos de materiais betuminosos (depois da inserção do BDI de 15%, os cálculos ainda adicionavam BDI de 31,77%). Constatou-se ainda erro no cálculo do preço do serviço “Fornecimento de emulsão RR-1C”. O fator da pintura de ligação, de 23 m²/km eq., foi multiplicado indevidamente por duas vezes, levando a sobrepreço. Erro semelhante ocorreu com o serviço “Fornecimento de CAP 50/70”, em que o fator de 2,4 t/km eq. também foi multiplicado em duplicidade.

91. Questionada, a ANTT reconheceu o equívoco (peça 440, p. 3) e fez as alterações, com a consequente redução do orçamento em cerca de R\$ 111 milhões, para obras no estado de Minas Gerais, e de cerca de R\$ 70 milhões, no estado do Rio de Janeiro (comparação entre as abas “Conserva BR-040MG” e “Conserva BR-040RJ” das planilhas MEF - peças 447 e 397, itens não digitalizáveis). Desse modo, **a redução de valor total do OPEX foi de cerca de R\$ 181 milhões**, sensivelmente superior aos R\$ 176,5 milhões informados pela ANTT (peça 440, p. 4).

92. Na aba “Preços” da planilha MEF, apontou-se uma aparente incorreção dos custos contidos nas colunas F e G quando comparados com os valores do SICRO, divulgados pelo DNIT. Questionada, a Agência esclareceu que, no cálculo de tais custos ainda não estariam inseridos o Fator de Influência de Chuvas – FIC e o Fator de Interferência de Tráfego – FIT nem os custos relativos a transporte.

93. Em verificação não exaustiva (uma vez que são centenas de serviços a analisar), fez-se a análise do serviço de fresagem contínua de pavimento, item em que havia sido constatado a maior discrepância, além da grande materialidade envolvida. Com a inserção do FIT e FIC informados pela

ANTT (peça 440, p. 2), além dos transportes com a DMT coletada da aba “DMT” da MEF, verificou-se que não subsistiu a diferença de preços ora apontada.

III.1.2 Do contrato e seus anexos

III.1.2.1. Intervalo do Fator de Reclassificação Tarifária

94. Identificaram-se inconsistências na definição do intervalo de variação do Fator de Reclassificação Tarifária (FRT) (peça 425, p. 3-4, item 4.1 e 4.2).

95. O FRT é um fator multiplicativo que compõe a tarifa de pedágio de modo a incrementar seu valor quando da conclusão dos dois conjuntos de obras de maior magnitude do projeto concessório, quais sejam a Nova Subida da Serra de Petrópolis e a Adequação dos Trechos em Multivias. O FRT influencia na tarifa de pedágio de acordo com a seguinte fórmula (peça 386, p. 59-60):

Figura 3: item 19.6.4 da minuta do contrato referente ao FRT

19.6.4 A Tarifa de Pedágio, em cada praça, será revisada anualmente, a partir da primeira Revisão Ordinária, para a categoria 1, pela seguinte fórmula:

$$TP = TCP \times TBP \times (1 + FRT) \times (1 - D + A + E) \times IRT + (FCM \times IRT) + C$$

Onde:

TP: Tarifa de Pedágio;

TCP: Trecho de Cobertura de cada **Praça**, de acordo com a seguinte tabela:

Multiplicadores por praça conforme Trecho de Cobertura de Praça - TCP	
TCP ₁	68,77
TCP ₂	68,77
TCP ₃	68,77
TCP ₄	68,77
TCP ₅	68,77
TCP ₆	68,77

TBP: Tarifa Básica de Pedágio;

FRT: Fator de Reclassificação Tarifária, conforme a subcláusula 19.3.5;

D: Fator D;

A: Fator A;

E: Fator E;

IRT: Índice de reajustamento para atualização monetária do valor da Tarifa de Pedágio;

FCM: Fluxo de Caixa Marginal; e

C: Fator C.

Fonte: minuta do contrato de concessão da BR-040/495/MG/RJ (peça 386, p. 59-60)

96. O regramento do FRT é detalhado na subcláusula 19.3:

Figura 4: item 19.3.4 da minuta do contrato referente à reclassificação tarifária

19.3.4 A Reclassificação Tarifária implicará, por uma única vez para cada entrega, o incremento abaixo discriminado, aplicável a todas as praças de pedágio do **Sistema Rodoviário**, de acordo com a fórmula prevista na subcláusula 19.6.4, observada a sistemática de autorização e recebimento prevista na subcláusula 19.3.6.

- (a) o incremento de 20% (vinte por cento) no valor da **Tarifa de Pedágio** aplicável a todas as praças de pedágio do **Sistema Rodoviário** pela conclusão do conjunto de obras da **Nova Subida da Serra de Petrópolis**; e
- (b) o incremento de 20% (vinte por cento) no valor da **Tarifa de Pedágio** aplicável a todas as praças de pedágio do **Sistema Rodoviário** pela conclusão do conjunto das obras de **Adequação de Multivias**.
- (i) Quando autorizadas pela **ANTT**, a **Reclassificação Tarifária** de que trata esta subcláusula implicará na adição de Fator de Reclassificação Tarifária (FRT) entre 0,18 e 0,40, de acordo com as entrega realizada, considerando as previsões da subcláusula 19.3.5 na fórmula da **Tarifa de Pedágio**.
- (ii) Até a autorização pela **ANTT** da **Reclassificação Tarifária** de que trata esta subcláusula, o Fator de Reclassificação Tarifária (FRT) será igual a 0,0 (zero).

19.3.5 Na impossibilidade de conclusão integral das obras da **Nova Subida da Serra de Petrópolis** e das obras de **Adequação de Multivias**, a **ANTT** poderá autorizar a aplicação da **Reclassificação Tarifária**, desde que o percentual de conclusão de cada uma das obras representem, no mínimo, 90% (noventa por cento), estejam abertas ao tráfego e que todas as Obras de Melhorias correspondentes aos segmentos entregues estejam concluídas, sem prejuízo da obrigação da **Concessionária** de concluir o percentual pendente.

- (i) Na hipótese prevista nesta subcláusula, considerar-se-á, na **Reclassificação Tarifária**, desconto correspondente ao dobro do saldo percentual não concluído.

Fonte: minuta do contrato de concessão da BR-040/495/MG/RJ (peça 386, p. 55-56)

97. Em respeito ao disposto na subcláusula 19.3.5, entende-se que a subcláusula 19.3.4.i deveria prever um valor mínimo de FRT de 0,16 no lugar de 0,18, pois caso fosse executado 90% de uma das obras, caberia considerar um desconto equivalente ao dobro do percentual não concluído. Assim, uma inexecução de 10% levaria a um desconto de 20% sob o fator de reclassificação tarifária, levando o FRT ao valor de 0,16, equivalente à 80% de 0,20.

98. Esse apontamento foi comunicado à ANTT por meio de diligência (peça 425, p. 4), tendo a agência anuído com a pertinência da realização de correções (peça 432, p. 3). Entretanto, até o momento, a versão mais recente disponível da minuta contratual não contempla os ajustes necessários, razão pela qual se propõe determinação quanto ao tema.

99. Do exposto, propõe-se **determinar à ANTT que ajuste o valor mínimo do Fator de Reclassificação Tarifária, constante da subcláusula 19.3.4.i da minuta contratual, alterando o valor inferior do intervalo de variação de 0,18 para 0,16, de modo a adequá-lo ao regramento previsto na subcláusula 19.3.5 da minuta contratual.**

III.1.2.2. O risco relacionado à superveniência de jurisprudência vinculante

100. Nos termos da subcláusula 22.2.4 da minuta contratual, existe a seguinte previsão de alocação de risco ao Poder Concedente:

22.2 O Poder Concedente é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão: (...)

22.2.4 alterações na legislação e regulamentação ou a superveniência de jurisprudência vinculante, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação de imposto sobre a renda;

101. No curso da instrução destes autos, questionou-se à ANTT acerca do referido item da minuta contratual, especificamente no que diz respeito à possibilidade de se alocar ao Poder Concedente o risco de eventuais alterações relativas à “superveniência de jurisprudência vinculante”.

102. A agência afirmou, em sua resposta, que (peça 432, p. 4):

a superveniência de jurisprudência vinculante pode onerar a concessionária, de modo que ela não possui ingerência sobre isso. (...)

há decisões de repercussão geral ou súmulas vinculantes que podem, mediante análise hermenêutica, ampliar a abrangência, por exemplo, da base de cálculo ou do fato gerador de um tributo, resultando no aumento da arrecadação dele. O objetivo da previsão em tela é justamente cobrir decisões dessa natureza, com repercussão geral e amplamente vinculantes.

103. Certamente, é pertinente a intenção de alocar um risco contratual a parte que melhor seja capaz de gerenciá-lo. Entretanto, entende-se que a redação da subcláusula 22.2.4 pode ser aprimorada de forma a mitigar a possibilidade de sua utilização em circunstâncias alheias ao propósito para o que foi originalmente idealizada. Nesse sentido, uma leitura abrangente do regramento poderia, até mesmo, afetar, em tese, a efetividade de decisões exaradas pelo TCU.

104. Especificamente, caso a intenção seja abarcar no risco do Poder Concedente decisões judiciais de repercussão geral ou súmulas vinculantes, isso poderia encontrar-se explicitamente previsto na subcláusula contratual em substituição a expressão “jurisprudência vinculante”, que possui um caráter mais vago.

105. Por ocasião do relatório preliminar, foi comunicado à ANTT o apontamento deste tópico, tendo a agência prestado esclarecimentos adicionais quanto ao tema (peça 452, p. 4-5), bem como sugerido a proposição de recomendação acerca do assunto, no lugar da determinação previamente aventada. Aquiesce-se com o posicionamento dos gestores, submetendo-se a proposta de recomendação do parágrafo a seguir.

106. Do exposto, cabe propor **recomendar à ANTT que ajuste a subcláusula 22.2.4 da minuta contratual de modo a identificar inequivocamente as circunstâncias nas quais alterações jurisprudências possam ser consideradas como risco do Poder Concedente, com vista a dotar o futuro contrato de regramento claro quanto aos direitos e obrigações de cada parte, em respeito ao inciso X do art. 35 da Lei 10.233/2001 e inciso V, art. 23, Lei 8.987/1995.**

III.1.2.3. Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita – Anexo 13 da minuta contratual

107. A minuta do contrato de concessão estabelece a existência do “Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita”, conforme disciplinado em seu Anexo 13. O mecanismo tem previsão para ser ativado “na hipótese de a Receita Acumulada em determinado ano da Concessão ser inferior às bandas de Receita Mínima ou superior às bandas de Receita Máxima previstas” (peça 387, p. 75). Nesses casos, caberia a realização de compensações (para mais ou para menos) à Concessionária ou ao Poder Concedente, conforme detalhado no Anexo 13. A tabela constante do item 2.3 do Anexo 13 (peça 387, p. 77-78) traz as receitas de referência, bem como as bandas de receitas mínima e máxima.

108. Os montantes associados às receitas de referência, constantes do Anexo 13, foram calculados considerando os incrementos tarifários decorrentes das conclusões dos dois principais investimentos previstos: Nova Subida da Serra de Petrópolis e a Adequação dos trechos em Multivias. De acordo com o planejamento constante dos estudos, tais obras seriam finalizadas nos anos 5 e 7, respectivamente, resultando em aumentos da tarifa básica de pedágio de 20%, em relação à cada uma, nos anos 6 e 8.

109. Entretanto, tais degraus tarifários não haviam sido considerados quando da formulação do mecanismo de Mitigação do Risco de Receita. Especificamente, a fórmula da Receita Tarifária Ajustada (peça 387, p. 76, item 2.2.1), valor a ser comparado com a Receita de Referência para fins da aplicação do Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita, não consideram ajustes decorrentes da aplicação ou não dos degraus tarifários.

110. Assim, potencialmente, uma frustração da receita da concessionária decorrente da não conclusão de um investimento pactuado poderia ser compensada utilizando-se o Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita. Entende-se que isso representaria uma distorção do mecanismo, uma vez que a sistemática concebida com o propósito de mitigar o risco de tráfego poderia ter efeito tendente a neutralizar o regramento cujo propósito é incentivar a execução contratual.

111. A situação foi exposta à ANTT nos seguintes termos por meio de diligência (peça 425, p. 5):

A fórmula da receita tarifária ajustada (*RTAt*) constante do Anexo 13 não considera os efeitos da reclassificação tarifária prevista na subcláusula 19.3 da minuta contratual (decorrentes da execução das obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis e das obras de Adequação de Multivias). Assim, ao longo da execução contratual podem ser geradas distorções no mecanismo de mitigação do risco da receita, uma vez que as reclassificações tarifárias, que podem ou não se confirmar ao longo da concessão, têm impacto direto na receita auferida.

112. Em resposta, a agência se manifestou nos seguintes termos (peça 432, p. 4):

Sobre a questão levantada, vale lembrar que, conforme disposto no item 1.4 do anexo 13, constitui requisito para o aumento tarifário a conclusão de 90% das obras de ampliação com liberação do tráfego. Ademais, os valores de referência já têm embutido os valores de reclassificação tarifária. Importa destacar que a regra que habilita a aplicação do mecanismo do anexo 13 é compatível com a regra que habilita a própria reclassificação, a qual também pressupõe a execução mínima de 90% do objeto de reclassificação (subcláusula 19.3.5).

Dessa forma, no cenário de possível distorção pelo não cumprimento do cronograma previsto, não haveria pagamento da compensação.

113. De todo modo, na resposta à diligência, informou-se também que o mecanismo como um todo estaria sendo revisto, “visando sua compatibilização com a matriz de risco e uma melhor efetividade nos resultados de sua aplicação, devendo ser a solução reapresentada em breve ao Tribunal” (peça 432, p. 4). Entretanto, até a data de encerramento dos trabalhos deste relatório não foram recebidas outras versões da documentação relevante.

114. Transcreve-se a seguir o item 1.4 do Anexo 13 e a subcláusula 19.3.5 da minuta contratual, com vista a que se possa melhor analisá-las:

Anexo 13 da Minuta Contratual (peça 387, p. 75)

1.4. Como condição para a aplicação do Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita em favor da Concessionária, esta deverá ter concluído ao menos 90% (noventa por cento) das

Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias já exigíveis no PER até o momento da sua aferição.

1.4.1. Na hipótese de (a) o Poder Concedente promover ou autorizar a supressão ou postergação de obra ou intervenção prevista no PER ou (b) inexecução, pela Concessionária, em decorrência da materialização de risco alocado ao Poder Concedente, não haverá qualquer prejuízo à aplicação do Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita. (...)

1.4.3. Para efeito de apuração do avanço físico das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias, serão considerados os percentuais de execução física da obra ou serviços apurados pela ANTT, em acordo com a apuração feita para fins de aplicação do Fator D, conforme previsto na subcláusula 8.3.1 do Contrato.

Minuta do contrato (peça 386, p. 56)

19.3.5 Na impossibilidade de conclusão integral das obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis e das obras de Adequação de Multivias, a ANTT poderá autorizar a aplicação da Reclassificação Tarifária, desde que o percentual de conclusão de cada uma das obras representem, no mínimo, 90% (noventa por cento), estejam abertas ao tráfego e que todas as Obras de Melhorias correspondentes aos segmentos entregues estejam concluídas, sem prejuízo da obrigação da Concessionária de concluir o percentual pendente.

(i) Na hipótese prevista nesta subcláusula, considerar-se-á, na Reclassificação Tarifária, desconto correspondente ao dobro do saldo percentual não concluído.

115. De fato, como mencionado pela agência, é previsto que a aplicação do “Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita”, em favor da Concessionária, estaria sujeita à conclusão de ao menos 90% das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias. Também, no caso da aplicação da Reclassificação Tarifária, deve ser atingido o nível de 90% de conclusão.

116. Entretanto, existe uma diferença significativa entre a forma como os 90% são computados em cada caso.

117. Quando se fala de Reclassificação Tarifária, efetivamente se exige que as vias “estejam abertas ao tráfego e que todas as Obras de Melhorias correspondentes aos segmentos entregues estejam concluídas”, de modo que, nos termos da subcláusula 19.3.5 da minuta contratual, se, por qualquer razão (mesmo que se alegue riscos imputáveis ao Poder Concedente), as obras não estejam concluídas e o tráfego liberado, não cabe o incremento de receita associado à Reclassificação Tarifária.

118. De forma diversa, na subcláusula V do Anexo 13, tem-se uma relativização do que se considera como “ter concluído ao menos 90%”, uma vez que esse percentual seria ajustado de acordo com a “supressão ou postergação de obra” e inexecuções decorrentes “de risco alocado ao Poder Concedente”.

119. Tal disposição contida na subcláusula 19.3.5, que cria um relevante incentivo para o cumprimento contratual, a ser aplicado de forma objetiva, é potencialmente neutralizada pelas regras do Anexo 13, em decorrência de a fórmula do Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita não considerar os efeitos da Reclassificação Tarifária.

120. Para ilustrar a situação, pode-se, exemplificativamente, considerar a situação extrema, na qual o Poder Concedente venha a entender como inviável a execução das Obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis (previstas para o 5º ano, com aplicação do degrau tarifário a partir do 6º ano). Nesse caso, pelas regras da subcláusula 19.3.5 não caberia a reclassificação tarifária, o que é perfeitamente lógico: uma vez que os usuários não teriam o benefício trazido pela obra, não deveriam ser onerados com os aumentos tarifários correspondentes. Entretanto, pelas regras do Anexo 13, a concessionária, por via transversa, receberia os montantes correspondentes utilizando-se do Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita. Nesse caso, a concessionária faria jus à receita

correspondente aos 20% de incremento tarifário, mesmo sem executar a obra, que em última instância acabaria por ser paga pelos usuários.

121. De forma análoga, entende-se que a regra trazida pelo item 1.4.1 do Anexo 13, no sentido de excluir do cômputo do 90% das Obras de Ampliação de Capacidade e Melhorias concluídas a “inexecução, pela Concessionária, em decorrência da materialização de risco alocado ao Poder Concedente”, também pode causar distorções na aplicação da reclassificação tarifária. O que se pretende com a Reclassificação Tarifária prevista na subcláusula 19.3.5 não é punir a concessionária pela inexecução das obras, razão pela qual a subcláusula faz considerações acerca de eventual responsabilidade pela inexecução dos investimentos, apenas impondo, de forma objetiva, que as obras devam estar concluídas e liberadas ao tráfego para a aplicação do incremento tarifário.

122. Registra-se que o Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita, na forma como atualmente previsto no Anexo 13, utiliza a chamada “Receita Tarifária Ajustada” como base de referência para a comparação com a receita de referência. Destaca-se que a fórmula da “Receita Tarifária Ajustada” (peça 387, p. 76) já realiza ajustes – utilizando-se do percentual do Fator D – para evitar que o mecanismo venha a compensar a concessionária por perdas de receitas decorrentes da inexecução de investimentos ou do não atingimento de parâmetros de desempenho. Entretanto, é necessário que a fórmula fosse alterada para evitar distorções relativas à reclassificação tarifária.

123. Do exposto, propõe-se **determinar à ANTT que ajuste o Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita de modo a não permitir que a futura concessionária venha a receber os valores correspondentes à conclusão das obras abrangidas pela reclassificação tarifária, sem que essas estejam efetivamente finalizadas e abertas ao tráfego, em consonância com a subcláusula 19.3 da minuta contratual.**

III.1.3 Informações adicionais

124. O TC 031.463/2022-3 tratou de solicitação de informações de Procurador da República acerca da nova licitação da BR-040, no trecho Juiz de Fora – Rio de Janeiro. A solicitação de informação do Ministério Público Federal era composta de sete itens.

125. Como previamente mencionado, o contrato atual desse trecho encontra-se sob gestão da CON CER, sendo que está previsto que o segmento venha a compor a nova concessão da BR-040/495/MG/RJ, em exame nestes autos.

126. A solicitação de informações foi instruída (peça 476), tendo sido proposto encaminhar ao solicitante os dados então disponíveis. No entanto, registrou-se que seria pertinente a análise do tema no presente processo. Nos termos da instrução do TC 031.462/2022-3 (peça 476, p. 4):

11. Passa-se a análise dos quesitos formulados: (...)

4. informar qual seria a justificativa técnica para que o valor da Tarifa Básica do Pedágio seja a mesma para os estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, tendo em vista que praticamente o Rio de Janeiro responderia pela metade da receita dos valores da concessão, enquanto o estado de Minas Gerais teria mais investimentos e maior custo operacional; e ainda se, neste cenário, poderia se cogitar em desequilíbrio entre os dois estados, com penalização do estado do Rio de Janeiro;

27. Como não foram trazidos os cálculos que suportem o “possível desequilíbrio entre os dois estados”, e ainda considerando que não foi concluída a análise pela unidade técnica dos documentos referentes ao processo de desestatização dado que o prazo para análise ainda não se esgotou (conforme IN-TCU 81/2018), cabe propor o apensamento do presente processo ao TC 008.508/2020- 8 para que a unidade técnica considere as questões trazidas pelo Procurador da República quando da elaboração da instrução de mérito.

127. Questionou-se a ANTT quanto ao quesito indagado pelo Ministério Público Federal (peça 467), sendo que a agência, em sua resposta (peça 468) discordou da existência de desequilíbrios entre os estados (peça 468, p. 6-7):

Não há que se falar em “desequilíbrio” entre estados. Trata-se do projeto de concessão de uma rodovia federal, importante eixo logístico de conexão entre metrópoles do Brasil - Belo Horizonte e Rio de Janeiro. Os investimentos estão distribuídos de acordo com as necessidades de capacidade da via e diretrizes de política pública, ambos embasados em estudos técnicos de viabilidade econômica, ambiental e jurídica, que incluem avançado estudo de tráfego projetivo.

128. A agência ressaltou os principais investimentos planejados para o estado do Rio de Janeiro, como a construção de nova pista na Serra de Petrópolis, estimada em R\$ 1,3 bilhão, e a ampliação de capacidade na região metropolitana do Rio de Janeiro, como vias marginais e faixas adicionais, projetados em R\$ 324 milhões. Tais investimentos seriam custeados pelos usuários da concessão como um todo, incluindo aqueles do estado de Minas Gerais.

129. A agência também afirmou (peça 468, p. 6-7):

Sempre haverá um grau de agregação e cobrança em termos médios coletivos. Portanto, o projeto de concessão é analisado como um todo para se tornar viável, havendo compensações entre trechos de maior e menor custo e receita. Trata-se da lógica típica de uma infraestrutura de rede, como é o caso da malha viária nacional: vias de alta demanda são alimentadas por vias de baixa demanda, e delas dependem também.

130. Destacou-se a relevância para a receita do projeto dos veículos comerciais (peça 468, p. 7):

Usuários e mercadorias que atravessam, entram e saem de Belo Horizonte, assim como no Rio de Janeiro, são provenientes de outras regiões, e circulam livremente por toda a rede – cerca de 58,4% da receita do projeto provém de veículos comerciais, os quais são responsáveis por essas trocas comerciais entre as regiões e usualmente realizam percurso de curso maior.

131. É importante mencionar que a questão de eventual desequilíbrio entre diferentes Unidades da Federação, no que tange as receitas e dispêndios de um projeto concessório, já foi objeto de análise desta Corte no TC 016.936/2020-5, relativo à concessão das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO. Na ocasião foi proferida a seguinte recomendação à ANTT, por meio do Acórdão 4.036/2020 – TCU – Plenário (Relator: Ministro Vital do Rêgo):

9.4.13. avalie a conveniência e oportunidade de, no caso de concessões de trechos rodoviários federais com extensão que contemple duas ou mais Unidades da Federação (UFs), alocar os investimentos de forma a apresentar uma configuração equilibrada entre as UFs envolvidas, considerando, por exemplo, a melhoria da segurança viária e, por conseguinte, a redução do risco de acidentes na rede viária;

132. Portanto, no entendimento já expresso por esta Corte, não haveria necessidade de tratamento idêntico, em relação a receitas/despesas entre os diversos estados, sendo isso apenas um dos aspectos que se recomenda ser considerado no processo decisório. Portanto, o Poder Concedente pode, de forma motivada, promover a alocação de recursos de modo que julgue melhor atender as necessidades da rodovia e a matriz de transportes nacional, ainda que isso implique em alguma disparidade na arrecadação e investimentos entre as Unidades da Federação.

133. Considerando-se a manifestação da ANTT nestes autos, bem como o item 9.4.13 do Acórdão 4.036/2020 – TCU – Plenário (Relator: Ministro Vital do Rêgo), entende-se, no momento, não haver razões para ações adicionais do TCU quanto ao tema.

III.2. Do encerramento do contrato vigente - BR-040/DF/GO/MG

134. Um dos objetivos da presente instrução é analisar as respostas apresentadas pela ANTT e pela Via040 em decorrência das oitivas realizadas em relação ao cálculo da indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Tais oitivas, autorizadas pelo relator em despacho (peça 216), foram propostas na instrução precedente destes autos nos seguintes termos (peça 214, p. 73-74):

a) realizar oitiva, com fundamento no art. 250, V, do RI/TCU, da Agência Nacional de Transportes Terrestres, para que, no prazo de 15 dias, se manifeste sobre os apontamentos consignados na presente instrução, bem como as respectivas propostas de encaminhamento, nos termos do art. 14 da Resolução-TCU 315/2020, em especial quanto:

a.1) ao aparente conflito da Resolução ANTT 5.860/2019 com os normativos legais e infra legais aplicáveis, no que tange a ausência de dispositivo estabelecendo que o valor da indenização prevista no inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017 não pode superar o valor do ativo intangível, após amortização e redução ao valor recuperável; (item I)

a.2) às alegadas falhas na validação dos investimentos reversíveis relacionados:

a.2.1) ao pavimento na fase dos "Trabalhos Iniciais"; (item II.1.2)

a.2.2) ao pavimento na fase de "Recuperação"; (item II.1.3)

a.2.3) à sinalização na fase de "Recuperação"; (item II.1.3)

a.2.4) às obras de Duplicação; (item II.2)

a.2.5) às implantações das Praças de Pedágio; (item II.3)

a.2.6) aos ajustes de depreciação; (item II.5)

a.3) à pertinência do abatimento ao montante indenizável pelos bens reversíveis, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017, dos valores associados às seguintes quantidades:

a.3.1) multas aplicadas à concessionária e ainda não quitadas, independentemente da existência ou não de recursos em andamento; (itens III.1 e III.3)

a.3.2) danos verificados sobre o sistema rodoviário; (itens III.2.1 e III.3)

a.3.3) arrecadação a maior relativa:

a.3.3.1) à remuneração por investimentos não executados; (itens III.2.2.1 e III.3)

a.3.3.2) ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo; (itens III.2.2.2 e III.3)

a.3.3.3) ao excedente tarifário vigente durante o processo de relicitação; (itens III.2.2.3 e III.3)

a.4) à cobrança do excedente tarifário, tendo em vista:

a.4.1) os indícios de ilegalidades presentes no inciso III do art. 15 do Decreto 9.957/2019, no que tange à extrapolação de seu poder regulamentar, ao inovar na previsão da possibilidade de cobrança de excedente tarifário na tarifa praticada durante a vigência do aditivo de relicitação, sem respaldo na Lei 13.448/2017 e em contrariedade ao disposto na Lei 10.233/2001, art. 24, inciso II, e art. 26, §2º; (item IV)

a.4.2) o suposto conflito entre o art. 7º da Resolução-ANTT 5.926/2021 e o inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019, uma vez que a resolução aparentemente permite, em contrariedade ao decreto, que os valores do excedente tarifário ultrapassem os montantes correspondentes a não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo; (item IV)

a.5) às medidas a serem adotadas em decorrência do descumprimento da obrigação contratual em relação ao Patrimônio Líquido prevista na cláusula 24.3 do contrato; (item V)

c) realizar oitiva da Concessionária BR-040 S.A. – Via040, nos termos do art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU, para, no prazo de 15 dias, querendo, manifestar-se sobre os fatos apontados no presente processo, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a adoção das providências corretivas no processo de relicitação da concessão BR-040/DF/GO/MG - Via040, inclusive no que se refere ao valor a ser indenizado, com vistas ao exato cumprimento da lei.

135. Previamente a adentrar no exame das oitivas, é pertinente apresentar o contexto no qual os questionamentos foram realizados.

III.2.1 Resolução ANTT 5.860/2019 (item a.1 da oitiva)

136. Conforme já transcrito no histórico desta instrução, foi determinado cautelarmente à ANTT, por meio do item 9.1 do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes; peça 78), que se abstinhasse de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG (Via-040) ou de praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação até que:

9.1.1. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados contemple as normas contábeis aplicáveis à espécie - contidas no ICPC01 - que preveem serão os bens reversíveis apurados por meio do ativo intangível da concessionária;

9.1.2. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados considere um teto ao valor das indenizações, a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA);

137. A medida acautelatória supracitada foi revogada após interposição de agravos por parte da ANTT e da Concessionária BR-040 S.A., conforme Acórdão 2.924/2020-TCU-Plenário (peça 104), de mesma relatoria, em razão da ausência do pressuposto do perigo da demora.

138. Porém, permaneceu a fumaça do bom direito quanto à metodologia de apuração e à limitação do valor indenizável dos bens reversíveis constantes dos subitens 9.1.1 e 9.1.2 do acórdão recorrido, conforme disposto no Voto que conduziu à prolação da última decisão (peça 105).

139. No subtópico “I.1.3” da instrução precedente (peça 214, p. 7-15), analisou-se a manifestação da agência e da concessionária Via040 quanto à aplicabilidade da legislação societária e das normas contábeis à definição da indenização pelos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados do contrato de concessão rodoviária (subitem 9.1.1 do acórdão supracitado).

140. Cabe destacar que foram apresentados naquela instrução técnica os principais dispositivos legais e infralegais aplicáveis aos registros contábil-financeiros dos ativos intangíveis desses contratos de concessão (peça 214, p. 7-11).

141. Naquela análise, concluiu-se que o cálculo do valor da indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis com base nos registros contábeis da sociedade de propósito específico previsto na Resolução-ANTT 5.860/2019 deve considerar o custo histórico, deduzidos da depreciação ou amortização e **da perda por redução ao valor recuperável**, nos termos da legislação societária (inciso II do § 3º do art. 183 da Lei 6.404/1976) e contábil (itens 17, 26 e EI14 do ICPC 01 c/c o item 74 do CPC 04 c/c a alínea “a” do item 10 do CPC 01), **cujo valor registrado no ativo intangível deve também ser o teto do cálculo da indenização**, sob pena de transferir os riscos associados à concessão para os usuários ou para o Poder Público.

142. Complementando, no subtópico “I.2.3” (peça 214, p. 17-22), entendeu-se que as manifestações da ANTT e da Via040 não lograram afastar a irregularidade de a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, prevista na

Resolução-ANTT 5.860/2019, não contemplar as normas contábeis aplicáveis à espécie (subitem 9.1.2 do acórdão acima transcrito).

143. Então, seria pertinente determinar à agência que se abstinhasse de aceitar um valor, a título da indenização prevista inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017, que superasse o valor do ativo intangível constante dos registros contábeis da Sociedade de Propósito Específico da concessão, após amortização e **redução ao valor recuperável**, em respeito aos normativos societários, inciso II do § 3º do art. 183 da Lei 6.404/1976, e contábeis, itens 17, 26 e EI14 do ICPC 01 c/c o item 74 do CPC 04 c/c a alínea “a” do item 10 do CPC 01.

144. No entanto, considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a construção participativa das deliberações do TCU (art. 14 da Resolução-TCU 315/2020), realizou-se ainda oitiva da agência reguladora e da concessionária acerca da proposta de encaminhamento indicada e em especial quanto:

a.1) ao aparente conflito da Resolução-ANTT 5.860/2019 com os normativos legais e infra legais aplicáveis, no que tange a ausência de dispositivo estabelecendo que o valor da indenização prevista no inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017 não pode superar o valor do ativo intangível, após amortização e redução ao valor recuperável; (item I) (peça 214, p. 73)

III.2.1.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 1-30)

145. A agência reguladora, por meio de seu representante legal, após apresentação de histórico processual (peça 235, p. 1-6), traz manifestação acerca da proposta de encaminhamento e do item “a.1” da oitiva, transcrito acima, conforme síntese apresentada adiante (peça 235, p. 7).

146. Contestando a utilização do ajuste a valor de mercado (*impairment*) (peça 235, p. 7), a agência alega que seriam improcedentes os argumentos desta Unidade Técnica em razão de:

146.1. a metodologia prevista na Resolução-ANTT 5.860/2019 não contemplar indenização com base em valor contábil, reconhecido no balanço da concessionária (peça 235, p. 8-13);

146.1.1. a agência alega que haveria “erro na escolha do critério de auditoria pela SeinfraRodoviaAviação”, pois teria partido da premissa equivocada de que a indenização se daria com base em método contábil. Ademais, afirma que essa resolução teria sido “fruto de robusto processo regulatório”, com participação da sociedade e de técnicos do TCU, conforme demonstraria a Nota Técnica ANTT 4030 (peça 236), já juntada aos autos também à peça 50;

146.1.2. adiante, acrescenta que o valor do ativo reconhecido no balanço patrimonial da concessionária não representaria “a melhor estimativa” para a indenização prevista no art. 36 da Lei 8.987/1995, e que a metodologia estabelecida pela resolução em questão, além de tomar por base o custo histórico contabilizado, utiliza-se dos registros contábeis “como suporte para chegar ao valor justo dos bens indenizáveis”. Assim, com a checagem do custo histórico, o valor indenizável estaria sujeito a ajustes e glosas, além de não serem considerados os valores contabilizados a título de margem de construção, manutenção e custos pré-operacionais;

146.1.3. a manifestante cita ainda investimentos a título de recuperação que não atendam aos parâmetros de desempenho previstos em contrato e a limitação à taxa Selic para capitalização de investimentos como exemplos de expurgos possíveis de serem aplicados aos registros contábeis;

146.1.4. por esses motivos, a agência afirma que a metodologia de cálculo da indenização de investimento vinculado a bens reversíveis não amortizados ou depreciados não utilizaria o valor contábil constante das demonstrações financeiras da concessionária, de forma que não se aplicariam as normas contábeis correspondentes, utilizadas como critério de auditoria pela SeinfraRodoviaAviação. A título de exemplo, cita excertos do trabalho do verificador independente (KPMG) aplicado ao grupo de serviços “trabalhos iniciais”, apresentado no “comentário KPMG” aos questionamentos do TCU (peça 237).

146.1.5. por fim, em relação à metodologia de cálculo da indenização definida na Resolução-ANTT 5.860/2019, afirma que não haveria desrespeito às normas contábeis, pois não se trataria de “cálculo de indenização com base em valor contábil”, bem como teria sido demonstrada a “interferência da proposta da unidade técnica do TCU” na esfera discricionária da Agência. Segundo a manifestação da ANTT, “a adoção do *impairment* no cálculo da indenização” criaria metodologia nova para a indenização em voga.

146.2. não seria possível aplicar a norma contábil ICPC-01 pois, no caso, o cálculo da indenização para fins de relicitação não seria objeto das normas contábeis em espécie (peça 235, p. 13-18);

146.2.1. ratificando sua afirmação anterior, a agência alega que o cálculo de indenização para fins de relicitação se trataria de normativo distinto das normas contábeis para fins de elaboração de demonstrativos financeiros. Alega que o objetivo das diversas normas contábeis, segundo a orientação constante do “CPC 00 - Estrutura Conceitual para Relatório Financeiro”, seria fornecer informações úteis aos investidores e credores da entidade, citando excertos que explicitariam o objetivo, e acrescenta:

(...) Não é objetivo das normas contábeis mensurar o valor da entidade (item 1.7 do CPC-00), muito menos calcular valor de indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados, de forma a atender os anseios de órgãos reguladores (item 1.10 do CPC-00). (grifos no original) (peça 235, p. 15)

146.2.2. nessa toada, afirma que a unidade técnica teria cometido equívoco ao utilizar normas contábeis (ICPC-01, CPC-04 e CPC-01) como obrigatórias para o cálculo da indenização em questão, pois seriam aplicáveis “unicamente à elaboração de relatórios financeiros para fins gerais de entidades que funcionam como pressupostos de continuidade operacional (item 3.9 do CPC-00)”. Na mesma linha, afirma que o disposto no inciso I do § 3º do art. 183 da Lei 6.404/1976 não teria “qualquer relação com o cálculo de indenização por investimentos em bens reversíveis”;

146.2.3. acrescenta ainda que a Resolução-ANAC 533/2019, ao regulamentar o cálculo da indenização em extinções antecipadas em concessões aeroportuárias, também não teria previsto a aplicação do *impairment*, juntando aos autos a Nota Técnica 14/2020/GEIC/SRA (peça 238), cujas conclusões corroborariam o entendimento da ANTT, e afirma que haveria “grande variabilidade e subjetividade nas premissas utilizadas nos testes de *impairment*”, bem como haveria outros pedidos de relicitação protocolados cujos balanços das concessionárias não reconheceriam “qualquer redução do ativo intangível” (peça 235, p. 16-17);

146.2.4. ainda em alusão à resolução da ANAC, a agência alega que o Conselho Federal de Contabilidade teria aprovado a Norma Brasileira de Contabilidade CTO 06 (peça 239), de 5/5/2021, tendo por base o CT 01/2001 do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon), com vistas a orientar a asseguarção razoável de trabalhos em conexão com processos de relicitação de contratos de parceria aeroportuários. Segundo a manifestação, nessa orientação não constaria óbice à metodologia definida pela ANAC. Acrescenta que a ANTT estaria em tratativas com vista à edição de norma contábil específica para a asseguarção do cálculo de indenizações no setor rodoviário;

146.2.5. ao final conclui que não haveria “razão para expedição de qualquer determinação à agência, pois as normas contábeis utilizadas pela SeinfraRodoviaAviação [teriam] finalidade totalmente distinta do cálculo de indenização por investimentos em bens reversíveis de concessões rodoviárias” (peça 235, p. 18).

146.3. a utilização do ajuste a valor de mercado faria com que o valor da indenização tendesse a zero, inviabilizando o instituto da relicitação, bem como afrontaria o disposto no art. 20 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) (peça 235, p. 19-23);

146.3.1. a ANTT alega ainda que, nos termos no art. 20 da LINDB, “a análise do órgão de controle sobre a conformidade da Resolução nº 5.860/2019 deve ter como direcionador as consequências fáticas da sua proposta de intervenção”, pois a aplicação das regras de redução ao valor recuperável do ativo intangível, constante do CPC 01, seria inviável na prática;

146.3.2. segundo a agência, a aplicação dessa norma contábil geraria referência circular, pois:

(...) o *impairment* é variável dependente em uma função que tem como variáveis independentes as deduções previstas na Lei de relitações e no normativo da Agência. Traduzindo o disposto em uma fórmula matemática, temos que: $Impairment = f$ (Resolução 5.860/2019; Lei 13.448/2017) (peça 235, p. 19)

146.3.3. a referência circular poderia ser verificada nas demonstrações financeiras de 2018 em diante da Via040, nas quais o valor esperado da indenização é premissa de cálculo do *impairment*;

146.3.4. na sequência, alega que, ao afirmar que a aplicação do custo histórico, deduzido da amortização acumulada, sem o correspondente teste de perda do valor recuperável, refletirá transação não aderente a preços de mercado, o TCU estaria confundindo “preço de mercado dos bens reversíveis a serem indenizados (calculado nos termos da Resolução nº 5.860/2019) com o preço de mercado do direito de explorar a concessão (ativo intangível registrado no balanço)”, o que levaria a indenização pelo método do “valor de mercado”, opção descartada no processo regulatório da agência;

146.3.5. ao final, ressalta que os ajustes dos valores dos bens reversíveis a valor de mercado não se confundiriam com o ajuste do intangível ao valor de mercado, e cita o capítulo III da Resolução-ANTT 5.860/2019, bem como descreve procedimentos para o cálculo do valor indenizável.

146.4. a alteração da Resolução-ANTT 5.860/2019 traria insegurança jurídica e colocaria em risco outros aditivos de relitação em curso na agência (Via040, MSVias, Concebra, e Autopista Fluminense) (peça 235, p. 23-27);

146.4.1. a manifestante suscita ainda que haveria violação ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica caso o TCU decidisse por alterar “de forma abrupta e fora do devido processo regulatório” a Resolução-ANTT 5.860/2019, e impusesse a alteração de forma retroativa, em confronto com a subcláusula 9.1 do termo aditivo celebrado;

146.4.2. acrescenta que, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988, o contrato válido firmado entre as partes constituiria ato jurídico perfeito ao qual estaria vinculado o Poder Público, e cita jurisprudência de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, de forma que, para a agência, seria inconstitucional alterar a metodologia de cálculo de indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis no processo de relitação da BR-040.

146.5. caberia ao TCU o controle de segunda ordem (peça 235, p. 27-30).

146.5.1. fazendo referência aos art. 70 e 71 da CF/1988, a ANTT alega que o controle externo exercido pelo TCU sobre suas atividades-fim seria de segunda ordem, citando excerto de doutrina nesse sentido. Acrescenta ainda que seria no mesmo sentido excerto extraído do Relatório que fundamentou a prolação do Acórdão 2.302/2012-TCU-Plenário, bem como do Voto que conduziu à prolação do Acórdão 1.946/2020-TCU-Plenário, quando da apreciação da prorrogação antecipada da concessão da Estrada de Ferro Carajás (EFC);

146.5.2. cita o Acórdão 1.703/2004-TCU-Plenário como marco de “reflexão do TCU sobre suas competências em relação ao controle das agências”;

147. Por fim, a agência reguladora afirma que não deveria ser efetivada a determinação para que se abstenha de aceitar valor superior ao do ativo intangível constante dos registros contábeis da Sociedade de Propósito Específico (SPE) para fins da indenização prevista no inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017.

III.2.1.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 3-11)

148. A Via040, após apresentar resumo da análise da unidade técnica (peça 243, p. 1-2), afirma que a Resolução-ANTT 5.860/2019 estaria alinhada ao item 74 do Pronunciamento Técnico CPC 04 e à Orientação OCPC 05, que determinam o registro do ativo pelo custo histórico e o reconhecimento do investimento no ativo intangível, respectivamente.

149. Acrescenta que o termo histórico definido no art. 6º dessa resolução além de estar aderente à contabilização do ativo intangível pelo custo histórico, seria passível de ajustes por verificação independente, bem como seria reduzido pelo montante da amortização acumulada. (peça 243, p. 3)

150. Afirma ainda que a Resolução-ANTT 5.860/2019 dispõe que a agência tem competência para conferir os lançamentos contábeis, tendo como parâmetro as condições de mercado, sendo que o art. 7º da resolução seria expresso no sentido de que não seriam indenizados investimentos em bens com valores acima das condições equitativas de mercado.

151. Para tanto, o art. 13 da mesma resolução garantiria à agência reguladora a prerrogativa de examinar livros, sistemas e registros da concessionária com vista à verificação dos documentos apresentados para fins de apuração do valor indenizável, sujeitos a certificação por verificador independente, nos termos do art. 14 da resolução, concordante com o § 3º do art. 11 do Decreto 9.957/2019. (peça 243, p. 4)

152. Assim, alega que a não consideração do teste de perda do valor recuperável não implicaria em transação não aderente a preços de mercado, pois a Resolução-ANTT 5.860/2019 garantiria tal aderência.

153. Ademais, a Via040 afirma ainda que o TCU teria contestado o entendimento da ANTT e da concessionária quando o aditivo não estava assinado, contudo, o contexto agora seria distinto, pois o termo aditivo de relicitação já está formalizado e o valor da indenização está em fase de apuração (peça 243, p. 5-6).

154. Então, alega que a lei de relicitações teria como fundamento o reconhecimento da inviabilidade de contratos de concessões, de forma a garantir a continuidade da prestação do serviço público, bem como interromper as irreversíveis perdas da concessionária.

155. Adiante, afirma que a metodologia de contabilização de ativos da concessão (aplicação do teste de *impairment*, em situação de continuidade de execução contratual) se trataria de situação distinta da apuração da indenização por investimentos não amortizados, em cenário de extinção antecipada (art. 36 da Lei 8.987/1995).

156. Na sequência, a Via040 contesta a afirmação de que haveria risco de se incentivar investimentos vultosos em bens com posterior solicitação de relicitação, pois a concessionária não teria autonomia para definir os investimentos a serem realizados, bem como os investimentos estariam sujeitos ao controle da ANTT.

157. Afirma ainda que seria irreal a presunção de que a concessionária investisse com vista à extinção antecipada do contrato. Ao contrário, segundo a Via040, não haveria expectativa de ganho, mas apenas de interromper as perdas da concessionária (peça 243, p. 7).

158. Acrescenta que a unidade técnica estaria buscando afastar o direito à indenização prevista no art. 36 da Lei 8.987/1995 sob a argumentação de que a concessionária estaria pretendendo alguma vantagem indevida com a relicitação, o que não teria embasamento, pois o que se buscaria seria interromper as perdas.

159. A Via040 afirma também que a unidade técnica do TCU estaria negando a jurisprudência da própria corte de contas federal no sentido de aceitar a avaliação dos bens reversíveis não amortizados por seu custo histórico, reconhecida no âmbito do Acórdão 2.924/2020-TCU-Plenário.

160. Segundo a concessionária Via040, ao revogar a medida cautelar, o Plenário do TCU não teria negado a jurisprudência, mas teria apenas ressaltado “o cuidado que se deve ter com maiores generalizações”, pois, “nos casos das concessões ferroviárias citadas, não há eliminação irregular dos riscos alocados ao empreendedor, porque eles não se materializaram”, conforme constaria do Voto da Ministra Ana Arraes (item 29 da peça 105) que conduziu ao Acórdão 2.924/2020.

161. Nessa linha, afirma que se o TCU aceitou a utilização do custo histórico sem redução do teste de *impairment* para avaliação de bens reversíveis em casos de prorrogação antecipada de contrato de concessão, não haveria fundamento para negar a aplicação da mesma metodologia para os casos de relicitação. Da mesma forma, seria a metodologia de cálculo prevista no art. 36 da Lei 8.987/1995 em casos de encampação. Assim, a indenização não teria qualquer relação com a lucratividade ou não do negócio (peça 243, p. 10).

162. Ao final, a Via040 alega que não deve prevalecer o entendimento da SeinfraRodoviaAviação de aplicação de teto indenizatório, pois o disposto no art. 36 da Lei 8.987/1995 teria por finalidade:

(...) impedir o enriquecimento sem causa do poder público e garantir o efetivo ressarcimento pelo investimento em bens reversíveis não amortizados. Não há referência, nem mesmo implícita, a lucratividade, risco ou teto. (peça 243, p. 11)

III.2.1.3. Manifestação da ABCR (peça 424, p. 2-7 e 8-10)

163. Após introdução, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) apresenta manifestação específica quanto aos indícios de conflito da Resolução-ANTT 5.860/2019 com os normativos contábeis (peça 424, p. 2-7).

164. Inicialmente, a ABCR alega que a metodologia definida pela ANTT estaria dentro de sua discricionariedade regulatória, bem como a imposição de nova metodologia geraria riscos à concessão.

165. A norma da agência seria aderente às normas contábeis, pois estas também teriam previsto a contabilização pelo custo (CPF-04 E OCPC-05). Além disso, afirma que a norma da ANTT teria sido precedida de participação social e técnica (peça 424, p. 3).

166. Acrescenta que “o principal investimento se traduz na criação e manutenção de infraestrutura, devendo garantir boas condições de uso” (peça 424, p. 4), de forma que não seria aplicável o valor recuperável por desvalorização. Segundo a ABCR, o teste de *impairment* estaria vinculado ao valor da concessão, considerando sua capacidade de geração de caixa. Sendo assim, não guardaria relação com o valor dos ativos a serem revertidos.

167. Afirma ainda que:

(...) Apenas em uma situação adversa em que o tráfego real seja apurado em patamar muito abaixo do que era projetado, com geração de caixa insuficiente para remuneração dos investimentos existentes e futuros, é que se faz necessário realizar testes de recuperabilidade dos valores investidos e de obrigações. Nesse caso, é necessário registro de *impairment*, não refletindo necessariamente o valor do ativo, mas sim a capacidade da companhia em gerar receitas. (peça 424, p. 4-5)

168. Em seguida afirma que impor cálculos “injustificadamente desfavoráveis aos concessionários” (peça 424, p. 5) na quantificação de bens reversíveis, segundo a manifestante, causaria impactos na segurança jurídica e na credibilidade dos investidores, além de caracterizar desestímulo à participação de particulares nos procedimentos de contratações públicas, e consequente diminuição da competitividade em futuros certames, com prejuízos aos usuários.

169. Com isso, afirma que o TCU estaria invadindo a discricionariedade da ANTT e gerando insegurança jurídica.

170. A ABCR acrescenta que no âmbito dos processos TC 028.391/2020-9 e TC 009.470/2020-4, nos quais o TCU avalia os processos de relicitação do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA) e do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP (VCP), respectivamente, na Resolução-ANAC 533/2019, a ANAC teria apresentado metodologia de cálculo dos valores de investimentos em bens reversíveis para o setor aeroportuário similar à metodologia definida pela ANTT na Resolução 5.860/2019, não prevendo a aplicação do teste de *impairment*. (peça 424, p. 6)

171. Continuando, informa que teria sido aprovada a Norma Brasileira de Contabilidade CTO 06, sem que fosse apontado óbice à metodologia estabelecida na referida norma da ANAC.

172. A ABCR contesta também a proposta de adoção de teto para o valor das indenizações por investimentos vinculados aos bens reversíveis com base no valor do ativo intangível da concessionária. (peça 424, p. 8-10)

173. Nessa linha, afirma que haveria impossibilidade jurídica para se estabelecer um teto para a indenização, pois os art. 10 e 14 da Lei 8.987/1995 teriam determinado a vinculação do poder concedente às condições contratuais e ao edital, respectivamente. Assim, citando o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acrescenta que o estabelecimento de teto indenizatório proposto não teria suporte normativo e geraria risco ao direito das concessionárias.

174. Ato contínuo, alega que a ANTT teria previsto de forma expressa a manutenção da equidade com valores de mercado para a indenização, nos termos do art. 10 da Resolução-ANTT 5.860/2019, de forma a garantir que o valor da indenização seja o valor justo.

175. Ao fim, alega que a eventual limitação do valor indenizável em voga configuraria enriquecimento sem causa para a Administração Pública.

III.2.1.4. Análise

176. Os argumentos trazidos nos itens “III.2.1.1”, “III.2.1.2” e “III.2.1.3”, acima, encontram-se analisados no relatório preliminar (peça 473, p. 38-50). No documento, enfatizou-se o impacto da questão discutida em outros processos do TCU, notadamente o TC 028.391/2020-9 (Relator: Ministro Aroldo Cedraz) e o TC 009.470/2020-4 (Relator: Ministro Vital do Rêgo), que tratam de relicitação dos aeroportos internacionais de São Gonçalo do Amarante (ASGA) e de Viracopos/SP (VCP), além dos demais processos de relicitação no setor rodoviário.

177. Na ocasião da produção do relatório preliminar, frente aos argumentos então contidos nos autos, havia-se aventado proposta de determinação no sentido de que a agência se abstinhasse de aceitar um valor a título de indenização pelos bens reversíveis que superasse àquele do ativo intangível constante dos registros contábeis da Sociedade de Propósito Específico administradora da concessão.

178. Tal proposta de determinação foi informada à ANTT por meio de relatório preliminar, tendo a agência, quando da apresentação dos comentários dos gestores (peça 452), opinado contrariamente a deliberação planejada. Como detalhado a seguir, entende-se que os argumentos mais recentemente acostados devem ser acolhidos, de modo que não se considera pertinente encaminhamentos adicionais quanto ao tema.

179. Da análise trazida pela ANTT nos **comentários dos gestores** (peça 452, p. 19-23) alguns aspectos merecem destaques.

180. Primeiramente, a agência discorre sobre a legislação e as normas contábeis que seriam os critérios que fundamentavam a proposta de determinação. Ao mesmo tempo que admitiu a aplicabilidade dos referidos normativos para as concessões rodoviárias, contestou que tais normativos pudessem ser interpretados com a finalidade de prover um teto à indenização pelos bens reversíveis: (peça 452, p. 20): “não há norma contábil brasileira ou internacional que determine – pelo menos literalmente – a utilização do ativo intangível como teto para indenização por investimentos em bens reversíveis”. Destacou (peça 452, p. 21-22):

o teste de *impairment* não se presta a calcular indenização ou definir o seu teto, mas sim a informar aos usuários das demonstrações contábeis qual o valor esperado do ativo intangível após a extinção do contrato, considerando a estimativa de quais serão as entradas (receitas e indenização a ser recebida por bens reversíveis) e saídas (despesas e amortização de dívidas) de caixa até o final da vida desse ativo.

181. Ademais, os comentários dos gestores enfatizaram a inviabilidade prática da aplicação da determinação, uma vez que geraria uma referência circular (peça 452, p. 22):

Destarte, a ANTT apontou uma impossibilidade prática (matemática) no cálculo da indenização como função da redução ao valor recuperável: **Impairment = f (Indenização (Impairment))**.

O mesmo problema matemático básico acontece para a definição do impairment como teto de indenização, pois esta é, por definição, função do teto: **Teto = f (Impairment (Indenização (Teto)))**.

182. Diante dos elementos trazidos pela agência, particularmente em relação ao argumento da referência circular supracitado, é adequado reconsiderar a determinação então proposta no sentido de que fosse utilizado o *impairment* para o estabelecimento de um teto do valor indenizado.

183. A despeito das considerações quanto ao ponto trazidas no relatório preliminar entende-se que, de fato, não resta claro como tal questão poderia ser contornada de forma coerente e harmoniosa. Portanto, com vista a prezar pela clareza, aplicabilidade e utilidade das determinações no Tribunal, **entende-se, no momento, não caber deliberações adicionais sobre o assunto**. Naturalmente, não há prejuízo que questões envolvendo as demonstrações contábeis das concessionárias, inclusive relativas ao *impairment*, bem como eventual teto ao valor indenizável, possam ser revisitas por esta Corte, não apenas no caso da relicitação, mas também em outras circunstâncias de extinção antecipada de contratos de concessão, como a caducidade.

III.2.2. Validação dos investimentos para fins de indenização (item a.2 da oitiva)

184. Conforme já apresentado em instrução precedente (peça 214, 22-51), o valor da indenização dos investimentos em bens reversíveis não amortizados (inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017), no processo de relicitação da BR-040, trecho entre Brasília/DF e Juiz de Fora/MG, atualmente sob a gestão da Concessionária BR-040 S.A., está sendo apurado no âmbito do processo Administrativo 50500.004336/2021-11.

185. Com vistas ao acompanhamento do processo de relicitação, do cumprimento das obrigações assumidas no termo aditivo, das condições financeiras da sociedade de propósito específico (SPE) e para certificação do cálculo da indenização mencionada no parágrafo precedente, conforme disposto no parágrafo único do art. 7º e § 3º do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e art. 14 da Resolução ANTT 5.860/2019, foi formalizado o Contrato BRA10/722/38432/2020-JOF 2189/2020 com a empresa de auditoria independente KPMG Advisory S.p.A. (KPMG), pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), para prestação de serviços à EPL e à ANTT.

186. Os termos do contrato firmado com a KPMG (verificador independente) e os trabalhos realizados por esse verificador independente, **até o término daquela fase processual**, foram objeto de análise, conforme se apresenta nos tópicos II e III daquela instrução (peça 214, p. 22-58). O plano de trabalho - Produto 1 (peça 134), foi apresentado resumidamente no subtópico “II.4) Dos termos do contrato do verificador independente” (peça 214, p. 41-51).

187. Conforme destacado na referida instrução técnica, de forma preliminar - Produto 2A - (peça 135), o verificador independente obteve o montante de R\$ 1,807 bilhão (valor histórico; Anexo III do Produto 2A, peça 148, itens não digitalizáveis) a título de “valor justo” para os bens registrados na contabilidade, o que teria deixado os verificadores “confortáveis com o valor residual contábil apresentado pela VIA040 (R\$ 1.734.421.580)” (peça 135, p. 10). Após classificação dos bens em reversíveis e não reversíveis, o verificador independente estimou em R\$ 1,730 bilhão o valor

indenizável, a valores históricos. Tal importância foi obtida da soma de dezoito grupos de ativos, sendo que os quatro com maior materialidade perfazem mais de 80% do total, conforme detalhado na tabela a seguir (peça 135, p. 13):

Tabela 8: Valores preliminares de indenização apurados pelo verificador independente

Grupo de ativo consolidado	Valor preliminar da indenização (mil R\$)	Percentual	Percentual acumulado
Recuperação	556.722	32,2 %	32,2 %
Praça de Pedágio	328.484	19,0 %	51,2 %
Duplicações	306.014	17,7 %	68,8 %
Trabalhos Iniciais	249.630	14,4 %	83,3 %
Demais	289.434	16,7 %	100,0 %
TOTAL	1.730.284	100,0 %	

Fonte: KPMG, tabela 6 do produto 2A (peça 135, p. 13).

188. Observa-se que dois dos itens supracitados são concernentes à implantação de novos elementos no sistema rodoviário (“Praça de Pedágio” e “Duplicação”), enquanto os outros dois (“Trabalhos Iniciais” e “Recuperação”) são relativos a intervenções na pista previamente existente.

189. Em relação aos trabalhos do verificador independente (KPMG) entregues até aquela fase de instrução (peça 214), concluiu-se que os exames realizados pelo verificador teriam sido insuficientes para validar o valor justo dos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, haja vista que, expurgando-se as superestimativas potenciais indicadas, no total de R\$ 950 milhões, a estimativa preliminar da indenização seria de R\$ 780 milhões.

190. Os motivos dessa conclusão são apresentados nos subtópicos a seguir, seguidos das manifestações da ANTT e da Via040, bem como das correspondentes análises.

III.2.2.1. Pavimento na fase dos "Trabalhos Iniciais" (item a.2.1 da oitiva)

191. Na análise dos investimentos a título de trabalhos iniciais (peça 214, p. 24-27), considerando o disposto no § 2º e inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019, entendeu-se que deveria ser definido o que seria recuperação, diferenciando-a de outras intervenções, como manutenção e conservação, pois a recuperação não se prestaria unicamente a manter as condições funcionais de um bem, mas necessariamente deveria estar associada ao aumento da sua eficiência operacional e vida útil, por meio de intervenções estruturais.

192. Com esse objetivo, em relação à recuperação do pavimento, usualmente intervenção de maior materialidade associada à recuperação da rodovia, resgatou-se as seguintes definições do Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (peça 154, p. 30 e 33).

O termo “Recuperação do Pavimento” deve ser entendido como “Recuperação dos Atributos Funcionais e Estruturais do Pavimento”, não comportando qualquer conotação direta, em termos de serviços ou obras na Rodovia/Pavimento.

(...)

– Recuperação do Pavimento

É um processo a ser ordinariamente aplicado a um pavimento desgastado, com o objetivo de restabelecer as suas adequadas características técnicas.

193. Nessa linha, citando definição de desempenho estrutural e funcional constantes do Manual de Gerência de Pavimentos do DNIT (peça 155, p. 55), entendeu-se que, para a classificação de determinada intervenção como recuperação, seria necessária a realização de obras e serviços que resultassem, cumulativamente, em melhorias nas características funcionais e estruturais da via.

194. Então, considerando o escopo das fases dos trabalhos iniciais e de recuperação definidos no PER (peça 26, p. 9), verificou-se que a recuperação do pavimento da rodovia não compõe o escopo dos trabalhos iniciais, que consiste em reparos localizados e soluções superficiais para atingimento de condições mínimas de segurança e conforto para os usuários nos primeiros nove meses do contrato de concessão, conforme posicionamento da ANTT no Ofício 529/2015/DG/ANTT (peça 156, p. 3-4, do TC 014.731/2015-0) e manifestação da concessionária Via040 (peça 157, p. 6, do TC 014.731/2015-0), transcritos na instrução anterior (peça 214, p. 26).

195. Dessa forma, ponderou-se que não seria adequado classificar os serviços executados na etapa de trabalhos iniciais como recuperação da rodovia.

196. Noutra linha, ainda que se associassem esses serviços a investimentos reversíveis, considerando o disposto no inciso VI do art. 3º c/c inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019, que estabelecem a identificação do projeto de engenharia em que o bem foi ativado e que não serão indenizados valores referentes a investimento acima das condições equitativas de mercado, seria necessário que fosse fornecido projeto de engenharia para esses serviços, com vistas à aferição do investimento às condições equitativas de mercado.

197. Assim, pelas razões expostas, caberia determinar à agência que, quando do cálculo da indenização relativa ao processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG, não inclua como investimentos em bens reversíveis, os dispêndios realizados a título de Trabalhos Iniciais no pavimento, uma vez que não ficou evidenciado que se referem a intervenções estruturais na rodovia, não cabendo serem classificados como recuperação, em respeito ao disposto na Lei 13.448/2017, art. 17, § 1º, VII, na Resolução-ANTT 5.860/2019, art. 2º, IX, no Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (Publicação IPR - 720) e no Manual de Gerência de Pavimentos do DNIT (Publicação IPR 745).

198. Todavia, considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a construção participativa das deliberações do TCU (art. 14 da Resolução-TCU 315/2020), realizou-se ainda oitiva da agência reguladora e da concessionária acerca da proposta de encaminhamento indicada e em especial quanto:

a.2) às alegadas falhas na validação dos investimentos reversíveis relacionados:

a.2.1) ao pavimento na fase dos "Trabalhos Iniciais"; (item II.1.2)

III.2.2.1.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 30-45)

199. Inicialmente a ANTT afirma, preliminarmente à manifestação quanto aos apontamentos referentes à validação dos investimentos para fins de indenização, que a indenização apurada pelo verificador independente não teria se baseado em Custos Médios Gerenciais (CMG) ou em orçamentos refeitos com base no Sicro, mas a partir dos custos históricos de bens elegíveis, sujeitos a ajustes com vista a adequação às “condições equitativas de mercado” (peça 235, p. 30-31).

200. Assim, o verificador independente usaria os custos referenciais (CMG, Sicro e outros) “tão somente como referenciais para obter, com base em seu ceticismo e julgamento profissional, evidência de que os custos históricos estão compatíveis com os valores de mercado” (peça 235, p. 31), não sendo considerados como teto para o valor a ser indenizado.

201. Em seguida, descreve procedimentos que teriam sido adotados pelo verificador independente para classificar os investimentos vinculados a bens reversíveis passíveis de indenização, políticas com partes relacionadas e condições equitativas de mercado, o que resultaria na entrega de diversos produtos, conforme Termo de Referência do contrato da auditoria independente. Acrescenta que, em agosto/2022, o verificador independente teria entregado à ANTT o Produto 2C (peça 240), cujo objetivo teria sido revisar o Produto 2A, já entregue (peças 135 e 148, itens não digitalizáveis). Com esses argumentos, afirma que a análise técnica do TCU teria se limitado à parte inicial do trabalho desenvolvido pelo verificador independente (peça 235, p. 32-33).

202. Então, citando Normas de Auditoria do TCU (NAT), aduz que a SeinfraRodoviaAviação teria comparado os referenciais do verificador independente com os próprios referenciais, quando, segundo a manifestante, deveria ter comparado as referências com os custos históricos adotados como base para a indenização, de forma que a análise técnica teria comparado dois critérios, em vez de comparar achado e critério. (peça 235, p. 34-36)

203. Após sua colocação preliminar, a agência passa às alegações quanto aos apontamentos em relação ao pavimento na fase dos “trabalhos iniciais”. (peça 235, p. 37-45)

204. Em introdução à sua manifestação quanto aos trabalhos iniciais, a agência alega que “os Trabalhos Iniciais fazem parte da Fase de Recuperação prevista no PER da Rodovia, e não se confundem com as intervenções prevista na Fase de Manutenção e Conservação”, transcrevendo excerto do PER referente à definição das frentes da concessão e da recuperação (peça 235, p. 37).

205. Em seguida, afirma que (peça 235, p. 38):

análise literal do item 3.1 do PER e do art. 2º, IX, da Resolução 5.860/2019 permite concluir que são considerados bens reversíveis para fins de indenização os investimentos realizados em trabalhos iniciais, desde que mantidos os parâmetros de desempenho correspondentes a essa fase contratual.

206. Assim, segundo a manifestação, os trabalhos iniciais não seriam “mera conserva ou manutenção”, mas intervenções ao longo de 12 meses em elementos de caráter estruturais com vistas a restabelecer as características mínimas de segurança e conforto para os usuários. Por essa razão, segundo a manifestante, o PER constante do EVTEA que teria embasado a licitação da Via-040 teria previsto investimentos na ordem de R\$ 316 milhões (data-base: 2012).

207. Adiante, afirma que a diferença entre etapa inicial e fase de recuperação no contrato de concessão estaria no parâmetro de desempenho a ser atendido pela concessionária, “pois o que se exige no contrato de concessão é o resultado finalístico e não de meio” (peça 237, p. 39).

208. Continuando, afirma que “toda intervenção de recuperação é momentânea, independente se é realizada no 1º ou no 60º mês da fase de Recuperação”, devendo ser atendidos parâmetros de desempenho crescentes ao longo do tempo, e conclui que os trabalhos iniciais fazem parte da Fase de Recuperação da Rodovia, caracterizando investimentos vinculados a bens reversíveis, nos termos do inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019 (peça 235, p. 39-40).

209. A agência contesta ainda o apontamento da SeinfraRodoviaAviação em relação à ausência de projeto de engenharia para a recuperação de pavimento na fase de trabalhos iniciais, elemento essencial para a indenização do investimento, nos termos do inciso VI do art. 3º da Resolução-ANTT 5.860/2019.

210. Segundo a manifestação da autarquia, esse dispositivo teria por objetivo “possibilitar ao verificador independente ter acesso a todos os elementos que possam servir de substrato para a apuração dos valores dos investimentos a serem indenizados” (peça 235, p. 40), não sendo condição determinante para que o investimento seja considerado indenizável.

211. Nessa linha de argumentação, a agência entende que, a despeito de não haver projeto de engenharia para execução de serviços de intervenção de recuperação do pavimento, se a ausência de determinado documento não constituir óbice à atuação do verificador independente, não implicaria em empecilho à indenização pelo investimento. Caso contrário, implicaria enriquecimento ilícito do Estado em desfavor do particular (peça 235, p. 41).

212. Ainda nessa linha, a manifestante apresenta descrição de etapas do trabalho do verificador independente em relação à validação dos trabalhos iniciais, incluindo exemplo de valores contabilizados não reconhecidos como indenizáveis pelo verificador independente, cujo resultado foi

de que 70% do valor total dos investimentos classificados na fase de trabalhos iniciais deveria ser indenizado, conforme constaria do Produto 2C. (peça 235, p. 41-45)

213. Então, a manifestante conclui afirmando que “a não apresentação de projeto de engenharia não [seria] impeditivo para que investimentos em Trabalhos Iniciais sejam indenizados, pois não comprometeram a apuração do verificador independente”, não devendo ser acolhida a proposta de determinação da unidade técnica do TCU.

III.2.2.1.2 Manifestação da Via040 (peça 243, p. 11-24)

214. A concessionária asseverou que, nos termos do PER, estaria claro que a “recuperação” não estaria restrita às intervenções de cunho estrutural, sendo transcritos excertos do documento para fundamentar tal afirmação. Nesse sentido: “o contrato da Via040 (...) num primeiro momento da concessão, prevê sua recuperação, ou seja, obras e serviços destinados a elevar as condições do sistema rodoviário a um patamar adequado, representado pelo atingimento de determinados parâmetros de desempenho.” (peça 242, p. 13).

215. Especificamente em relação aos Trabalhos Iniciais, a concessionária assegurou que o PER seria cristalino no sentido de que “a fase de Trabalhos Iniciais é integrada pelas obrigações de recuperação a serem atendidas em até 12 meses desde o início do contrato” (peça 242, p. 13).

216. Enfatizou-se que, em pronunciamentos pretéritos do TCU e da ANTT, havia restado claro que a fase de “Recuperação Geral” da rodovia estaria dividida em duas etapas: “Trabalhos Iniciais” e “Recuperação”. É mencionada a Portaria SUINF 242/2014, cujo art. 2º é transcrito a seguir (peça 243, p. 15):

Art 2º A fase de Recuperação Geral, cujo objetivo é restituir a funcionalidade e características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário, é dividida em duas etapas:

I. Trabalhos Iniciais; e

II. Recuperação.

§ 1º A fase relativa aos Trabalhos Iniciais é realizada no decorrer dos primeiros meses da concessão, conforme disposto no Contratos de Concessão, e compreende obras e serviços destinados a eliminar problemas emergências que impliquem em riscos pessoais e materiais iminentes, provendo requisitos mínimos de segurança e conforto dos usuários;

§ 2º A fase relativa a recuperação se estende até o 5º ano de concessão, conforme disposto nos Contratos de Concessão, e constitui um conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do sistema rodoviário, além daqueles de cunho estrutural, relativos a pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos da rodovia.

217. Assim, foi afirmado (peça 243, p. 15):

63. Note-se que o art. § 1º [sic], § 1º, da Portaria SUINF 242/2014 deixa claro que (i) os Trabalhos Iniciais integram a fase de recuperação geral da rodovia e que (ii) a recuperação se refere a conjunto de obras e serviços imprescindíveis à operação do sistema rodoviário, “além daqueles de cunho estrutural”, ou seja, não se restringe a intervenções estruturais, como afirma a SeinfraRodovia.

64. Assim, o conceito de “recuperação” é absolutamente cristalino desde antes da assinatura do contrato de concessão em questão, em conformidade com o entendimento e a determinação do Tribunal de Contas da União.

218. Enfatizou-se que seria absurdo supor que a empresa realizaria obras e serviços desnecessários, inúteis para a recuperação da rodovia e atingimento desses parâmetros de desempenho, de onde conclui que todo investimento feito na fase dos Trabalhos Iniciais qualificar-se-ia como investimento em recuperação do sistema rodoviário.

219. Com a execução dos Trabalhos Iniciais, a concessionária teria levado um ativo degradado às “condições mínimas de operação, vinculando a arrecadação ao aceite pela agência do cumprimento dessa etapa” (peça 243, p. 16). Dessa forma, afirmou: “trata-se de ativos novos ou recuperados, ou seja, em condições superiores às recebidas pela concessionária, de modo que os investimentos correspondentes, ainda não amortizados, devem ser indenizados” (peça 243, p. 17-18).

220. Prosseguindo sua manifestação, a Via040 defendeu ser inaceitável que fosse alterada, no momento do cálculo da indenização, o entendimento do que seriam os Trabalhos Iniciais, cuja definição estaria clara no PER e no contrato, em linha com a concepção previamente expressa pela ANTT e pelo TCU.

221. Reforçou, ainda, que (peça 243, p. 20): “o atingimento dos parâmetros previstos em Trabalhos Iniciais, conforme condições consideradas no EVTEA, dependiam de investimentos em obras de recuperação”

222. Defendeu, também, nos seguintes termos que não seria necessária a apresentação de projeto executivo (peça 243, p. 21-22):

98. Cabe ressaltar que, do ponto de vista funcional e estrutural, esses parâmetros têm por base metodologias internacionais, normas e procedimentos internacionalmente reconhecidos, o que em si já determina o tipo de intervenção a ser realizada. Não há como esses parâmetros, metodologias, normas e procedimentos serem substituídos por projeto executivo, que se reportaria ou se espelharia necessária e exatamente nessas estipulações regulamentares e contratuais.

99. Não se sustenta, portanto, a alegação de vício ou inviabilidade de indenização por inexistir inicialmente projeto executivo.

(destaques encontram-se no original)

223. Em relação ao item pavimentação dos Trabalhos Iniciais, concluiu (peça 243, p. 22-23):

100. Reitera-se que os Trabalhos Iniciais não têm por fim apenas o restabelecimento dos critérios funcionais (segurança e conforto), mas também (e não apenas, como afirma a SeinfraRodovia) estrutural e de vida útil já previsto nas principais normas e procedimentos técnicos, lembrando que a camada de pavimento é um componente estrutural característico e intrínseco a toda estrutura.

101. De qualquer forma, conforme as diretrizes do PER, as normas técnicas e os manuais, fica claro que a intervenção é de cunho estrutural uma vez que confere o restabelecimento global de funcionalidade da estrutura e vida útil.

102. O atendimento das boas técnicas e das normas nacionais e internacionais foi constatado e atestado pela ANTT (...)

103. Trata-se de atos jurídicos perfeitos, que não podem ser simplesmente descartados, como sugere a SeinfraRodovia.

224. A concessionária trouxe também considerações em relação ao item “Sinalização horizontal e vertical” dos Trabalhos Iniciais, a despeito de tal tópico não ter se constituído em apontamento na instrução que originou a oitiva, afirmado essencialmente que seriam aplicáveis os mesmos argumentos expostos para o item “pavimento” (peça 243, p. 23-24).

III.2.2.1.3 Manifestação da ABCR (peça 424, p. 7-8)

225. A ABCR, na condição de *amicus curiae*, apresenta também manifestação relacionada à validação dos investimentos vinculados ao grupo de trabalhos iniciais e de recuperação no sentido de que:

(...) não poderia esse Tribunal vincular pagamento de indenização a provas de atendimento de critérios em determinadas fases de investimento na fase trabalhos iniciais e recuperação, que não tenham sido previstos nos contratos de concessão. (peça 424, p. 7)

226. Segundo seu entendimento, a concessionária deveria apenas demonstrar o atendimento dos parâmetros de desempenho, tendo cumprido a exigência do contrato.

227. Ao fim dessa argumentação, alega que a proposta da Unidade Técnica implicaria em desconto do valor da indenização mesmo tendo atendido as exigências contratuais, afrontando a segurança jurídica.

III.2.2.1.4 Análise

228. Dos argumentos trazidos neste item em relação aos Trabalhos Iniciais, pode-se dividir a problemática em **três questões principais**. A **primeira** é relativa à possibilidade de se **classificar os serviços realizados no pavimento na fase de Trabalhos Iniciais como “recuperação”** para os fins da Resolução-ANTT 5.860/2019. A **segunda** concerne à possibilidade de se **indenizar dispêndios para os quais não foram apresentados projetos de engenharia pela concessionária**, como foi o caso dos Trabalhos Iniciais. A **terceira** relacionada ao **3º Aditivo contratual**, tema não tratado na instrução precedente.

229. Previamente a se adentrar nas questões principais, cabe tecer considerações acerca da crítica presente na resposta da ANTT à oitiva em relação à instrução prévia destes autos, que, na visão manifestada pela agência, não teria adequadamente apontados quais seriam a “situação encontrada” e os “critérios de auditoria” para cada achado, nos termos das NAT (Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União).

230. No item ‘II’ da mencionada instrução, relativo à “validação dos investimentos para fins de indenização”, foi afirmado que o objeto de exame eram os produtos apresentados pelo Verificador Independente (peça 214, p. 23). Nas análises realizadas, apontou-se indícios de falhas nos cálculos de indenização em relação aos quatro itens de maior materialidade da indenização então projetada – Trabalhos Iniciais, Recuperação, Duplicações, Praças de Pedágio – sendo que para cada um deles, descreveu-se a situação encontrada, detalhando os procedimentos executados pelo Verificador Independente que resultaram no valor aparentemente incorreto da indenização. Em cada tópico, também se descreveu os critérios de auditoria utilizados, constituídos da legislação, normas, cláusulas contratuais e jurisprudência aplicáveis a cada caso.

231. Assim, por exemplo, para o item “II.2.) Dos valores indenizáveis associados às obras de duplicação”, a situação encontrada foi a utilização pelo Verificador Independente dos Custos Médios Gerenciais do DNIT (CMG/DNIT) para a validação dos investimentos na duplicação de trechos rodoviários, no lugar da orçamentação com base nos projetos *as built* disponibilizados pela concessionária e no SICRO.

232. Os critérios de auditoria utilizados para apontar a suposta irregularidade foram amplamente detalhados, inclusive com a transcrição de trechos relevantes da jurisprudência. Tais critérios foram: o inciso VI do art. 7º e art. 10, § único, da Resolução-ANTT 5.860/2019, que exigem que as indenizações calculadas estejam aderentes às condições equitativas de mercado; e os Acórdãos 1.473/2017-TCU-Plenário, 2.175/2019-TCU-Plenário e 290/2018-TCU-Plenário, que já haviam determinado à ANTT a não utilização do CMG/DNIT como base de cálculo para os valores de investimentos, uma vez que esse não se constitui em instrumento hábil para tal finalidade (peça 214, p. 39). Mencionou-se, também, que a referida jurisprudência destacou a importância da elaboração de orçamentos com base em projetos de engenharia.

233. O efeito do citado apontamento – lembrando que efeitos (potenciais ou reais) de um achado são definidos pela NAT como os resultados ou as consequências para a entidade, o erário ou para a sociedade, da discrepância entre a situação encontrada e o critério – é uma superestimativa da indenização preliminarmente calculada pelo Verificador Independente, no valor aproximado de R\$ 135 milhões.

234. Ressalta-se que, para cada uma das propostas de determinações submetidas à manifestação dos gestores por meio de oitiva, foram destacados os critérios de auditoria associados a cada achado (Trabalhos Iniciais: peça 214, p. 217, §144; Recuperação: peça 214, p. 34, §184 e p. 35, §188; Duplicações: peça 214, p. 39, §204; Praças de Pedágio: peça 214, p. 40, §221). Certamente, as partes podem discordar da caracterização da situação encontrada ou da aplicabilidade dos critérios de auditoria utilizados, mas não se vislumbra espaço para a alegação de que os critérios de auditoria não tenham sido explicitamente elencados.

235. Não obstante à suposta dificuldade interpretativa relatada na resposta à oitiva da ANTT, o que se observou no restante de sua manifestação é que a agência apresentou argumentos em relação aos achados apresentados, seja no sentido de contestá-los ou mesmo concordar com eles. Assim, a agência discordou, de forma motivada, dos apontamentos relativos a “Trabalhos Iniciais” e concordou em relação a “Recuperação”. Já em relação a “Duplicação”, o que se observou é que a agência discordou do achado, mas o Verificador Independente concordou com a Unidade Técnica do TCU, refazendo os cálculos da indenização em seu produto mais recente (Produto 2C; peças 240, 399 e 433). Assim, entende-se contraditória a alegação de que a agência tenha entendido como obscura a apresentação dos achados elencados.

236. No que tange à **primeira das questões principais**, referente à classificação dos serviços realizados no pavimento na fase de Trabalhos Iniciais como “recuperação”, transcrevem-se a seguir os excertos relevantes da Resolução-ANTT 5.860/2019:

Art. 2º Serão considerados reversíveis, para a finalidade desta Resolução, os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão, tais quais:

(...)

IX - investimentos em recuperação da rodovia, executados até a data prevista contratualmente, desde que mantidos os parâmetros de desempenho correspondentes ao marco contratual na extinção antecipada do contrato.

(...)

§ 2º Não são considerados reversíveis os bens utilizados pela concessionária exclusivamente em atividades administrativas, bem como os investimentos realizados na prestação de serviços de conservação e manutenção do sistema rodoviário.

237. Assim, no processo de apuração do valor indenizável, caberia identificar quais seriam os investimentos em recuperação mencionados no inciso IX, art. 2º, Resolução-ANTT 5.860/2019.

238. No PER (Programa de Exploração da Rodovia) original da concessão da BR-040/DF/GO/MG, a expressão “recuperação” é usada tanto para descrever o período compreendido entre o início da concessão e o 60º mês, quanto para se referir ao intervalo entre o final dos Trabalhos Iniciais e o 60º mês.

239. A alusão ao início da “recuperação” quando do começo da concessão pode ser observada no item 3.1 do PER (peça 26, p. 8):

Figura 5: item 3.1 do Programa de Exploração da Rodovia (PER) da BR-040/DF/GO/MG

RECUPERAÇÃO

- **Objeto:** conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário.
- **Período:** inicia-se a partir da data de assunção do Sistema Rodoviário e estende-se até o final do prazo máximo assinalado para atendimento de cada Parâmetro de Desempenho. As obrigações a serem atendidas em até 12 (doze) meses consideram-se integrantes dos Trabalhos Iniciais, para os efeitos do Contrato e dos Escopos abaixo especificados.

Fonte: Programa de Exploração da Rodovia (peça 26, p. 8)

240. Por outro lado, no mesmo item 3.1 do PER, ao se detalhar efetivamente quais os serviços seriam executados e os prazos envolvidos, há uma segregação entre as fases de Trabalhos Iniciais e Recuperação. Por exemplo, no caso do pavimento (peça 26, p. 9-10):

Figura 6: Tabela do PER com indicação de prazo e parâmetro a ser atendido

3.1.1 Pavimento							
Escopo Trabalhos Iniciais	1. Ações de correção de desnível entre duas faixas de tráfego contíguas. 2. Reparos localizados na pista, de natureza superficial e profunda, e fresagem. 3. Fresagem e recomposição de revestimento asfáltico nos subtrechos que apresentam IRI $\geq 4,0$ m/km. 4. Reparos localizados nos segmentos em que os acostamentos pavimentados encontram-se em más condições funcionais ou com alta frequência de defeitos. 5. Eliminação de degrau acentuado entre a pista de rolamento duplicada e o acostamento. 6. Serviços de melhoria das condições de conforto ao rolamento em segmentos críticos. 7. Solução de problemas de irregularidades localizadas, contidos em segmentos que indiquem valores toleráveis, tais como abatimentos de pista causados por problemas geotécnicos ocorridos em terrenos de fundação de aterros, nas encostas adjacentes ou no próprio terrapleno. 8. Eliminar e prevenir a ocorrência de flechas nas trilhas de roda superiores ao valor limite estabelecido e de desnível superior ao valor admissível entre a faixa de tráfego e o acostamento ou entre duas faixas de tráfego contíguas, causado por recapamentos diferenciados.						
	1. Execução dos reparos localizados necessários à recuperação do pavimento flexível, previamente à execução das obras de reforço do pavimento, em complemento ao tratamento iniciado nos Trabalhos Iniciais. 2. Reforço estrutural do pavimento flexível existente, com eventual reconstrução de segmentos cujo nível de deterioração, condições estruturais ou ambos não comportem o reforço do pavimento existente. 3. Recuperação ou recomposição dos acostamentos. 4. Recuperação de pavimento rígido, compreendendo substituição parcial ou total de placas danificadas, de acordo com os limites estabelecidos nos Parâmetros de Desempenho. 5. Definição dos tipos de revestimento a aplicar na pista de rolamento de tal forma que as condições de aderência pneu-pavimento sejam as melhores possíveis, de modo a não comprometer a segurança do usuário. 6. Eliminação de degrau entre a pista de rolamento e o acostamento.						
PARÂMETRO DE DESEMPENHO	PRAZO DE ATENDIMENTO / FASE						
	TRABALHOS INICIAIS	RECUPERAÇÃO				MANUTENÇÃO	
	9 meses	24 meses	36 meses	48 meses	60 meses	357 meses	360 meses
Ausência de áreas exsudadas superiores a 1 m ²	X						
Ausência total de flechas nas trilhas de roda medidas sob corda de 1,20 m superiores a:	15 mm				7 mm		
Percentagem de área trincada (TR) máxima:	20% da área total	20% em 60% da Rodovia 15% em 40% da Rodovia	20% em 40% da Rodovia 15% em 60% da Rodovia	20% em 20% da Rodovia 15% em 80% da Rodovia	15% da área total	0% (Ausência de área trincada)	

Fonte: Programa de Exploração da Rodovia (PER) Edital de concessão 006/2013 (peça 26, p. 9-10)

241. De fato, identificou-se no item 3.1 do PER (peça 26, p. 8-31) mais menções a separação de escopo e prazos de execução entre os “Trabalhos Iniciais” e a “Recuperação” do que instâncias nas quais foi indicado que os “Trabalhos Iniciais” estariam incluídos dentro da “Recuperação”.

242. De toda forma, observa-se uma ambiguidade na definição do conceito de “recuperação” – o PER não é auto consistente quanto à utilização do termo – razão pela qual não é possível uma mera interpretação literal do documento.

243. Na instrução precedente destes autos, buscou-se – em normas aplicáveis às rodovias federais, particularmente as produzidas pelo DNIT – suporte para uma interpretação sistemática e lógica de como deveria ser entendido o termo “recuperação” para fins de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

244. Nesse sentido, focou-se no item “Pavimento”, pois além de ser o elemento de maior materialidade, também havia ampla literatura técnica acerca do que se constitui a sua recuperação. Extraiu-se, então, a definição do Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (peça 154, p. 30):

O termo “Recuperação do Pavimento” deve ser entendido como “Recuperação dos Atributos Funcionais e Estruturais do Pavimento”, não comportando qualquer conotação direta, em termos de serviços ou obras na Rodovia/Pavimento.

245. Observa-se, pois, que as normas técnicas pertinentes estabelecem que se deve classificar determinada intervenção como recuperação a realização de obras e serviços que tenham por resultado, cumulativamente, melhorias nas características funcionais e estruturais da via.

246. As definições do que se entende por atributos funcionais e estruturais podem ser obtidas do Manual de Gerência de Pavimentos do DNIT (peça 155, p. 65):

- a) Desempenho funcional – Refere-se à capacidade do pavimento de satisfazer sua função principal, que é a de fornecer uma superfície com serventia adequada, em termos de qualidade de rolamento. (...) A avaliação do IRI em conjunto com os levantamentos de defeitos de superfície são os mais apropriados para a definição da condição funcional do pavimento, que devem ser restaurados quando atingirem determinados níveis;
- b) Desempenho estrutural – Refere-se à capacidade de um pavimento de manter sua integridade estrutural, sem apresentar falhas significativas, sendo avaliado pelos ensaios defletoométricos;

247. Na instrução precedente, examinou-se o enquadramento ou não do escopo e parâmetros de desempenho pactuados, dentro do item Pavimento para os Trabalhos Iniciais, enquanto recuperação. Concluiu-se que, como não estariam englobadas “intervensões estruturais no pavimento da rodovia, não seria adequado classificar os serviços executados nessa etapa como recuperação da rodovia” (peça 214, p. 27).

248. Ao se insurgir contra essa conclusão, a agência e a concessionária fizeram uso alheio aos manuais citados no que diz respeito à definição do que seria uma intervenção estrutural no pavimento – ignorando a terminologia amplamente utilizada em engenharia de pavimentos. De acordo com as partes, qualquer intervenção que melhorasse as condições da rodovia, no sentido de contribuir para o atingimento de parâmetros de desempenho seria classificada como estrutural. Tal concepção tem um caráter bastante amplo, uma vez que uma mera ação do tipo “tapa buracos” poderia ser classificada como intervenção estrutural, uma vez que um dos parâmetros de desempenho a serem atingidos é a ausência de depressões, abaulamentos e panelas no pavimento (peça 26, p. 11).

249. Por outro lado, não há como negar que existe uma ambiguidade na terminologia contratual, uma vez que o PER utiliza tanto o vocábulo “recuperação” de forma ampla, ao abarcar os Trabalhos Iniciais”, como de forma restrita, enquanto etapa distinta dos Trabalhos Iniciais.

250. Nesse sentido, entende-se racional a definição trazida pela Portaria SUINF 242/2014, mencionada pela concessionária em resposta à oitiva, que englobou no conceito de “recuperação geral” duas etapas: “trabalhos iniciais” e “recuperação”.

251. A despeito de os manuais de engenharia aplicáveis darem maior suporte a utilização mais restrita do termo “recuperação”, não se pode ignorar que a outra concepção do termo também guarda razoabilidade, uma vez que pode similarmente ser extraída do contrato.

252. Portanto, não obstante às críticas aqui realizadas – que eventualmente podem levar a aprimoramentos na redação das normas e/ou futuros contratos – parece adequado, no caso concreto, prestar deferência ao entendimento trazido pela ANTT, pois o ente regulador, dentre as interpretações possíveis, optou por aquela que entendeu ser a mais adequada.

253. No que tange a **segunda questão** deste item, relativa à possibilidade da validação dos valores dispendidos sem que se tenha por base o projeto de engenharia correspondente, argumentam as partes que a ausência de projeto de engenharia para a recuperação de pavimento na fase de trabalhos iniciais não deveria constituir óbice à validação dos dispêndios na referida fase, em especial, se o

Verificador Independente entendesse que essa omissão não iria inviabilizar seus trabalhos de verificação.

254. Transcreve-se a seguir excerto da Resolução-ANTT 5.860/2019 sobre o tema:

Art. 3º Para fins de apurar os valores de indenização eventualmente devidos pelo Poder Concedente, a concessionária **deverá** apresentar informações sobre os bens reversíveis da concessão, contendo dados referentes:

I - à descrição de cada bem, com indicação do código patrimonial que lhe tenha sido atribuído individualmente, bem como sua alocação por centro de custo;

II - a localização física do bem, com relação aos bens corpóreos;

III - a fundamentação de sua natureza reversível;

IV - a data em que o bem se tornou disponível para uso, ou seja, o momento em que se encontrava no local e nas condições necessárias para funcionar;

V - o documento fiscal e os contratos relacionados com a aquisição de mercadorias ou prestação de serviços; e

VI - a identificação do projeto de engenharia em que o bem foi ativado.

255. Da leitura do normativo, pode-se depreender que a apresentação do projeto de engenharia no qual o bem foi ativado – no caso, os serviços associados à chamada “restauração” realizada na fase dos trabalhos iniciais – não é uma faculdade da concessionária, sendo que ela deverá apresentá-lo se pretende pleitear a indenização correspondente. Assim, da aplicação direta do normativo da própria agência, como argumentado na instrução precedente (peça 214, p. 27, § 142), caberia a glosa dos alegados dispêndios no pavimento, uma vez que não foram acompanhados de projetos de engenharia.

256. Por certo, não há que se supor que a Resolução-ANTT 5.860/2019 – aprovada pela Diretoria colegiada da ANTT, após processo de participação social, e explicitamente mencionada no termo aditivo de relicitação (peça 121, p. 8, subcláusula 9.1) – pudesse trazer uma exigência inútil. Ao contrário, o projeto de engenharia é um elemento basilar para que se possa chegar ao valor de intervenções indenizáveis realizadas no pavimento, pois envolve, entre outros aspectos, o diagnóstico da situação do trecho, a proposição de uma solução de engenharia e a elaboração de um orçamento, contendo os quantitativos e preços unitários.

257. Assim, pode-se tomar como exemplo o parâmetro IRI (*International Roughness Index* – Índice de irregularidade longitudinal), que não pode ultrapassar o valor de 4,0 m/km ao final dos Trabalhos Iniciais, nos termos do PER (peça 26, p. 10). Sabendo-se apenas o fato de que, em determinada extensão se verificou, ao final dos Trabalhos Iniciais, o atingimento do parâmetro pactuado, não há como se aferir como razoável ou não um montante pleiteado de indenização pelos dispêndios realizados no trecho.

258. Previamente a qualquer intervenção, há que se avaliar a situação do trecho. Assim, se o objetivo for atingir um IRI de 4,0 m/km, haveria que se identificar quais subtrechos já se encontravam nesse padrão (não necessitando, a princípio, de obras) e quais demandariam intervenção, bem como o grau de desconformidade com o parâmetro almejado.

259. Tendo-se o panorama do trecho, caberia se definir quais as intervenções a serem realizadas. No exemplo citado, poder-se-ia aplicar lama asfáltica ou realizar a correção em pontos localizados do pavimento ou, ainda, se proceder o recapeamento.

260. Uma vez definidas as soluções de engenharia aplicáveis, seriam realizados os levantamentos dos quantitativos e preços unitários, de forma a se encontrar um orçamento para as obras. A partir do montante orçado, se este tiver sido baseado nos referenciais adequados, seria possível se estimar um valor indenizável.

261. Daí a importância de um projeto de engenharia, conforme exigido pelo inciso VI, art. 3º, Resolução-ANTT 5.860/2019, que contemplaria os citados aspectos das intervenções no pavimento.

262. Ressalta-se, também, o comando expresso no inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019, que veda a indenização por investimentos executados acima das condições equitativas de mercado:

Art. 7º Não serão indenizados valores registrados no ativo referentes a: (...)

VI - investimentos em bens reversíveis realizados acima das condições equitativas de mercado.

263. Retomando o exemplo citado, enfatiza-se que o fato de a ANTT ter atestado o atingimento do IRI máximo de 4,0 m/km ao final dos Trabalhos Iniciais, bem como os demais parâmetros requeridos, não permite concluir que todos os dispêndios apresentados pela concessionária como associados a esse objetivo sejam indenizáveis.

264. Observa-se, no Produto 2C, que a Auditoria Independente adotou medidas no sentido de realizar verificações adicionais quanto ao valor indenizável dos Trabalhos Iniciais. Entretanto, como detalhado a seguir, não se entende que foram suficientes, em função da ausência de verificações quanto ao inciso VI, art. 7º, Resolução-ANTT 5.860/2019 (condições equitativas de mercado).

265. Nos termos do descrito no Produto 2C (peça 399, p. 59-60):

Com isso, foi feita a avaliação detalhada dos custos incorridos ao longo desse período [Trabalhos Iniciais], com verificação dos contratos associados, escopo destes contratos, notas fiscais e valores considerados, datas das notas fiscais. Nos casos em que foi possível concluir que os custos estão relacionados ao investimento, os custos foram validados.

A lista completa dos lançamentos desconsiderados, em conjunto com a justificativa da desconsideração de cada um se encontra no Anexo XII.

Como resultado, da análise dos investimentos apresentado em Trabalhos Iniciais de R\$ 280.708.110, referentes a custos diretos, de acordo com as premissas adotadas e limitações encontradas chegamos a uma base de indenização de R\$ 203.677.502, e portanto, passível de indenização, de acordo com as premissas adotadas e limitações encontradas.

Os valores não validados somam R\$ 54.259.301 referentes a aplicação das considerações referentes as “Atividades de Gerenciamento” das partes relacionadas e mais R\$ 22.772.306 referentes a demais descontos descritos no Anexo X.

266. Menciona-se que, nos termos do descrito no Anexo X do Produto 2C (peça 399, arquivo “12838472-02__Anexos_VI_XI.zip”, itens não digitalizáveis), em relação aos Trabalhos Iniciais, a razão da não consideração como indenizáveis dos valores listados seriam, principalmente duas: i) “Trabalhos Iniciais sem data para comparação com parâmetros de desempenho do Termo Aditivo com a data de exigência original do PER”; ii) “Documentação não disponibilizada pela Via 040 até a data de corte”.

267. Portanto, não obstante as conferências realizadas pelo Verificador Independente, não se identificou, em relação aos Trabalhos Iniciais, medidas tendentes a dar cumprimento ao inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019, no sentido verificar se os valores registrados estariam em condições equitativas de mercado. De fato, constatou-se que apenas para os itens “Praça de Pedágio”, “Duplicação”, “SAU”, “Retorno” e “Viaduto”, foram realizadas verificações para aferir se os custos diretos da base contábil ajustada estariam aderentes às estimativas orçamentárias realizadas por meio dos projetos *as built*. Transcreve-se a seguir excerto do Produto 2C sobre o tema (peça 399, p. 77-78):

Figura 7: tabela do Produto 2C com comparação dos investimentos com orçamentos de referência

4.5.3 Consolidação do comparativo dos custos diretos e da reavaliação dos orçamentos

Abaixo apresentamos o comparativo dos orçamentos nas referidas bases de data conforme acima em comparação com os valores considerados nos Custos Diretos da Base Contábil ajustada.

Item	Reavaliação Orçamentos	Custo Direto	Diferença (%)
01. PRAÇA DE PEDÁGIO	228.461.984	227.560.063	-0,39%
02. DUPLICAÇÕES	171.253.071	182.875.469	6,79%
03. TRABALHOS INICIAIS	-	203.677.502	-
04. RECUPERAÇÃO	-	30.626.260	-
05. PROJETOS	-	33.495.990	-
06. SAU.	38.535.146	59.609.435	54,69%
07. CUSTOS DIRETOS	Bem móvel	43.124.704	-
08. RETORNO	14.282.301	10.016.374	-29,87%
09. SINALIZAÇÃO	-	0	-
10. VIADUTO	6.015.000	10.175.390	69,17%
11. VEICULOS	Bem móvel	20.109.340	-
12. PPV	-	5.781.901	-
13. INFRA TI	Bem móvel	5.968.091	-
14. SEDE	Bem móvel	1.526.990	-
15. PASSARELAS	-	4.150.304	-
16. PRF	-	1.684.313	-
17. DESAPROPRIAÇÃO	-	1.527.496	-
18. ALMOXARIFADO	-	132.666	-

Tabela 82 – Comparativo dos custos diretos e da reavaliação dos orçamentos dos 18 grupos de ativos

Adicionalmente, na tabela abaixo é apresentado a diferença total entre as estimativas orçamentárias baseadas nos As Builts recebidos e a Base Contábil ajustada.

Item	Reavaliação Orçamentos	Custo Direto	Diferença (%)	Condições Equitativas de Mercado
01. PRAÇA DE PEDÁGIO	228.461.984	227.560.063	-0,39%	
02. DUPLICAÇÕES	171.253.071	182.875.469	6,79%	
06. SAU.	38.535.146	59.609.435	54,69%	
08. RETORNO	14.282.301	10.016.374	-29,87%	
10. VIADUTO	6.015.000	10.175.390	69,17%	
TOTAL	458.547.502	490.236.731	6,91%	Sim, valor dentro dos limites aceitáveis.

Tabela 83 – Comparativo dos custos diretos com os orçamentos dos grupos de ativos reavaliados

É possível verificar pela comparação acima que no global dos itens avaliados a diferença entre a estimativa orçamentária e o valor contábil se apresenta razoável.

As planilhas comparativas entre as estimativas orçamentárias e os Custos Diretos encontram-se no Anexo XIX.

Fonte: Produto 2C (peça 399, p. 77-78)

268. Assim, para os itens nos quais foram apresentados os projetos *as builts*, o Verificador Independente realizou, em alguma medida, uma análise de equidade dos valores pleiteados para indenização frente às condições de mercado, conforme demandado pelo inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019, tendo inclusive encontrado divergências relevantes (que ao final se cancelaram culminando em um valor dentro de limites considerados aceitáveis). Ocorre que tal verificação não foi realizada em relação ao item de segunda maior materialidade: Trabalhos Iniciais.

269. Em outra toada, entende-se razoável a preocupação trazida pela ANTT em sua manifestação, no sentido de não sejam adotadas medidas que levem ao enriquecimento sem causa da Administração em prejuízo do particular. Assim, o fato de que ao final da fase dos Trabalhos Iniciais, o atingimento dos parâmetros de desempenho pré-estabelecidos foi atestado pela ANTT é um indicativo de que a concessionária realizou algum investimento indenizável no trecho, mas não é evidência de que os valores pleiteados a título de indenização estejam aderentes às condições equitativas de mercado.

270. Similarmente, é necessário que sejam adotadas providências para evitar o enriquecimento sem causa da concessionária em prejuízo da Administração. No caso concreto, a própria concessionária deu causa a limitação observada nos trabalhos de verificação da aderência dos valores indenizáveis às condições equitativas de mercado, ao apresentar documentação aquém da exigida pelo art. 3º da Resolução-ANTT 5.860/2019 para o item sob análise, mormente em decorrência da ausência dos projetos de engenharia correspondentes.

271. Das informações disponíveis nos autos, até o momento, não é possível saber se a concessionária possui tais projetos, mas decidiu não os apresentar, ou se eles nunca existiram – de modo que os montantes investidos (supostamente mais de R\$ 200 milhões) teriam sido aplicados na “recuperação” da rodovia sem a diretriz de um projeto de engenharia.

272. Reforça-se que os produtos elaborados pelo Verificador Independente se restringiram a avaliação das condições equitativas de mercado aos itens para os quais foram apresentados projetos *as built*, restando ainda mais clara a relevância da apresentação de projetos de engenharia, não como uma formalidade, mas sobretudo como um elemento crucial a partir do qual se pode avaliar se os custos apresentados pela concessionária se encontram aderentes às condições equitativas de mercado.

273. Diante do exposto, foi elaborado relatório preliminar no qual havia proposta de determinação no sentido de que os valores associados à indenização pelos Trabalhos Iniciais não fossem considerados indenizáveis, uma vez que os montantes então calculados haviam sido apurados sem a existência de projetos de engenharia e a aferição das condições equitativas de mercado (peça 473, p. 63-64).

274. Nos **comentários apresentados pelos gestores** com base no relatório preliminar, são trazidos argumentos que contestam a conclusão quanto a impossibilidade de se indenizar os valores associados aos Trabalhos Iniciais (peça 452, p. 10-13).

275. Entende-se que, de fato, os comentários dos gestores trouxeram um novo elemento à análise que tem o condão de alterar o posicionamento expresso no relatório preliminar.

276. A problemática central encontrava-se na ausência de elementos que permitisse a aferição dos valores levantados em relação aos Trabalhos Iniciais em relação àqueles obtidos em condições equitativas de mercado. Em sua mais recente manifestação a agência afirmou que os montantes apurados estariam aderentes aos obtidos a partir dos estudos de viabilidade que embasaram o certame original (peça 452, p. 12):

Além disso, é importante observar que o valor previsto originalmente no EVTEA que embasou a relicitação (R\$ 316 milhões), e foi inclusive submetido ao crivo da análise do TCU, é 55% maior que o valor previsto de indenização (R\$ 203 milhões). Ora, se não havia indícios de que a estimativa de gastos em Trabalhos Iniciais dos estudos estava fora dos valores de mercado, seria incoerente o Poder Público glosar a indenização por dispêndios significativamente menores do que aqueles previstos e auditados pelo órgão de controle federal.

277. Para além do caso concreto, a ANTT indicou como entende que situações similares poderiam ser tratadas em outros processos (peça 452, p. 12):

A preocupação da área técnica do TCU é coerente e precisa ser endereçada, de forma que a Agência deve, em conjunto com o Verificador Independente, adotar mecanismos de mitigação de risco para esse tipo de investimento, que tem alta materialidade, não possui projetos ou orçamentos exigidos pela Agência, e há evidência de que os serviços foram executados pois atendem aos parâmetros de desempenho (ex.: Trabalhos Iniciais).

Uma possível alternativa é o modelo utilizado pelo Estado de São Paulo em seus recentes contratos de concessões rodoviárias (ex.: Lote Pipa), em que é estabelecido um limite para os custos registrados na contabilidade, no caso, aqueles previstos no EVTEA que embasou a licitação.

Ante o exposto, em consonância com o previsto nos art. 14 e 15 da Resolução-TCU 215/2020, **propõe-se a seguinte proposta de deliberação alternativa:**

XX) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, nos futuros processos de relicitação, que oriente os verificadores independentes a adotar medidas efetivas para avaliar se investimentos realizados com partes relacionadas e desprovidos de projetos de engenharia e respectivos orçamentos se deram em condições equitativas de mercado, a exemplo da limitação do valor a ser indenizado àquele previsto originalmente nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental que embasou a licitação original da concessão, em respeito ao previsto no art. 7º, VI, da Resolução-ANTT 5.860/2019.

(destaques contidos no original)

278. A ideia da utilização do EVTEA enquanto referência para certificação dos valores pretendidos a título de indenização pelos bens reversíveis, já havia sido previamente levantada nestes autos, tendo posicionamento favorável da Unidade Técnica do TCU, bem como da então relatora deste processo. De fato, a decisão cautelar do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), posteriormente revogada pelo Acórdão 2.924/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), havia disposto nos seguintes termos:

9.1. determinar, cautelarmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres que suspenda os efeitos da Deliberação 329/2020, abstendo-se de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que: (...)

9.1.2. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados considere um teto ao valor das indenizações, a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA);

279. Entende-se haver um consenso, entre os pronunciamentos pretéritos do TCU (do Plenário e da Unidade técnica) e a manifestação dos gestores da ANTT, no sentido de que o valor obtido a partir do EVTEA seria uma referência aceitável para a validação dos montantes pleiteados a título de indenização pelos investimentos reversíveis, particularmente em relação a serviços que a agência tenha atestado a execução e para os quais não estejam disponíveis meios mais precisos de quantificação (projetos de engenharia e orçamentação por sistemas de referências oficiais), como o caso dos Trabalhos Iniciais da Via040.

280. Assim, no caso concreto, entende-se que não subsistem razões para a contestação do valor apurado a título de indenização pelos Trabalhos Iniciais, tampouco para a determinação proposta no relatório preliminar. Ressalta-se que a impropriedade pontuada, no Produto 2C do verificador Independente, em relação à falta da aferição das condições equitativas de mercado para a contratação

do Trabalhos Iniciais foi suprida pelas informações e argumentos trazidos pelos comentários dos gestores.

281. Em relação aos demais processos de relicitação, entende-se também pertinentes as considerações trazidas pelos comentários dos gestores, cabendo algumas modificações na proposta de determinação sugerida. Uma vez que já se formou um consenso de que o EVTEA original seria instrumento válido na verificação das condições equitativas de mercado para limitar o valor a ser indenizado, não se vislumbra razão para que não seja utilizado, ao menos como meio complementar, quando da apuração da indenização em relação ao demais investimento em bens reversíveis, sem prejuízo da realização de verificações mais precisas, como detalhado no item "II.2.2.3. Obras de duplicação" deste relatório, tornando mais robustos os procedimentos que visem avaliar se as contratações ocorreram em aderência às condições equitativas de mercado.

282. Assim, cabe propor **determinar à ANTT que, quando da quantificação dos valores associados às indenizações por bens reversíveis, a verificação acerca das condições equitativas de mercado das contratações dos investimentos cuja execução tenha sido efetivamente comprovada, considere como limite superior do montante a ser indenizado em relação a cada investimento àquele previsto originalmente nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental que embasou a licitação original da concessão, sem prejuízo da realização de verificações adicionais com base em projetos de engenharia e sistemas de referência oficiais, em respeito ao previsto no art. 7º, VI, da Resolução-ANTT 5.860/2019 e inciso VII do art. 17 da Lei 13.448/2017.**

283. Por fim, há que se abordar uma **terceira questão** que surgiu da celebração do 3º Termo Aditivo ao contrato de concessão (e não havia sido diretamente tratada na instrução precedente destes autos).

284. O referido aditivo flexibilizou um dos parâmetros de desempenho a serem atendidos pela concessionária durante sua vigência. No contrato original, ao final dos Trabalhos Iniciais, todo o trecho concedido deveria possuir um valor máximo de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI) de 4,0 m/km (peça 26, p. 10). No 3º termo aditivo, foi pactuado como aceitável um IRI máximo de 6,0 m/km em um segmento de 82 km (peça 193, p. 3, Quadro 1. Item 3.2).

285. Pelo disposto na Resolução-ANTT 5.860/2019, os investimentos em recuperação da rodovia só seriam indenizáveis caso, quando da devolução da concessão, os parâmetros de desempenho correspondentes ao respectivo marco contratual estivessem sendo atendidos:

Art. 2º Serão considerados reversíveis, para a finalidade desta Resolução, os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão, tais quais: (...)

IX - investimentos em recuperação da rodovia, executados até a data prevista contratualmente, **desde que mantidos os parâmetros de desempenho correspondentes ao marco contratual na extinção antecipada do contrato.**

286. Então, se observa que nesses referidos 82 km, caso seguido estritamente os estabelecido no aditivo contratual, a concessionária não faria jus a ser remunerada pelos dispêndios realizados a título de Trabalhos Iniciais no pavimento, em decorrência de ter pactuado a devolução ao Poder Concedente com parâmetros de desempenho inferiores aos correspondentes aos Trabalhos Iniciais.

287. Enfatiza-se que não se pretende aqui emitir juízo sobre a conveniência e oportunidade do relaxamento observado no parâmetro de desempenho. Entretanto, deve ficar clara a eventual impropriedade de indenizar a concessionária pelos Trabalhos Iniciais executados no referido trecho, confirmando-se o acordado de devolução do segmento em nível inferior ao exigidos pelos Trabalhos Iniciais. De fato, pode-se até mesmo entender que a situação de deterioração do IRI, de 4,0 m/km para 6,0 m/km, corresponde a um dano sofrido pelo pavimento, durante o período de administração da concessionária, após o recebimento dos Trabalhos Iniciais pela agência.

288. Em decorrência do exposto, no relatório preliminar foi proposta determinação no sentido de que a parcela da indenização relativa aos Trabalhos Iniciais do pavimento não contemple os dispêndios realizados nos 82 km da BR-040/MG nos quais o terceiro termo aditivo ao contrato de concessão estabeleceu o limite de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI) de 6,0 m/km.

289. A **manifestação dos gestores** da ANTT concordou com necessidade de que fossem glosados eventuais valores indenizáveis em segmentos nos quais os parâmetros de desempenho dos Trabalhos Iniciais não estivessem sendo atendidos ao final da concessão. Entretanto, seria desnecessária uma determinação a respeito, uma vez que tratava de mero cumprimento aos normativos aplicáveis, sendo que já estaria sendo planejada, quando da elaboração do Produto 2B, a aferição dos parâmetros de desempenho em toda a rodovia, não apenas nos mencionadas 82 km. A agência afirmou (peça 452, p. 13):

Nesse contexto, verifica-se que a preocupação da área técnica do TCU é coerente e está alinhada com a atuação da Agência. Assim, cabe evidenciar que no termo de referência firmado com o verificador independente a Agência estabeleceu, no produto 2B, inspeção Física in loco a fim de verificar as condições atuais dos bens reversíveis (...)

Assim, está previsto no escopo de trabalho do verificador independente a análise das condições de toda a rodovia, não só os 82 km contidos na proposta de determinação da unidade técnica, e caso seja verificado algum parâmetro de desempenho inferior ao pactuado inicialmente com a Agência, a concessionária não será remunerada pelos dispêndios realizados a título de investimento naquele trecho.

Desse modo, a flexibilização acordada no 3º Termo Aditivo será utilizada somente para fim de fiscalização, não vale para apuração do valor dos bens indenizáveis. Para isso, vale o regramento contido na Resolução 5.860/2019, que estabelece que os investimentos em recuperação da rodovia só serão indenizáveis caso, **quando da devolução da concessão, os parâmetros de desempenho correspondentes ao respectivo marco contratual estiverem sendo atendidos.**

Assim, ao fim do produto 2B, que está previsto para começar em 10/04/2023 e terminar em 16/06/2023, teremos o ajuste no valor da indenização referente ao não atingimento dos parâmetros de desempenho de trabalhos iniciais.

(os destaques encontram-se no original)

290. Assim, não parece haver diferença de entendimento quanto a necessidade de se deduzir da indenização os valores correspondentes aos segmentos devolvidos com parâmetros de desempenho inferiores aos pactuados. Todavia, existe uma questão prática ainda a ser solucionada. O terceiro termo aditivo ao contrato de concessão (cláusula 2.1) fixou o termo contratual na data de 18/8/2023 (peça 193, p. 2), sendo que os trabalhos do Produto 2B estão previstos para serem concluídos em 16/6/2023. O interstício de cerca de dois meses entre a apuração final dos parâmetros de desempenho e o término da concessão atual, tendo em vista os prazos usuais dos processos de concessão, afigura-se insuficiente para o resultado do Produto 2B venha a ser contemplado no edital do novo certame. O prazo entre a publicação do edital e a apresentação das propostas tem sido usualmente cerca de três meses e, além disso, após o julgamento dos lances, é necessário período adicional antes da celebração do novo contrato (avaliação dos requisitos da proponente vencedora, eventuais recursos etc.).

291. Portanto, com vistas a dar efetividade ao resultado do Produto 2B, de forma que o valor indenizável venha a refletir as condições nas quais a rodovia está sendo devolvida, medida em termos de parâmetros de desempenho, é necessário que o edital do novo certame preveja qual tratamento será conferido ao eventual valor ressarcido à atual concessionária, tendo em vista a provável indeterminação quanto aos parâmetros de desempenho existentes no segmento quando da publicação do edital do novo certame.

292. Nesse sentido, entende-se pertinente propor, em substituição à determinação sugerida no relatório preliminar, **determinar à ANTT que faça constar do edital de licitação da concessão da**

BR-040/495/MG/RJ dispositivo que restrinja os valores a serem efetivamente ressarcidos à concessionária anterior àqueles para os quais tenha sido comprovado o atendimento dos parâmetros de desempenho exigíveis pelo PER no marco contratual correspondente, conforme aferido em medições tão próximas quanto possível da transição para a nova concessão, em observância ao inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019 e ao inciso VII, § 1º, art. 17 da Lei 13.448/2017 e ao art. 11 do Decreto 9.957/2019.

III.2.2.2 Pavimento e sinalização na fase dos "Recuperação" (itens a.2.2 e a.2.3 da oitiva)

293. Na análise dos investimentos vinculados ao grupo “Recuperação” (peça 214, p. 27-35), destacou-se a necessidade de aferição acerca da efetiva recuperação rodovia, com observância às normas de engenharia, de modo a atingir os atributos e prazos previamente pactuados para a concessão.

294. Posteriormente, seria necessário ainda a avaliação da equidade dos investimentos aos valores de mercado, nos termos do disposto no inciso VI do art. 3º c/c o inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019, que estabelecem a identificação do projeto de engenharia em que o bem foi ativado e que não serão indenizados valores referentes a investimento acima das condições equitativas de mercado, conforme já mencionado.

295. Evidenciou-se que não há elementos que permitam a comprovação da execução dos serviços de recuperação, pois não foi apresentado o projeto de engenharia com a indicação das intervenções de recuperação do pavimento, elemento essencial desse serviço, conforme Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (peça 154, p. 33-34), segundo o qual tanto a restauração quanto a reabilitação da rodovia deve ser precedida da elaboração de projeto de engenharia específico.

296. Dada a ausência de projetos de engenharia, os valores indicados pela concessionária a título de recuperação sequer foram submetidos à verificação de sua equidade às condições de mercado.

297. Além dessa falta de projetos de engenharia, considerando a responsabilidade disposta no PER do contrato de concessão (peça 26, p. 81), solicitou-se à ANTT o Relatório Técnico Operacional Físico e Financeiro (Retoff), de periodicidade mensal, por meio do qual a concessionária informa à agência reguladora a execução físico-financeira das obras e serviços executados.

298. Constatou-se então que os arquivos Retoff’s (peça 208, itens não digitalizáveis) não apresentavam descrição dos serviços de recuperação do pavimento.

299. Por fim, além dos elementos já citados que indicam a impossibilidade de vinculação dos investimentos indicados a título de recuperação com a execução dos correspondentes serviços e obras, não foi comprovado o cumprimento dos parâmetros de desempenho ao final do marco contratual para a fase de “Recuperação” definido no PER (peça 26, p. 10-11).

300. Ao contrário, conforme consta do Parecer 170/2019/COINFMG/URMG (SEI/ANTT 1328822) (peça 158, p. 15), até abril/2019, foi apurado o total desatendimento dos parâmetros relativos a: “Ausência de flexa nas trilhas de roda, conforme parâmetros de desempenho”; “Cumprimento dos limites de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI)”; “Cumprimento dos limites máximos de áreas trincadas (TR)”; e “Atendimento aos parâmetros de desempenho para sinalização horizontal e vertical”. Além disso, detectou-se a ocorrência de 247 inconformidades em relação ao parâmetro “Ausência de depressões, abaulamentos ou áreas exsudadas na pista ou no acostamento” e 127 inconformidades para o parâmetro “Ausência de desnível entre a faixa de tráfego e acostamento”.

301. Corroborando esse apontamento, cita-se ainda que, quando do pedido de adesão à relicitação, em agosto/2019, a concessionária indicou não ter condições de atender aos parâmetros dos

“Trabalhos Iniciais”, inferiores aos da fase de “Recuperação”, conforme indicado na Nota Técnica SEI 3006/2019/GEFIR/SUINF/DIR (SEI 1320452) (peça 159, p. 4).

302. Assim, restou demonstrado que não foram atingidos os atributos funcionais pactuados para o final da fase de “Recuperação” em nenhum trecho da rodovia, no correspondente marco contratual, tampouco foi demonstrada a recuperação estrutural da rodovia – aferida mediante ensaios deflectométricos, conforme parâmetro de desempenho constante do PER (peça 26, p. 11).

303. Face a esses apontamentos, pontuou-se que haveria equívoco na sistemática utilizada pelo Verificador Independente indicando validação preliminar dos investimentos em recuperação, e que careceria apenas de atendimento dos parâmetros de desempenho, conforme Produto 3 (peça 149, p. 31).

304. Assim, face as evidências devidamente detalhadas na instrução precedente (peça 214, p. 27-34), entendeu-se que carece de evidências o pressuposto de que a concessionária, no marco contratual correspondente, teria executado os serviços de recuperação do pavimento, pois: i) não foram apresentados ensaios produzidos na ocasião que indicassem a recuperação funcional e estrutural da rodovia; ii) os relatórios técnicos elaborados à época não consignavam a execução de serviços de recuperação; iii) nem ao menos se comprovou a existência de projetos de engenharia, indispensáveis para a execução dos serviços e para a eventual quantificação dos valores indenizáveis. Eventuais notas fiscais, registros contábeis ou contratos não trazem informações sobre o estado real da rodovia no período para o qual foi pactuada a recuperação e, na ausência de elementos concretos que indiquem a recuperação do pavimento, fica impossibilitada a validação de alegados investimentos.

305. Raciocínio análogo se aplica aos dispêndios vinculados à sinalização horizontal e vertical na fase de “Recuperação”, que deveriam atender às exigências relacionadas à retrorrefletância definidas no PER (peça 26, p. 15-16).

306. O Parecer 170/2019/COINFMG/URMG (SEI/ANTT 1328822) (peça 158, p. 15) apontou completo desatendimento dos parâmetros para a sinalização horizontal e vertical. A concessionária não apresentou relatório de monitoração, à época do marco temporal do contrato de concessão, que comprovasse o atendimento às exigências do PER. Dessa forma não foi demonstrada a recuperação da sinalização e o atendimento dos parâmetros de desempenho obrigatórios.

307. Assim, pelas razões expostas, caberia determinar à agência que, quando do cálculo da indenização relativa ao processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG, não incluía como investimentos em bens reversíveis, os dispêndios realizados no pavimento durante a fase de “Recuperação”, uma vez que não restou evidenciado a existência de elementos que indicassem a efetiva recuperação do pavimento da rodovia, em respeito ao disposto na Lei 13.448/2017, art. 17, § 1º, VII, na Resolução-ANTT 5.860/2019, art. 2º, IX e art. 3º, VI, no Manual de Restauração de Pavimentos Asfálticos do DNIT (Publicação IPR - 720), no Parecer 170/2019/COINFMG/URMG e no item 3.1.1 do Programa de Exploração da Rodovia.

308. Da mesma forma caberia determinar a não inclusão dos dispêndios realizados em sinalização horizontal e vertical durante essa fase, uma vez que não restou evidenciado, no prazo contratualmente previsto, o efetivo estabelecimento dos parâmetros de desempenho correspondentes, que deveriam estar associados à real recuperação da rodovia, em respeito ao disposto na Lei 13.448/2017, art. 17, § 1º, VII, na Resolução-ANTT 5.860/2019, art. 2º, IX, no Parecer 170/2019/COINFMG/URMG e no item 3.1.2 do Programa de Exploração da Rodovia.

309. Todavia, considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a construção participativa das deliberações do TCU (art. 14 da Resolução-TCU 315/2020), realizou-se ainda oitiva da agência reguladora e da concessionária acerca da proposta de encaminhamento indicada e em especial quanto:

a.2) às alegadas falhas na validação dos investimentos reversíveis relacionados: (...)

a.2.2) ao pavimento na fase de "Recuperação"; (item II.1.3)

a.2.3) à sinalização na fase de "Recuperação"; (item II.1.3)

III.2.2.2.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 46-47)

310. Após apresentação de resumo dos apontamentos feitos pela unidade técnica em relação aos investimentos vinculados à sinalização e pavimento na fase de recuperação do contrato de concessão, a ANTT afirma que (peça 235, p. 46-47):

(...) não se questionam as evidências levantada pela SeinfraRodoviaAviação de que, para o caso da Via-040, não há elementos que permitam indenizar a concessionária por investimentos feitos para atender as exigências previstas para o período entre 13º e 60º mês da Frente de Recuperação do PER.

311. Assim, afirma que os investimentos em recuperação constantes do Produto 2A teriam sido “considerados somente para compor o cenário de indenização e não como indenização efetiva”. Acrescenta que o Produto 2C não teria previsto indenização para esse grupo de investimentos.

312. Conclui então que, como não haveria indenização para investimento em Recuperação, as propostas de determinação não deveriam ser acolhidas.

III.2.2.2.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 24-30)

313. Quanto a esse tópico, foi afirmado que seria “injusta e inaceitável pretensão da SeinfraRodovia de alterar o conceito de ‘recuperação’”, que se atinente “às obras e serviços necessários para atingimento dos parâmetros de desempenho dessa fase do contrato, conforme o PER” (peça 243, p. 27).

314. Arguiu-se que seria “absurda e irreal” a premissa de que (peça 243, p. 27-28):

a concessionária realizaria obras e serviços inúteis, além do exigido para o atingimento desses parâmetros, prevendo anos atrás, no início do contrato, a futura inexecutabilidade do ajuste e seus supostos “ganhos” com a indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados.

126. A SeinfraRodovia pretende criar um cenário em que a concessionária precisa comprovar melhorias decorrentes de seus investimentos na recuperação do sistema rodoviário, parecendo desconhecer que os parâmetros de desempenho existem exatamente para isso.

315. Quanto aos projetos de engenharia, é argumentado que o contrato de concessão preveria suas dispensas nos casos das obras de recuperação, nos termos da subcláusula 6.5. Assim, não haveria suporte contratual ou legal para a exigência da apresentação dos projetos de engenharia.

316. Argumentou, ainda, que “a Via 040 seguiu o rigor da comprovação das obras de recuperação nos estritos termos do contrato de concessão, com anuência da ANTT, configurando-se ato jurídico perfeito”.

317. Em relação aos serviços de sinalização, são trazidas razões similares às previamente apresentadas, de modo a se concluir pela pertinência da indenização pelos dispêndios realizados e a insubsistência do apontamento realizado em instrução anterior.

III.2.2.2.3. Análise

318. Abordando inicialmente os argumentos trazidos pela Concessionária, cabe lembrar que a Resolução-ANTT 5.860/2019 considera reversíveis os investimentos em “recuperação da rodovia” (art. 2º, IX), mas não os “investimentos realizados na prestação de serviços de conservação e manutenção do sistema rodoviário” (art. 2º, § 2º). Tal distinção observa o raciocínio de que a conservação e manutenção não agrega valor ao ativo, apenas preservando suas condições. Por outro lado, quando da execução de uma recuperação na rodovia, o Poder Concedente reaveria o bem

concedido em condições superiores, cabendo remunerar o parceiro privado pelas melhorias promovidas, na medida em que essas ainda não tivessem sido amortizadas ou depreciadas.

319. Não se contesta que foram empenhados recursos no sistema rodoviário após o término dos Trabalhos Iniciais, mas cabe avaliar se tais dispêndios seriam classificáveis como reversíveis, isto é, enquadrar-se-iam em “conservação e manutenção” ou em “recuperação”. Nesse sentido, deve restar claro que, caso as condições da rodovia, medidas em termos de parâmetros de desempenho, ao final do processo de relicitação, forem equivalentes àquelas observadas quando do término dos Trabalhos Iniciais, não há que se falar na realização de recuperação nesse intervalo, mas apenas conservação e manutenção. Esclarece-se que a concessionária auferir remuneração durante esse período, por meio da cobrança de tarifas de pedágio, que se iniciou ao final dos Trabalhos Iniciais. Todavia, não tendo sido realizada a recuperação, não existem montantes adicionais a serem pagos, a título de investimentos reversíveis não amortizados ou depreciados.

320. Ressalta-se que, na instrução precedente destes autos (peça 214, p. 27-35), foi apresentada uma série de evidências que indicavam a não execução dos serviços de recuperação do pavimento e sinalização, como a ausência de: i) projetos de engenharia (elementos essenciais para a recuperação do pavimento e sinalização); ii) registros de intervenções de recuperação nos Retoff (Relatório Técnico Operacional Físico e Financeiro); e iii) medições que indicassem o atendimento dos parâmetros de desempenho ao final da fase de recuperação.

321. A despeito de a Concessionária ter asseverado a realização da recuperação da rodovia, não foram trazidos elementos que descaracterizassem as evidências mencionadas. Em resposta à oitiva, não foram apresentados os projetos de engenharia correspondentes à recuperação ou os relatórios de campo que indicassem a realização das obras de recuperação, tampouco foram trazidas medições que demonstrassem o atingimento dos parâmetros de desempenho no 60º mês do contrato (final da fase de recuperação) ou o ateste da ANTT da execução dos serviços após o final da fase dos Trabalhos Iniciais. Reforça-se que a **agência não atestou a conclusão dos trabalhos de recuperação**, não havendo, pois, que se falar em “ato jurídico perfeito”, como pretende a concessionária. Portanto, não há como se acolher as afirmações trazidas pela Via040 quanto a esse ponto.

322. Cabe tecer considerações sobre a suposta desobrigação da necessidade da apresentação de projetos executivos, mencionada pela concessionária em resposta à oitiva. Nesse sentido, transcreve-se excerto do contrato (peça 14, p. 13-14):

6 Projetos

6.1 A Concessionária deverá elaborar e manter atualizados os projetos executivos para a execução das obras da Concessão, que deverão atender integralmente aos prazos e condições previstos no PER e nos Regulamentos da ANTT.

(...)

6.5 A ANTT poderá dispensar a apresentação do projeto executivo para obras de pequeno porte ou de baixa complexidade, não alcançadas pela subcláusula 6.2 acima, mediante solicitação fundamentada da Concessionária.

323. Observa-se que a subcláusula 6.5 do contrato dispõe que apenas as obras de “pequeno porte” ou de “baixa complexidade” poderiam ter seus projetos executivos **dispensados de apresentação à ANTT**. Essa regra pode ser entendida tendo em vista o objetivo de reduzir o fardo regulatório, uma vez que a agência ficaria, em princípio, desincumbida de avaliar projetos de investimentos de menor relevância. O regramento acerca da apresentação dos projetos não se confunde com a obrigação de **elaborar os projetos**, trazida pela subcláusula 6.1, e não alterada pela subcláusula 6.5. De fato, a ANTT não teria sequer competência legal para dispensar a concessionária da elaboração de projetos, não sendo isso temática regulatória, mas sim de engenharia, regulada pelos órgãos e entidades competentes, como sistema CONFEA/CREA (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura

e Agronomia e Conselhos Regionais de Engenharia), a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e o DNIT.

324. Ademais, entende-se inconcebível tentar enquadrar as obras de recuperação, que alegadamente abrangeram mais de 900 km de rodovia, ao suposto custo de centenas de milhões de reais, como uma obra de “pequeno porte” ou “baixa complexidade”.

325. De todo modo, ao assinar o termo aditivo, aderindo à Resolução-ANTT 5.860/2019, a concessionária anuiu com os regramentos do normativo, incluindo a obrigatoriedade de apresentar os projetos de engenharia nos quais os bens e serviços indenizáveis foram ativados.

326. Quanto à resposta da agência à oitiva, em relação aos investimentos da fase de “Recuperação”, observa-se um alinhamento entre o ponto de vista trazido na instrução precedente e o entendimento manifesto pela ANTT, no sentido de que: “não há elementos que permitam indenizar a concessionária por investimentos feitos para atender as exigências previstas para o período entre 13º e 60º mês da Frente de Recuperação do PER” (peça 235, p. 46-47).

327. A agência afirmou ainda, na resposta à oitiva, que no produto mais recente dos trabalhos do Verificador Independente (Produto 2C, peça 240) não havia menção aos referidos dispêndios (peça 235, p. 47):

156. Destaca-se que os investimentos em recuperação no Produto 2A foram considerados somente para compor o cenário de indenização e não como indenização efetiva. Prova desta constatação é o **fato de que o Produto 2C já não traz nenhum desses investimentos.**

(destaques acrescidos)

328. Ocorre que tal suposto fato trazido na resposta à oitiva não condiz integralmente com o disposto no Produto 2C, pois o Verificador Independente continua a incluir em sua estimativa de indenização uma parte (minoritária) dos dispêndios da fase de recuperação, especificamente, aqueles relacionados à sinalização e segurança (peça 399, p. 61):

Investimentos em recuperação de rodovia realizados após estas datas [datas de corte para os Trabalhos Iniciais] serão considerados como manutenção pelo Verificador Independente.

A exceção à essa premissa são **os serviços da frente de Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança, quando relacionados à implantação do sistema de sinalização vertical, e implantação de barreiras de segurança, que foram considerados até o fim do período denominado de recuperação para este item, 60º mês de concessão**, ou até 22/07/2019, já considerando a premissa de acrescentar 3 meses as datas contratuais para considerar investimentos realizados na data correta, porém pagos posteriormente.

329. A decisão do Verificador Independente em considerar como indenizáveis os dispêndios em sinalização e elementos de proteção e segurança executados durante a fase de recuperação, mas não os demais realizados nessa etapa, é fundamentada nos seguintes termos (peça 399, p. 60-61):

O PER do 1º Termo Aditivo ao contrato de concessão, que define as condições para a relicitação da rodovia, determina que os parâmetros de desempenho a serem atendidos pela Concessionária sejam semelhantes aos parâmetros de desempenho dos Trabalhos Iniciais do contrato original de concessão, não reconhecendo investimentos posterior ao período de trabalhos iniciais, por não agregar valor ao ativo, ou seja limitando a indenização a investimentos realizados até as datas de 22/04/2015 ou 22/07/2015, já considerando a premissa de acrescentar 3 meses as datas contratuais para considerar investimentos realizados na data correta, porém pagos posteriormente. (...)

Uma vez que é do entendimento do Verificador Independente que PER do 1º Termo Aditivo ao contrato de concessão contempla essas atividades, tornando-as assim indenizáveis. A comparação do PER do contrato de concessão com o PER do 1º Termo Aditivo está no Anexo XII. Investimentos da frente de Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança realizados após esta data serão considerados como manutenção pelo Verificador Independente.

330. Com base nessas premissas, a KPMG chegou ao valor de cerca de R\$ 30 milhões a serem indenizados (peça 399, p. 61):

Figura 8: tabela resumo dos valores de recuperação descritos no Anexo X

Grupo	Resultado	Valor (R\$)
04. RECUPERAÇÃO	Valores Iniciais	481.188.315
	Valores não validados	450.562.055
	Valores validados	30.626.260

Tabela 58 – Investimentos em Recuperação – resultado da verificação

Fonte: Produto 2C (peça 399, p. 61)

331. Entende-se equivocado o posicionamento expresso pelo Verificador Independente em relação à validação dos valores associados a dispêndios Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança da fase de recuperação.

332. Cabe esclarecer que, assim como para as demais obrigações contratuais, os parâmetros de desempenho associados à sinalização e elementos de segurança estabelecidos pelo 1º Termo Aditivo – particularmente os relativos ao principal parâmetro objetivamente mensurável, a retrorrefletância – foram iguais ou inferiores aos parâmetros de desempenho da fase de Trabalhos Iniciais e claramente abaixo das exigências da fase de Recuperação. Por exemplo, ilustra-se na tabela a seguir os parâmetros relativos à retrorrefletância da sinalização horizontal e vertical:

Tabela 9: Parâmetro de desempenho constante do PER original x PER 1º Termo Aditivo

Parâmetro	Ao final do Trabalhos Iniciais	Ao final da Recuperação	Ao final do 1º Termo aditivo
Ausência total de sinalização horizontal com índice de retrorrefletância menor que:	100 mcd/lx/m ² em 100% da Rodovia	130 mcd/lx/m ² em 100% da Rodovia	100 mcd/lx/m ² para pintura branca e 80 mcd/lx/m ² para pintura amarela, em 100% da Rodovia
Ausência de sinalização vertical e aérea com índice de retrorrefletância inferior ao especificado na NBR 14.644, sendo o índice mínimo de:	80% do valor inicial para as películas tipo II, III-A, III-B e III-C e 50% do valor inicial para as películas tipo I-A, IB e IV	85% do valor inicial para as películas das placas para 100% das placas da Rodovia	80% do valor inicial para as películas tipo II, III-A, III-B e III-C e 50% do valor inicial para as películas tipo I-A, IB e IV

Fonte: produção própria a partir: da peça 26, p. 16; e da peça 122, p. 10.

333. Ressalta-se, ainda, conforme documentado em instrução anterior destes autos (peça 214, p. 35), que a avaliação dos parâmetros de retrorrefletância realizada no 60º mês não evidenciou o atendimento das exigências do PER (peça 214, p. 35):

O Parecer 170/2019/COINFMG/URMG (SEI/ANTT 1328822; peça 158, p. 15) considerou o completo desatendimento dos parâmetros para a sinalização horizontal e vertical, não tendo a concessionária apresentado relatórios de monitoração comprovando o grau de aderências às exigências acima transcritas. Nesse sentido, o ganho de performance da sinalização, que deveria ser resultado de seu processo de recuperação não restou evidenciado. Não é possível, pois, a validação dos dispêndios associados como investimentos na recuperação da sinalização da rodovia

334. Menciona-se, também, que Resolução-ANTT 5.860/2019 determina serem indenizáveis os “investimentos em recuperação da rodovia, executados até a data prevista contratualmente, desde que mantidos os parâmetros de desempenho correspondentes ao marco contratual na extinção antecipada do contrato”. Observa-se, pois, dois requisitos cumulativos: i) execução dos investimentos até a data

contratualmente prevista; ii) manutenção, quando do final do contrato, dos parâmetros de desempenho correspondente na data contratualmente prevista.

335. Quanto ao primeiro desses requisitos, reafirma-se que não há evidências (seja em documentos produzidos pela agência ou pela concessionária) da execução de investimentos em sinalização que tenham levado ao atendimento dos parâmetros de desempenho previstos para o final da fase de recuperação (60º mês), sendo que as verificações realizadas à época não identificaram o atendimento dos parâmetros exigíveis.

336. Em relação ao segundo requisito, reforça-se que mesmo na hipótese do total atendimento dos parâmetros pactuados para o 1º termo aditivo, a rodovia ainda estará em condições bem inferiores, em termos dos parâmetros de desempenho da sinalização, àquelas esperadas para o final da fase de recuperação. Nesse sentido, entende-se incorreto classificar como indenizáveis, com base nas regras do 1º termo aditivo, dispêndios alegadamente executados na fase de recuperação.

337. Assim, não merece ser acolhido o argumento, trazido pelo Verificador Independente, de que, no caso específico de sinalização e dispositivos de proteção e segurança, as exigências do 1º Termo aditivo contemplariam os requisitos da fase de Recuperação, tornando os dispêndios realizados na referida etapa indenizáveis.

338. Menciona-se que o relatório preliminar destes autos (peça 473, p. 71-71) foi encaminhado à ANTT para a manifestação dos gestores, tendo sido formulada uma proposta preliminar no sentido de excluir do cálculo dos investimentos em bens reversíveis os dispêndios realizados em sinalização horizontal e vertical durante a fase de “Recuperação”.

339. Nos **comentários dos gestores**, a agência manifestou discordância em relação à proposta de determinação por entender que os investimentos da fase de recuperação validados pela KPMG se referem a itens específicos pactuados no PER, *in verbis* (peça 452, p. 14):

Existe, no entanto, uma particularidade para a Via040, que se acredita não ter sido considerada pela SeinfraRodoviaAviação em sua análise.

Como dito, o PER pactuado no 1º Termo Aditivo para definir as condições de relicitação da rodovia exige parâmetros de desempenho da fase de Trabalhos Iniciais. No entanto, foi pactuado que a Via040 deveria atender aos parâmetros da fase de Recuperação em dois itens específicos do PER original da concessão:

- a) Implantação de barreiras de segurança nos locais considerados prioritários, complementando os trabalhos efetuados na fase de trabalhos iniciais; e
- b) Implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro.

Para esses dois investimentos específicos, o Verificador Independente realizou sua validação conforme descrito no Produto 2C e evidenciado no seu Anexo X.

Os parâmetros de desempenho desses investimentos são monitorados assim como todos os outros parâmetros pactuados no 1º Termo Aditivo e devem ser entregues até o final de prazo da relicitação, sob pena de serem glosados da indenização ou cobrados na fase de haveres e deveres.

Assim, realmente assiste razão à SeinfraRodoviaAviação quando afirma que os investimentos da fase de Recuperação não devem ser indenizados se somente atendem parâmetros de Trabalhos Iniciais. Isso é a realidade para cerca de 95% dos investimentos feitos pela Via040 nessa fase, que não foram validados pelo Verificador Independente. Contudo, os investimentos da fase de recuperação validados pela KPMG referem-se a itens específicos pactuados no PER da relicitação que atendem a parâmetros da fase de Recuperação previstos originalmente no contrato de concessão.

340. O PER que regeu o contrato de concessão da Via040 até a celebração do termo aditivo, dispôs, em relação ao item “3.1.2 Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança”, que, em adição aos parâmetros previstos para os Trabalhos Iniciais, os seguintes deveriam ser atingidos ao final da fase de recuperação (peça 26, p. 15-16):

a) ausência total de sinalização horizontal com índice de retrorrefletância menor que 130 mcd/lx/m² em 100% da Rodovia;

b) ausência de sinalização vertical e aérea com índice de retrorrefletância inferior ao especificado na NBR 14.644, sendo o índice mínimo de 85% do valor inicial para as películas das placas para 100% das placas da Rodovia;

c) implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro.

341. Destaca-se que o item ‘a’, acima, se refere à sinalização horizontal, já os itens ‘b’, e ‘c’ tratam de sinalização vertical. Todavia, o item ‘b’ traz uma exigência geral, aplicável a todas as placas e pórticos existentes na rodovia por ocasião do fim da recuperação, enquanto o item ‘c’ se refere a instalação de novos dispositivos.

342. Como demonstrado, para os itens ‘a’ e ‘b’ não há evidências de sua execução no marco contratual correspondente. No caso do item ‘c’, a Agência, por meio dos comentários dos gestores, indicou seu atendimento, a despeito de isso não constar do Parecer 170/2019/COINFMG/URMG, produzido a época. Ressalta-se que o referido parecer manifestou-se pelo total desatendimento dos requisitos de sinalização vertical. Nesse sentido, ainda que se alegue que as placas (item ‘c’) tenham sido instaladas, os documentos produzidos na ocasião não atestaram o atendimento dos parâmetros correspondentes (peça 158, p. 15), o que já seria suficiente para glosa da indenização quanto a esse item. Assim, por exemplo, a eventual instalação de placas indicativas/educativas em padrões de retrorefletância insuficientes não geraria direito à indenização, caso os parâmetros de desempenho estivessem inferiores ao exigível. Desse modo, da documentação até o momento disponibilizada, carecem elementos que evidenciem a pertinência de se pagar indenização pelas placas educativas/indicativas mencionadas.

343. Quanto aos elementos de proteção e segurança, o único parâmetro de desempenho associado a esse item é a “ausência de defensas metálicas ou barreiras em concreto danificadas” a ser atingido ainda nos Trabalhos Iniciais (peça 26, p. 15). Contudo, de fato, dentro do escopo da recuperação encontra-se a previsão de “implantação de barreiras de segurança nos locais considerados necessários, complementando os trabalhos efetuados na fase de trabalhos iniciais” (peça 26, p. 14).

344. Em relação aos comentários dos gestores, relembra-se que o verificador independente considerou com passível de indenização o montante de R\$ 30.626.260 (peça 399, p. 61). Esse montante é obtido a partir do Anexo X (item não digitalizável associado à peça 433), considerando-se a soma dos valores de 735 contratos.

345. Ocorre que entre estes encontram-se contratos relativos a itens claramente não indenizáveis, como “Serviços de Sinalização Viária Horizontal”, uma vez que não se atestou, quando do término da recuperação, o atingimento dos parâmetros de desempenho da sinalização horizontal. Tampouco na manifestação dos gestores afirmou-se ser cabível qualquer indenização relativa à sinalização horizontal. Assim, não há como se validar tais valores. Ademais, nos contratos arrolados com associados à bens indenizáveis no Anexo X encontram-se contratos associados a “Prestação de serviços de conservação de rotina” ou, simplesmente, “Prestação de serviços”, sem que tenha sido detalhado a quais serviços se referem.

346. Outro problema é que não se observou referência a qualquer análise (seja pelo verificador independente ou pela manifestação da agência) quanto à aderência às condições equitativas de

mercado do supostos R\$ 30 milhões que teriam sido dispendidos para instalação do quantitativo remanescente de sinalização e dispositivos de segurança. Essa análise poderia ser realizada a partir dos quantitativos de defensas novas (excluindo-se aquelas instaladas em substituição a pré-existentes) e de placa educativas/indicativas (caso, de fato, se comprove o atendimento da retrorefletância exigida), cuja instalação foi autorizada pela agência e efetivamente executada, em conjunto com os preços de referência do SICRO para esses elementos.

347. Em suma, entende-se incorreta a pretensão, constante do produto 2C do Verificador Independente, de se indenizar em R\$ 30 milhões os valores relativos ao item “Recuperação”, em função de:

- a) o montante de R\$ 30.626.260, originado do Anexo X, não foi obtido exclusivamente da soma dos dispêndios em “implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro” e “implantação de barreiras de segurança nos locais considerados necessários, complementando os trabalhos efetuados na fase de trabalhos iniciais”;
- b) não restou comprovado, no marco contratual correspondente ao final da recuperação, o atendimento da exigência de retrorrefletância em relação à “implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro”;
- c) não restou evidenciada realização de análise relativa à aderência às condições equitativas de mercado dos dispêndios associados à “implantação, no sistema de sinalização vertical, de 10 m² de placas educativas/indicativas por quilômetro” e à “implantação de barreiras de segurança nos locais considerados necessários, complementando os trabalhos efetuados na fase de trabalhos iniciais”.

348. Do exposto, entende-se cabível aprimorar a redação da deliberação proposta no relatório preliminar, com vista a melhor detalhar os empecilhos constatados para a validação dos alegados investimentos em sinalização na fase de recuperação.

349. Portanto, é proposto **determinar à ANTT que restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente tenham sido executados até marco contratual correspondente e estejam aderentes às condições equitativas de mercado, particularmente em relação aos dispêndios associados à fase de “Recuperação” no item “Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança” que, até o momento (Produto 2C do Verificador Independente), estão sendo validados como indenizáveis sem que sejam observados os normativos vigentes, uma vez que:**

a) o Parecer 170/2019/COINFMG/URMG, produzido ao final do prazo dos trabalhos de recuperação, considerou o completo desatendimento dos parâmetros de desempenho para sinalização horizontal e vertical, o que significa que eventuais valores associados a esses serviços não seriam indenizáveis, nos termos do inciso IX, art. 2º, Resolução-ANTT 5.860/2019;

b) não foi realizado o comparativo entre os custos da base contábil e valores obtidos de sistemas de referências, de modo que não se procedeu a avaliação acerca da aderência do valor registrado no ativo às condições equitativas de mercado do ativo, em infração ao inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019.

III.2.2.3. Obras de duplicação (item a.2.4 da oitava)

350. Em análise à metodologia adotada pelo Verificador Independente (KPMG) no trabalho preliminar – Produto 2A (peça 135) – disponível à época da conclusão da instrução precedente (peça 214, p. 35-39), constatou-se que teriam sido adotados os valores do Custo Médio Gerencial (CMG) do DNIT com vistas à verificação e à validação dos investimentos vinculados à duplicação da rodovia aos valores de mercado.

351. De início, evidenciou-se que o CMG-DNIT deveria servir para análises de viabilidade iniciais, conforme consta na área de Custos Médios Gerenciais no site do DNIT (<https://www.gov.br/dnit/ptbr/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/custo-mediogerencial/custo-medio-gerencial-2>, consulta em 16/5/2022).

352. Assim, citando pronunciamentos constantes dos Acórdãos 1.473/2017 (Relator: Ministro Augusto Nardes), 2.175/2019 (Relator: Ministro Bruno Dantas) e Acórdão 290/2018 (Relator: Ministro Augusto Nardes), todos do Plenário do TCU, concluiu-se ser inapropriada a utilização dos Custos Médios Gerenciais do DNIT para atestar a razoabilidade de valores dispendidos em obras que servirão de base para futura indenização da concessionária.

353. Para ratificar a inadequação do uso do CMG-DNIT, conforme exposto, elaborou-se orçamento (peça 212) a partir dos projetos *as built* e executivo fornecidos pela concessionária referente ao segmento de maior extensão de duplicação, denominado “Trecho 5” (BR-040/GO, km 105,3 ao km 130,3), utilizando-se o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - Sicro, estimando-se o valor referencial de R\$ 70.114.675,64 (ref. nov/2020 - peça 212, p. 4) para 25 km de duplicação executado nesse segmento.

354. Já o valor paramétrico calculado pela KPMG, “Valor Médio do Orçamento”, foi de R\$ 326.422.914,27 (ref. nov/2020), para a duplicação de 65,2 quilômetros (peça 148 - Produto 2A, Anexo II). O valor alegado pela Via040 é de R\$ 364.851.000,00 (ref. entre jul/2014 e abril/2016, época das duplicações, segundo a KPMG), também para os 65,2 km (peça 191, p. 54). Assim, adotando valores médios, para os 25 km do Trecho 5, o valor calculado pela KPMG seria de R\$ 125.162.160,38 e o pela Via040 seria de R\$ 139.896.855,83. Esses valores proporcionais apurados pela KPMG com base no CMG e no custo histórico da concessionária, respectivamente, são significativamente superiores aos valores do orçamento elaborado com base nos projetos e no Sicro.

355. Além da inadequação do uso do CMG-DNIT na verificação da razoabilidade dos investimentos, apontou-se ainda os seguintes equívocos no custo paramétrico elaborado pela KPMG, constante do Anexo II do Produto 2A, planilha “Orçamento Duplicação_Via040_V00.1.xlsx” (peça 148, itens não digitalizáveis): inclusão de despesas de recuperação na avaliação da duplicação; superestimativa no campo “CM5 Construção” devido ao enquadramento na Solução-Tipo “E”, quando seria “C” ou “D”; utilização de fator de correção correspondente ao período de julho/2017-novembro/2020, quando deveria ser janeiro/2020-novembro/2020; e custos incluídos em duplicidade.

356. Assim, pelas razões expostas, caberia determinar à agência que, quando do cálculo da indenização relativa ao processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG, ao proceder a validação dos investimentos em obras de duplicação, entre outros mecanismos de conferência que entender pertinente, proceda a verificação dos valores indenizáveis, para todos os trechos, com base nos projetos *as built* e no sistema SICRO, a exemplo do realizado nesta instrução para o Trecho 5, em respeito ao inciso VI do art. 7º e art. 10, § único, da Resolução-ANTT 5.860/2019 e aos Acórdãos 1.473/2017-TCU-Plenário, 2.175/2019-TCU-Plenário e 290/2018-TCU-Plenário.

357. Todavia, considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a construção participativa das deliberações do TCU (art. 14 da Resolução-TCU 315/2020), realizou-se ainda oitiva da agência reguladora e da concessionária acerca da proposta de encaminhamento indicada e em especial quanto:

a.2) às alegadas falhas na validação dos investimentos reversíveis relacionados: (...)

a.2.4) às obras de Duplicação; (item II.2)

III.2.2.3.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 47-55)

358. Inicialmente, em relação aos investimentos relativos às obras de duplicação executados pela Via-040, a agência reguladora alega que a área técnica do TCU não teria analisado a metodologia

de verificação, validação e aceitação dos valores indenizáveis, “mas tão somente emitiu opinião sobre o critério utilizado pelo verificador independente para considerar que os bens considerados reversíveis foram adquiridos em condições equitativas de mercado” (peça 235, p. 47-48).

359. Acrescenta que a unidade técnica do TCU teria uma concepção equivocada de que a indenização seria feita com base no valor do orçamento, em vez de custos históricos, em condições equitativas de mercado, determinados na Resolução-ANTT 5.860/2019, reafirmando que a análise técnica teria comparado critério com critério.

360. Adiante afirma que o verificador independente (KPMG):

(...) toma apenas como ponto de partida os custos históricos registrados na contabilidade, identificando aqueles itens que podem ser considerados reversíveis nos termos da Resolução 5.860/2019, passando pela posterior análise da regularidade do registro contábil, testando atributos de validade, existência e suficiência, para só então comparar os valores com determinado referencial. (peça 235, p. 48)

361. Com isso, a ANTT afirma que não haveria amparo técnico, legal ou normativo para calcular superestimativa na indenização a partir do produto entre o valor total contábil e a razão entre os critérios utilizados pelo verificador independente.

362. Após essa preliminar, a agência alega que a unidade técnica teria adotado “(...) premissa equivocada de que a indenização [seria] calculada com base em ‘valor de orçamento’, como se o verificador fosse definir o valor da indenização a partir da aplicação do CMG” (peça 235, p. 49).

363. Ratificando a utilização do CMG-DNIT por parte do verificador independente para avaliar os investimentos da concessionária em duplicações, a ANTT alega que a escolha do critério seria questão de julgamento profissional do auditor independente, e que a escolha da KPMG por avaliar a adequabilidade dos investimentos a título de praça de pedágio com base nos *as built* seria em razão de não haver custos médios gerenciais ou outras referências paramétricas mais adequadas.

364. Em seguida, afirma:

Em segundo lugar, é um paralogismo afirmar que, dado que CMG é utilizado pelo DNIT para analisar a viabilidade de projetos, sendo seu uso não permitido em licitações de concessões, a aplicação desse referencial pelo verificador independente seria vedada. (peça 235, p. 50)

365. Assim, segundo a manifestação da agência reguladora, o objetivo do auditor independente seria “(...) obter evidência sobre a razoabilidade dos investimentos para assegurar de que as transações se deram em condições equitativas de mercado” (peça 235, p. 50).

366. Na sequência, alega que a jurisprudência (Acórdãos 1.473/2017, 2.175/2019 e 290/2018, todos do plenário do TCU), não se aplicaria ao presente caso, pois todas as decisões se refeririam a revisões tarifárias decorrentes de inclusão de novos investimentos em contratos de concessão, em que a precificação dos investimentos deveria se dar em consonância com as normas da própria agência.

367. Com vista a validar sua alegação, a agência apresenta exemplo no qual ajusta o valor estimado pelo TCU para duplicação de segmento de 25 km, proporcionalmente, para 65,2 km ($R\$ 70.114.675 / 25 * 65,2 = R\$ 182.859.072$), acrescentando os custos indiretos, e obtém o valor estimado de R\$ 212.961.449 para os investimentos em duplicação. (peça 235, p. 51-52)

368. Para fins de comparação, afirma que a estimada média com base no CMG (ajustada para as soluções C ou D) seria de R\$ 244.558.200. Aponta ainda que essa estimativa média do CMG estaria próxima ao valor contábil de R\$ 256,4 milhões, após ajustes do Produto 2A seria, que, por sua vez, estaria próxima também ao valor estimado pelo TCU após ajustes propostos.

369. A agência alega ainda que a KPMG teria adotado na sua estimativa com base no CMG do DNIT valores referentes a construção de pista simples, e recomposição da pista existente, danificada

durante a obra, e que não seria procedente a avaliação da SeinfraRodoviaAviação de que seria indevida a inclusão de recuperação na avaliação de duplicação.

370. Já quanto ao “CM5 Construção” da estimativa com base no CMG em razão da classificação na Solução-Tipo “E”, quando deveria ser “C” ou “D”, a ANTT alega que o verificador independente teria informado que a Solução-Tipo teria sido ajustada no Produto 2C, e que não teria avaliado a aderência da solução ao previsto no *as built* (peça 235, p. 53-54).

371. Da mesma forma, quanto à utilização de fator de correção de julho/2017 a novembro/2020 em vez de janeiro/2020 a novembro/2020 para atualização da estimativa do CMG, a agência reguladora afirma que a KPMG reconheceria parcialmente, e que o apontamento seria corrigido no Produto 2C.

372. Ao fim, a manifestante afirma que não haveria irregularidade em utilizar o CMG como critério pelo verificador independente e que eventuais ajustes referentes aos apontamentos que o verificador entendeu necessários seriam adotados no Produto 2C.

373. Assim, segundo a ANTT, não haveria razão para adotar a proposta de determinação em relação à validação dos investimentos em duplicação com base no Sicro em vez do CMG.

374. Acrescenta que a determinação proposta seria inapropriada pelos seguintes motivos (peça 235, p. 55):

Não é papel da ANTT refazer o trabalho do verificador independente, muito menos a partir de critérios *ad hoc* estabelecidos pelo TCU, sem qualquer amparo legal, normativo ou técnico;

Não há irregularidade ou impropriedade técnica em se utilizar o CMG para verificação da razoabilidade dos investimentos, tampouco há qualquer divergência com a jurisprudência da Corte de Contas;

Não há evidência, mesmo utilizando os critérios defendidos pela Seinfra, de que os investimentos não foram realizados em condições equitativas de mercado (as estimativas da SeinfraRodoviaAviação não têm nenhum embasamento técnico ou normativo);

Não há de se falar em superestimativa de indenização pela mera comparação entre as referências de preço (CMG ou orçamento) e os custos históricos, pois a metodologia de indenização não é por “valor de orçamento”.

III.2.2.3.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 30-32)

375. Os argumentos apresentados pela Via040 não diferem muito da manifestação da ANTT. Em prestígio ao contraditório e ampla defesa, serão expostos e analisados em seguida.

376. A Via040 inicia sua manifestação esclarecendo que os investimentos previstos na proposta vencedora (da concorrência para a concessão) foram integralmente objeto de contratação de Parte Relacionada. Alega ainda que, nessa época, por inexistir projeto executivo, não era possível a contratação dos serviços por preço unitário.

377. Acrescenta que a metodologia existente à época, para serviços já com quantificação, era o Sicro 2, informando ainda que o CMG se prestaria para determinar valores mínimos e máximos e que serviriam como “referência na precificação de obras quando da ausência ou indisponibilidade de informações precisas para sua execução (projeto executivo).”

378. Alega que não havia outra referência para balizar a precificação dos serviços. Aponta elevado grau de incerteza em virtude da falta de detalhamento, gerando grande risco de variação nos quantitativos de serviços.

379. Informa que, até iniciar a operação de rodovia por parte da concessionária, não se tinha certeza dos custos para cumprir as obrigações contratuais.

380. Finaliza os argumentos relativos ao item “duplicações”, com a seguinte manifestação:

Por ser um contrato EPC (Engineering, Procurement and Construction), não há o nível de abertura por linha de serviços como se tem nas CPU – Composição de Preços Unitários do Sicro-Dnit. Também por essa razão, a melhor condição para se validar os preços da Parte Relacionada é utilizando a metodologia do CMG – SICRO2/DNIT.

III.2.2.3.3. Análise

381. Preliminarmente, é importante esclarecer que é competência da agência o cálculo da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, cabendo à empresa de auditoria independente certificá-lo, nos termos do Decreto 9.957/2019:

Art. 11. Serão descontados do **valor calculado pela agência reguladora competente**, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017:

(...)

§ 3º **O cálculo da indenização de que trata o caput será certificado por empresa de auditoria independente** de que trata o parágrafo único do art. 7º.

382. Portanto, no exercício pelo TCU da competência prevista no art. 19 da Lei 13.448/2017, eventuais determinações relativas a medidas corretivas concernente ao cômputo da mencionada indenização devem ser dirigidas à ANTT, entidade responsável pelo seu cálculo, nos termos do Decreto 9.957/2019.

383. Não procede a alegação de que a equipe técnica do TCU não teria analisado a “metodologia de verificação, validação e aceitação dos valores indenizáveis”. Em primeiro lugar, porque a metodologia adotada pela ANTT, e validada pela KPMG, pode não assegurar que os bens reversíveis foram “adquiridos em condições equitativas de mercado”, conforme já amplamente discorrido na instrução anterior (peça 214, p. 19-20) e, também, discutido no âmbito da presente instrução.

384. Ademais, além de ter emitido opinião contrária ao uso do CMG, apontou-se que, o uso dos quantitativos dos serviços executados e os preços de referência do Sicro possibilitaria avaliação mais precisa. Ratifica-se, portanto, a oposição à utilização dos CMG para respaldar eventuais cálculos de indenização, já amplamente refutada na instrução anterior (peça 214, p. 35-39).

385. Equivoca-se a agência quando argumenta que a unidade técnica do TCU ignora a utilização dos custos históricos. O que se defende é, sem deixar de lado os custos históricos, se utilize de instrumento que possibilite, a partir de dados fornecidos pela própria Concessionária (quantitativos do *as built* e projeto executivo) e preços do Sicro, o cálculo de valores mais compatíveis com as “condições equitativas de mercado” (exigência da Resolução-ANTT 5.860/2019, inciso VI do art. 7º e art. 10, § único).

386. Entende-se que a utilização do Sicro reflete, com maior precisão, as tais “condições equitativas de mercado” do que a mera utilização de “custos históricos”, provenientes de dados fornecidos pela própria Concessionária. Restará cristalino que o uso de ferramenta amplamente difundida, utilizada em centenas de licitações de obras rodoviárias, seja mais adequada para refletir as condições de mercado do que informações/dados valores levantados pela própria empresa que eventualmente virá a ser beneficiada por indenizações com base nesses mesmos dados.

387. Sobre os procedimentos adotados pela KPMG, o fato de tomar como ponto de partida os custos históricos registrados na contabilidade fragiliza a averiguação do Verificador Independente, diante de todos os riscos de se adotarem “custos históricos”, conforme já debatido nos parágrafos anteriores e na instrução pretérita (peça 214, p. 19-20).

388. Pois bem, a KPMG adota como ponto de partida os dados provenientes de custos históricos, e compara com valores de determinado referencial, parâmetro esse que não se presta para fazer estimativas precisas de valores. Ademais, não se declarou que a KPMG iria definir o valor da indenização com base no CMG, mas é fato que estava em processo de validação dos dispêndios declarados pela concessionária utilizando os custos médios gerenciais.

389. Quanto ao “julgamento profissional do auditor independente”, com a devida vênia, não se entende que as decisões e procedimentos adotados pela KPMG devam ser tratadas como inquestionáveis ou irretiráveis, tanto é que, conforme será visto adiante, o verificador independente procedeu a diversas alterações, reduzindo o valor estimado da indenização. Assim, reitera-se a impossibilidade de se obter conclusões de que “as transações se deram em condições equitativas de mercado” utilizando uma ferramenta que não se presta para tal.

390. Ademais, o verificador independente está certificando a possível indenização decorrente de uma contratação pública, sujeita aos princípios da legalidade, eficiência e economicidade, além de outros, insculpidos em nossa Carta Magna (art. 37 e 70 da CF/1988). Assim, o verificador independente está vinculado aos critérios legais e infralegais, em consonância com o ordenamento constitucional, que permitam a obtenção do valor indenizável realmente equitativo ao de mercado. Não é razoável, em uma contratação pública, o verificador independente, discricionariamente, sob seu “julgamento profissional”, escolher um critério de avaliação referencial de investimento baseado em CMG-DNIT, ao arrempio dos melhores referenciais já consagrados (Sicro, Sinapi, conforme o caso) e das reiteradas decisões desta Corte de Contas (Acórdãos 1.473/2017 e 290/2018, Relator: Min. Augusto Nardes; 2.175/2019, Relator: Min. Bruno Dantas; todos do Plenário do TCU).

391. Sobre a alegada não aplicação de jurisprudência do TCU ao presente caso, tem-se que, de fato, os objetos dos citados Acórdãos se referiam a concessão em andamento, com revisão tarifária para inserção de novas obras (acréscimo de quantitativos de manutenção devido ao aumento da margem de tolerância do peso de caminhões, decorrentes da “Lei dos Caminhoneiros”).

392. Perceba-se que já foi considerado inconcebível o uso do CMG para subsidiar o cálculo do aumento da TBP, decorrentes de simples acréscimo de quantitativos de serviços, em alteração pontual das condicionantes da concessão. Portanto, por se tratar da totalidade de gastos relacionados às obras duplicação, resta mais incabível ainda a sua utilização.

393. Assim, entende-se que, para cálculos de eventuais indenizações devidas ao grupo empresarial que está se retirando precocemente da concessão, em homenagem ao princípio da economicidade, também deve ser aplicado o mesmo entendimento dos três Acórdãos questionados.

394. Ademais, nem mesmo as licitações para novas concessões, que, em tese, vão passar por extenso crivo dos licitantes, com ampla análise dos aspectos técnicos, financeiros, econômicos, jurídicos, têm sua modelagem econômico-financeira baseada em CMG, mas sim em estimativas de quantitativos de serviços e respectivos preços obtidos pela consulta ao Sicro. Portanto, menos concebível ainda validar cálculo de indenização baseado em CMG.

395. No que se refere à tentativa de ajustar o valor calculado pela Unidade Técnica do TCU, cabe esclarecer que no valor de R\$ 70.114.675, tomado como ponto de partida pela ANTT, já estão inseridos os custos indiretos, incluindo o lucro, pois os preços calculados já estão com Benefícios e Despesas Indiretas – BDI, conforme pode ser consultado à peça 212, p. 1-4 (nos preços unitários dos serviços já está inserido o BDI).

396. Portanto, não há que se falar em inserir custos indiretos, e o valor parâmetro calculado pela ANTT, a partir dos cálculos do TCU, deveria ser de R\$ 182.859.074, bem inferior aos valores descritos na instrução à peça 214 (cerca de R\$ 326 milhões – KPMG e cerca de R\$ 365 milhões – Via040).

397. Quanto às alegações de ajustes no cálculo do CMG, no âmbito do Produto 2C, cabe esclarecer que, em consulta à documentação apresentada (peça 433 – itens não digitalizáveis, arquivo “06_ Anexo XV com fórmulas.xlsx”), que embasa o recálculo da indenização relativa ao item duplicação, não foram encontrados cálculos envolvendo Custos Médios Gerenciais.

398. Ao contrário, o Verificador Independente relatou que reviu as premissas utilizadas no Produto 2A, de forma que o produto 2C teria procedido a averiguação das condições equitativas de mercado com base nos projetos *as builts* e no SICRO – e demais sistemas de referência aplicáveis (peça 399, p. 74):

Premissa (ii): Duplicações

No Produto 2A utilizou-se a metodologia com base no manual do DNIT (manual de custos médios gerenciais), considerando os preços na data base novembro de 2020.

Nesta etapa do trabalho [Produto 2C] após considerações e comentários das partes interessadas elaborou-se um novo orçamento comparativo com base nos *As Builts* dos 7 (sete) trechos com base no Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO) e no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), considerando os preços na base de janeiro de 2016.

399. Assim, não obstante a defesa apresentada pela agência acerca da aplicabilidade dos CMG para a verificação da aderência às condições equitativas de mercado, o próprio verificador já informou ter refeito seus cálculos utilizando-se dos projetos *as builts* e dos sistemas de referência oficiais – SICRO, SINAPI e TCPO – em linha com o entendimento expresso na instrução precedente destes autos.

400. Por fim, ainda quanto à alegação de que a determinação para validar os investimentos com base no Sicro, em detrimento do CMG, seria inapropriada, entende-se que:

400.1. a Agência deve – em observância ao art. 28, inciso I da sua Lei de criação (Lei 10.233/2001), bem como aos dispositivos que regem a relicitação (Lei 13.448/2017, art. 17; Decreto 9.957/2019, art. 11) – atentar para o cumprimento mínimo das atribuições do verificador. Ademais, não se trata de critérios *ad hoc*, e sim busca por metodologia que trará resultado mais fidedigno ao cálculo da indenização;

400.2. há impropriedade em se utilizar do CMG, e há clara divergência com a jurisprudência do TCU, conforme já mostrado acima 393, além de afronta aos princípios da economicidade e impacto na modicidade tarifária, uma vez que o cálculo superestimado no valor da indenização tem potencial reflexo no valor do pedágio, conforme tratado em instrução anterior (peça 214, p. 19-20); e

400.3. conforme visto, as estimativas da SeinfraRodoviaAviação, baseadas nos quantitativos do *as built* e nos preços do Sicro, refletem com mais precisão as “condições equitativas de mercado” do que o mero uso do CMG.

401. De toda forma, em que pese as manifestações da ANTT contrárias ao uso do Sicro e favoráveis à utilização de CMG, verificou-se, como mencionado, que o verificador independente, no Produto 2C, retificou as suas avaliações e procedeu a redução do valor estimado para a indenização relativa ao item “Duplicações”. A redução totalizou o valor de R\$ 126,437 milhões, partindo do valor de R\$ 309.312 mil (Produto 2A, peça 191, p. 64) para o valor de R\$ 182.875 mil (Produto 2C, peça 399, p. 19). Tal valor retificado é compatível com o estimado pela Unidade Técnica do TCU, utilizando o Sicro, em instrução anterior, de R\$ 135 milhões (peça 214, p. 38).

402. Ressalte-se ainda que na presente instrução, não foram objeto de nova análise as alterações nos quantitativos e preços dos serviços que a KPMG alegou ter feito (peça 399, p. 18), mas não apresentou documentação comprobatória. Frise-se, portanto, que a irregularidade apontada, relativa ao item “duplicação”, foi considerada saneada em virtude da redução do valor da indenização associada a tal item, e não pela validação de eventuais cálculos apresentados pela KPMG.

403. De toda forma a superestimativa no cálculo da indenização relativa ao item “duplicação”, decorrente de inconsistências nos quantitativos e sobrepreço, apontadas em instrução anterior (peça 214), foi corrigida.

404. Quanto à manifestação da Via040, constatou-se que seus argumentos só vieram a reforçar as conclusões da Unidade Técnica. Concorde-se que, à época da contratação com a parte relacionada, ainda não havia projeto com quantitativos bem definidos, impossibilitando a contratação por preço unitário. Tal fato reforça que a contratação com a parte relacionada não foi fundamentada em quantitativos bem definidos, tampouco valores precisos.

405. Sobre o fato de, à época da contratação com a parte relacionada, se adotar o CMG como “referência na precificação de obras” devido à ausência de informações precisas, também não se verifica nenhuma irregularidade. Não cabe ao controle externo se imiscuir nesta relação entre particulares. A atuação do TCU só se tornou pertinente quando da possibilidade de se embasar eventual indenização em valores negociados entre particulares, sem a garantia de observância de valores equitativos de mercado.

406. De toda forma, do argumento da Via040 extrai-se o seguinte: a) a contratação com a parte relacionada e os valores envolvidos, por não haver informações precisas, não é possível assegurar que se deram em observância às “condições equitativas de mercado”; b) a própria Via040 reconhece que o CMG é instrumento que resulta em avaliações pouco precisas e que o projeto executivo possibilitaria estimativas mais precisas. Assim, a irregularidade apontada se refere ao uso de instrumento impreciso, o CMG, fato reconhecido pela própria Via040, para balizar a indenização pleiteada.

407. Ademais, cabe esclarecer que a utilização do SICRO, do BDI e dos quantitativos dos *as built* é um cálculo que refletiria o valor máximo admissível da indenização calculada. Tal cálculo é conservador, uma vez que, traçando um paralelo com licitações de obras pelo DNIT, não considera os eventuais descontos ofertados pelos licitantes. Além disso, não considera o deságio de 61,13% sobre a tarifa-teto, oferecido pela concessionária quando da licitação da concessão.

408. Outro ponto a ser destacado é que, em tal cálculo, adota-se o percentual de BDI “cheio”, inclusive a parcela relativa ao lucro, às despesas financeiras e aos riscos, que são itens no mínimo questionáveis se devem ser inseridos ou não no cálculo da eventual indenização devida à concessionária.

409. Portanto, considera-se pertinente se adotar os preços de referência do Sicro para nortear o cálculo de eventuais indenizações.

410. Do exposto, em relação ao apontamento realizado na instrução precedente no tópico “II.2.) Dos valores indenizáveis associados às obras de duplicação”, (peça 214, p. 35-39), entendeu-se, já quando da elaboração do relatório preliminar, que se encontram **superadas as impropriedades** relativas ao cálculo da indenização, no que se refere aos dispêndios associados às obras de duplicação, uma vez que o Verificador Independente – conforme o Produto 2C – além da declaração de ter utilizado o Sicro para elaborar novo orçamento (peça 399, p. 74), procedeu à redução dos valores relativos à indenização ao item “Duplicação” a valores compatíveis com o apontamento feito pela Unidade Técnica. Assim, é desnecessária a proposta de determinação contida no § 204 da instrução prévia (peça 214, p. 39), pois as medidas corretivas já foram adotadas.

411. De todo modo, considerando-se a existência de outros processos de relicitação e caducidade – não obstante, no caso concreto, terem sido promovidas medidas, no decorrer dos trabalhos do Verificador Independente, para a correção da impropriedade observada – entendeu-se, quando da elaboração do relatório preliminar, que deveria ser determinado a agência que se abstivesse de utilizar os custos médios gerenciais do DNIT, restringindo-se a utilizar instrumentos hábeis à tal finalidade, a exemplos de projeto de engenharia e da orçamentação pelo SICRO (peça 473, p. 79).

412. Nos **comentários dos gestores** ao relatório preliminar, a agência afirmou ser compreensível a preocupação externada pela área técnica do TCU quanto a necessidade de se ter uma segurança razoável de que os bens reversíveis teriam sido adquiridos de forma eficiente. Entretanto, criticou-se a proposta de determinação (peça 452, p. 24):

O que a SeinfraRodoviaAviação propõe na verdade é interferir na discricionariedade técnica da Agência e no julgamento profissional do Verificador Independente, ambos resguardados pelos normativos legais e regulamentares vigentes, a partir do seu entendimento de qual seria o parâmetro “mais preciso” para atestar a adequação dos investimentos a condições de mercado.

(...)

Nesse sentido, assiste razão ao TCU ao exigir que a ANTT e seus contratados, neste caso a KPMG, adequem seus procedimentos de forma a adotar a melhor relação custo-benefício quando da avaliação das condições equitativas de mercado. Ou seja, espera-se que o gestor, a partir de um mapeamento de riscos e materialidade, identifique a extensão dos procedimentos a serem aplicados (nível de precisão).

413. Foi proposto na manifestação dos gestores uma determinação alternativa, sob a justificativa de que seria necessário considerar nos procedimentos de avaliação das condições equitativas de mercado a melhor relação custo-benefício (peça 452, p. 24):

Assim, por exemplo, na hipótese de investimentos de grande materialidade e alto risco (ex.: obras de duplicação realizadas com partes relacionadas), deve-se utilizar métodos de maior precisão, como orçamentos analíticos com base nos quantitativos obtidos a partir dos projetos *as built*. Já no caso de investimentos de alta materialidade com baixo risco (ex.: contratos por meio de processo competitivo com empresas sem relação com a concessionária), seria possível utilizar procedimentos menos precisos, a exemplo do CMG). Por fim, investimentos de baixa materialidade e baixo risco podem ser dispensados dessa avaliação.

(...)

Entretanto, o que se solicita ao TCU é que não torne impossível a utilização de procedimentos menos precisos e, conseqüentemente, que demandem menos recursos, a exemplo de comparações paramétricas (CMG), quando a avaliação de risco e materialidade assim o permitirem.

414. Nesse sentido, por meio dos comentários dos gestores, a ANTT apresentou a seguinte proposta determinação alternativa (peça 452, p. 24):

determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, nos futuros processos de relicitação, que oriente os verificadores independentes a adotar procedimentos de auditoria em extensão e detalhamento compatíveis com o nível de risco e materialidade identificados para os diferentes tipos de investimentos a serem avaliados, de forma a obter evidência adequada e suficiente de que investimentos em bens reversíveis se deram em condições equitativas de mercado, em respeito ao previsto no art. 7º, VI, da Resolução-ANTT 5.860/2019.

415. É importante lembrar que desde o início do presente trabalho de fiscalização, o exame da regularidade dos cálculos relativos à indenização pelos bens reversíveis se pautou pelos critérios usuais de um processo de auditoria: risco – as principais obras foram contratadas junto com parte relacionada; materialidade – analisou-se os itens de maior valor dentro da indenização pretendida; e relevância – que, no caso concreto, se encontra relacionado à própria materialidade, uma vez que um valor exacerbado da indenização poderia prejudicar a viabilidade e a modicidade tarifária da nova concessão, bem como potencialmente resultar em prejuízos à União. Assim, como se observa da instrução da peça 214 (peça 214, p. 23), as verificações procedidas se restringiram aos itens “Recuperação”, “Praça de Pedágio”, “Duplicações” e “Trabalhos Iniciais”, que compunham 83,3% do total, sendo que o restante não foi considerado no escopo da fiscalização.

416. Desses quatro itens de maior materialidade, conforme discutido no item “III.2.2.1.”, entendeu-se razoável que fosse dado um tratamento diferenciado para o item “Trabalhos Iniciais”,

restando como parâmetro viável para a aferição da contratação em condições equitativas de mercado apenas o EVTEA utilizado no certame. Para os outros três itens – “Praça de Pedágio”, “Duplicações” e “Recuperação” – conforme previamente argumentado, é inconcebível que as referidas obras e serviços pudessem ser executados sem os projetos de engenharia correspondentes. Além disso, é pacífico no TCU, e na Administração Pública Federal, que o SICRO é o mecanismo a ser utilizado, salvo em exceções devidamente justificadas, para a obtenção de preços de referências de obras rodoviárias direta ou indiretamente custeadas pela União. O SINAPI, por sua vez, deve ser utilizado mormente na obtenção de orçamento em edificações.

417. Ademais, no caso concreto, em relação à “Recuperação”, como consignado no item “III.2.2.2”, carece de evidências a execução dos serviços correspondentes, o que inviabiliza eventuais indenizações associadas ao objeto.

418. Em relação a futuros processos de relicitação, ressalta-se que, na hipótese de terem sido apresentados projetos de engenharia associados a investimentos não reconhecidos como executados pela agência, por óbvio, também haveria de se falar em indenização. Também necessário é que sejam realizados procedimentos – considerando-se os fatores de risco, materialidade e relevância – para que seja certificada aderência do projeto apresentado com os investimentos realmente executados. Por exemplo, uma eventual diferença de espessura entre o pavimento efetivamente implantado e o projeto que servir de base para o cálculo da indenização pode ocasionar divergências significativas no montante a ser ressarcido à empresa.

419. De todo modo, em linha com o afirmado pela agência, entende-se claro que os critérios de materialidade, risco e relevância devam ser considerados na avaliação do objeto auditado, bem como há que existir proporcionalidade entre os custos dos testes de auditoria aplicados e os benefícios esperados, sendo necessário que o racional envolvido em tais escolhas esteja devidamente justificado.

420. Particularmente em relação à proposta de determinação, levando-se em conta a manifestação dos gestores, bem como considerando-se a jurisprudência consolidada do TCU em relação à pertinência da utilização de projetos de engenharia precificados a partir de sistemas de referências de preço das obras, entende-se caber a proposta de **determinar à ANTT que considere na quantificação de eventuais valores associados à indenização por bens reversíveis, ao menos para os itens de maior materialidade, risco e relevância, como usualmente é o caso para as obras relativas às praças de pedágio, duplicações e recuperação, os valores obtidos de projetos de engenharia precificados e de sistemas oficiais de referência da Administração Pública, como o SICRO e o SINAPI, verificando-se também a aderência dos projetos às obras e aos serviços efetivamente executados, em atendimento ao art. 9º, §§ 2º e 4º e art. 10 da Lei 8.987/1995, e aos Acórdãos 1.473/2017-TCU-Plenário, 2.175/2019-TCU-Plenário e 290/2018-TCU-Plenário.**

III.2.2.4. Implantação das praças de pedágio (item a.2.5 da oitiva)

421. Em relação aos valores de investimento vinculados à implantação das praças de pedágio, em instrução precedente (peça 214, p. 39-41), inicialmente destacou-se que o valor pleiteado para esse grupo de investimentos estaria superior aos de construção de praças de pedágio em outras concessões.

422. A estimativa referencial da KMPG foi baseada em quantitativos dos *as built* e em preços unitários da Tabela de Composições e Preços para Orçamentos - TCPO da revista PINI, da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais - SETOP-MG, do Sistema de Custos Rodoviários - SICRO 2 do DNIT, do Sistema Nacional de Preços e Índices para a Construção Civil - SINAPI, conforme arquivo “Orçamento Praça de Pedágio_Via040_V00.1.1.xlsx”, constante do Anexo II do Produto 2A (peça 148, itens não digitalizáveis).

423. Ao analisar essa estimativa, apontaram-se indícios de duplicidades, superestimativas em quantitativos e sobrepreço, conforme resumo a seguir:

424. Identificou-se ocorrência de serviços duplicados nas guias de “INSUMOS INFRAESTRUTURA KPMG” e “INSUMOS SUPERESTRUTURA KPMG”, tais como: concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), defesa metálica, escavação, carga e transporte (ECT) em terraplenagem, e compactação de aterros.

425. Apontou-se ainda erro na quantidade do serviço “Aduela pré-moldada - transporte e montagem, inclusive peças de ligação”, cujo total era 1.710,40 m², quando o quantitativo constante no *as built* era 207 m².

426. Outro apontamento foi em relação ao item de serviço “200 m DE ELETRODUTO DE PEAD - Ø125 mm”, para o qual foi lançado no preço unitário o preço referente ao rolo de 200 metros.

427. Constatou-se ainda distância média de transporte (DMT) de 6.800 m em um serviço de escavação carga e transporte (ECT) constante do *as built*, quando o projeto executivo apresentava DMT variando entre 480 m a 1.092m, conforme arquivo “BR0-040GO-093.00-DUP-TE-DE.E-015.R1.pdf” (peça 213, itens não digitalizáveis). O “RESUMO GERAL DA DISTRIBUIÇÃO DOS MATERIAIS” no arquivo “BR0-040GO-093.00-DUP-TE-RT.E-001.R1.xls” (peça 213, itens não digitalizáveis) apontava DMT de 800 m a 1.000 m.

428. Nesse passo, em que pese não fosse materialmente relevante, mas apontando para a necessidade de maior cuidado quando à efetiva entrega do que estaria sendo pago a título de indenização, verificou-se que o item “Telha pré-moldada - transporte e montagem, inclusive peças de ligação” apresentava quantidade de 2.539,15 m², quando o quantitativo constante do *as built* era de 1.087 m², conforme arquivo “Volume 1 – PP-01.pdf” (peça 213, p. 37, itens não digitalizáveis). No mesmo sentido, a estimativa da área de cobertura efetivamente construída, utilizando a ferramenta “Google Earth Pro”, chegou-se a um valor aproximado de 1.160 m².

429. Esses apontamentos foram identificados na estimativa de preços da Praça de Pedágio 1, podendo se repetir nas demais praças de pedágio, num total de dez praças.

430. Assim, pelas razões expostas, caberia determinar à agência que, quando do cálculo da indenização relativa ao processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG, ao proceder a validação dos investimentos em obras de praças de pedágio, entre outros mecanismos de conferência que entender pertinente, corrija as impropriedades constatadas nesta instrução, em respeito ao inciso VI do art. 7º e art. 10, § único, da Resolução-ANTT 5.860/2019.

431. Todavia, considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a construção participativa das deliberações do TCU (art. 14 da Resolução-TCU 315/2020), realizou-se ainda oitiva da agência reguladora e da concessionária acerca da proposta de encaminhamento indicada e em especial quanto:

a.2) às alegadas falhas na validação dos investimentos reversíveis relacionados: (...)

a.2.5) às implantações da Praças de Pedágio; (item II.3)

III.2.2.4.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 56-60)

432. Inicialmente, a ANTT alegou que a unidade técnica teria afirmado que os valores dos investimentos vinculados às praças de pedágio seriam superiores aos de outras concessões, porém não teria apresentado evidência para a afirmação.

433. Após sintetizar os apontamentos da SeinfraRodoviaAviação, a agência reguladora reafirmou que a indenização não seria baseada em valor de orçamento, e que os efeitos dos apontamentos deveriam ter sido avaliados em relação aos valores registrados na contabilidade. Assim, entendeu que isso tornaria a superestimativa trazida pela unidade técnica “(...) desprovida de base conceitual” (peça 235, p. 57).

434. Contudo, a manifestante afirmou que o verificador independente entendeu procedentes os apontamentos do TCU em relação aos quantitativos apresentados em duplicidade, e revisou as estimativas, com impacto de 28% a maior na estimativa, reduzindo a estimativa de valor equitativo aos de mercado de R\$ 294 milhões para R\$ 225,5 milhões.

435. Assim, a KPMG teria reavaliado os documentos relativos à parte relacionada, distrato com a parte relacionada, boletins de medição e notas fiscais. Nessa avaliação teria constatado “(...) condição não equitativa de mercado para ATIVIDADES DE GERENCIAMENTO” (peça 235, p. 57) no valor de R\$ 66,9 milhões. Esse ajuste teria sido considerado no Produto 2C (peça 399).

436. Acrescentou que a KPMG teria analisado de forma mais detida as informações contábeis, face ao valor dos investimentos do grupo praças de pedágio não equitativas ao mercado, e não ajustado o valor da indenização ao valor teto do orçamento.

437. Em relação ao apontamento em referente aos quantitativos no item “Aduela pré-moldada - transporte e montagem, inclusive peças de ligação”, a agência alegou que o quantitativo de 1.710,4 m² estaria correto, pois seria o produto do quantitativos de 142,5m pela área por metro de seção de 3x3m de aduela, conforme constaria do *as built* e das fotos apresentadas (peça 235, p. 58-59).

438. Quanto ao sobrepreço apontado nos eletrodutos de PEAD, a agência afirmou que teria ocorrido nas praças de pedágio 2, 3, 5, 6 e 7, porém com impacto de 0,1% no valor da estimativa do verificador independente, não configurando “(...) impacto representativo para a análise da razoabilidade dos valores investimentos apontados pela Concessionária” (peça 235, p. 59).

439. Em referência ao apontamento de ocorrência de divergência na DMT, a ANTT afirmou que a KPMG teria usado o *as built*, “(...) não fazendo parte dos procedimentos de auditoria a reavaliação dos projetos emitidos pela concessionária”. Porém, o verificador independente teria examinado o projeto executivo, após os apontamentos do TCU, e constatado procedência dos apontamentos (peça 235, p. 59-60). Essa variação na DMT teria sido constatada somente na Praça de Pedágio 1, e representaria 1,8% do valor do investimento para essa praça, não sendo representativa para caracterizar condição não equitativa de mercado.

440. E, por fim, a ANTT afirmou que seria desarrazoado exigir do verificador independente comparar quantitativos do projeto *as built* com estimativas feitas a partir de softwares de geoprocessamento, tais como a diferença no quantitativo do item telha pré-moldada, identificada a partir do *Google Earth Pro*, cuja representatividade seria 0,3% do orçamento.

III.2.2.4.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 32-36)

441. Inicia sua manifestação esclarecendo que todos os investimentos indenizáveis devem ser comprovados, segundo diretrizes da Resolução-ANTT 5.860/2019, e que, portanto, todos os investimentos realizados pela Concessionária seriam vinculados às obrigações contratuais (PER), bem como os boletins de medição às respectivas notas fiscais.

442. Esclarece que a documentação descrita no parágrafo anterior foi carregada no SEI de modo a subsidiar o trabalho do verificador independente.

443. Elucida que, em 2014, foram protocolados os projetos executivos de todos os investimentos e respectivos *as built*, após a conclusão das obras. Acrescenta que, posteriormente, tendo surgido o interesse da Concessionária na relicitação, e a fim de subsidiar a ANTT na elaboração de novo edital quanto ao nível de detalhamento e quantidades das obras até então realizadas, foram contratadas empresas (terceirizadas) de consultoria.

444. Relata ainda que foram realizados novos levantamentos de campo. Conclui que diante dessas novas informações, foram reapresentados, em 10/10/2018, contendo todos os projetos *as built* em substituição ao “Executivo Planejado”, com os devidos detalhamentos e quantidades.

445. Em relação às duplicidades apontadas pela Unidade Técnica do TCU em instrução anterior (peça 214, p. 39-41), alegou que os trabalhos do Verificador Independente estão em andamento, até que o trabalho seja concluído na apresentação do Produto 2C. Assim, conclui que questionamentos em bases preliminares seriam precoces e levariam a conclusões que não refletiriam o resultado final.

446. Rebate o apontamento feito pela Unidade Técnica do TCU sobre a duplicidade de serviços, gerando superestimativa, apontando a falta de distâncias médias de transporte - DMT's nos preços unitários utilizados para compor o orçamento referencial e que o Verificador Independente não teria considerado o custo de transporte dos materiais para calcular o preço final do serviço.

447. Esclarece ainda que o Verificador Independente teria adotado a simplificação de que o custo dos transportes de materiais betuminosos e demais materiais seria o mesmo em regiões próximas a Belo Horizonte ou no interior de Goiás, não retratando a realidade.

448. Aponta ainda (peça 243, p. 35):

Outro ponto que devemos observar é a quantidade de bases referenciais de orçamento que foram utilizadas para compor o valor das obras. Foram utilizados Novo SICRO, SINAP, TCPO-PINI, SUDECAP, DER-SP, sendo que, para uma avaliação definitiva, o correto seria utilizar somente uma base de referência para a elaboração das composições. Confirma-se que o SICRO 2 seria o mais correto devido às datas das obras.

449. Conclui com o seguinte (peça 243, p. 35):

Por ser um material em elaboração cujos termos serão discutidos e revisados até a entrega final do produto 2C, e por ser uma conta para referência quanto a valores validados por outras metodologias, sabendo da evolução do processo e que o impacto da eventual duplicidade é limítrofe ao impacto dos DMTs, verifica-se o equívoco da manifestação da SeinfraRodovia, que aponta questões impertinentes para construir uma incorreta tese de sobrepreço.

III.2.2.4.3. Análise

450. Quanto aos valores dos investimentos relacionados às praças de pedágio serem superiores aos de outras concessões, cabe esclarecer que a superestimativa de valores não foi baseada apenas em comparação com outras concessões. Em análise preliminar, consultando outros contratos de concessão, os valores alegados pela Via040, e cancelados pelo Verificador Independente, chamaram a atenção da equipe técnica. Ato contínuo, procedeu-se análise mais detida de forma a buscar justificativas técnicas para o maior valor por praça de pedágio em relação a outras concessões.

451. A partir dessa análise mais detalhada é que se apontaram diversas inconsistências, conforme demonstrado em instrução anterior (peça 214, p. 39-41).

452. Em que pese a discordância da ANTT em relação a indenização ser baseada em valor de orçamento, verificou-se que a KPMG, no âmbito no Produto 2C (peça 399), reconheceu as falhas relativas à duplicidade de quantitativos e procedeu a redução no seu valor de referência relativo à implantação das praças de pedágio, conforme Anexo III do Produto 2A (peça 148, arquivo “8021530-Anexo_III-avaliação praças de pedágio.zip”, itens não digitalizáveis).

453. Sobre o quantitativo do serviço “Aduela pré-moldada - transporte e montagem, inclusive peças de ligação”, entende-se assistir razão à Agência, e que, portanto, não subsiste o indício de irregularidade apontado à peça 214, p. 39.

454. Quanto aos serviços “200 m DE ELETRODUTO DE PEAD - Ø125 mm”, “telha pré-moldada” e da divergência na DMT de transporte de materiais, o intuito do apontamento da Unidade Técnica, feito na instrução anterior (peça 214), foi no sentido de demonstrar diversas inconsistências, algumas explícitas, que não foram detectadas pela ANTT, tampouco pela KPMG. De toda forma, pela reduzida relevância em relação aos valores relacionados à indenização, considerando ainda a

racionalidade processual, entende-se não ser pertinente dar continuidade ao tratamento de tais irregularidades.

455. Sobre o argumento da VIA040 quanto aos custos de transportes de materiais betuminosos e de outros materiais, tal alegação vem ao encontro do posicionamento da unidade técnica: para uma análise mais consistente e aderente às condições de mercado, é necessário dispor dos quantitativos de serviços executados, das distâncias médias de transporte e dos respectivos preços (sendo o Sicro uma fonte de referência consolidada).

456. De toda forma, em que pese as manifestações da ANTT contrárias aos apontamentos relativos ao item “praças de pedágio”, constatou-se que o verificador independente elaborou novo orçamento paradigma com base nos *as built*, preços unitários do Sistema de Custos Rodoviários do DNIT (Sicro) e Tabela de Composições de Preços para orçamento (TCPO), na data base de novembro/2020, retroagidos para a data de agosto/2015 pelo Índice Nacional da Construção Civil (INCC), conforme justificativa constante da Premissa (i) do item 4.5.1 do Produto 2C (peça 399, p. 74) e Anexo XIV (peça 433, arquivo “05_Anexo XIV com fórmulas.xlsx”, itens não digitalizáveis), do qual foi retirada a coluna referente a “valor total superestrutura” do Anexo III do Produto 2A (peça 148, arquivo “8021530-Anexo_III-avaliação praças de pedágio.zip”, itens não digitalizáveis), com itens em duplicidade, conforme justificado na instrução precedente (peça 214, p. 39).

457. Essa reavaliação do orçamento referencial pela KPMG, resultou no valor de R\$ 228.461.983,00 (data base agosto/2015), conforme item “4.5.2 Resultados Obtidos na Avaliação da Razoabilidade dos Investimentos” do Produto 2C (peça 399, p. 75) e Anexo XIV (peça 433, arquivo “05_Anexo XIV com fórmulas.xlsx”, itens não digitalizáveis).

458. Em princípio, comparando-se o orçamento anterior, de R\$ 289.404.568,18, do Anexo III do Produto 2A (peça 148, arquivo “8021530-Anexo_III-avaliação praças de pedágio.zip”, itens não digitalizáveis) com o valor do orçamento de R\$ 235.397.444,14, excluído o valor da coluna “indiretos” do Anexo XIV, do Produto 2C (peça 433, arquivo “05_Anexo XIV com fórmulas.xlsx”, itens não digitalizáveis), tem-se a diferença de R\$ 54.007.124,04, todos os valores na data base de novembro/2020. Essa diferença indicaria o ajuste dos apontamentos iniciais (peça 214, p. 39-40).

459. Contudo, no referido Anexo XIV do Produto 2C foi inserida a coluna “indiretos”, no percentual de 35,92%, no novo orçamento paradigma da KPMG, o que resultou em orçamento no valor de R\$ 298.402.967,64 (ref. novembro/2020), superior ao valor inicialmente criticado no Anexo III do Produto 2A. Não foi encontrada justificativa para a inclusão dessa coluna “indiretos”, representando valor adicional de R\$ 63 milhões no orçamento paradigma da KPMG.

460. De toda forma, conforme mencionado, o valor referencial da KPMG, retroagido para agosto/2015, é de R\$ 228.461.983, conforme disposto no Produto 2C (peça 399, p. 75). Comparado com os custos diretos apurados pelo verificador independente para esse grupo de serviços no valor de R\$ 227.560.063, haveria variação na ordem de 0,39%.

461. Em que pese haja necessidade de que seja justificado o percentual de 35,92% no orçamento referencial da KPMG, considerando que houve ajuste no valor indenizável para os investimentos vinculados às praças de pedágio, à data base de agosto/2015, de R\$ 309,312 milhões (peça 135, p. 64) para R\$ 252,005 milhões (R\$ 241,377 + R\$ 10,628; peça 399, p. 87), antes dos ajustes de depreciação e da atualização IPCA, representando **redução no valor de R\$ 57,307 milhões**, entende-se que essa redução engloba os apontamentos iniciais, não justificados.

462. Destaca-se que o valor indenizável final para os investimentos vinculados à implantação das praças de pedágio, inicialmente calculado em R\$ 352,116 milhões (ref. fevereiro/2022; peça 135, p. 66), foi calculado pelo verificador independente em R\$ 284,732 milhões (ref. agosto/2023; peça 399, p. 88).

463. Do exposto, em relação ao apontamento realizado na instrução precedente no tópico “II.3.) Dos valores indenizáveis associados à implantação das praças de pedágio”, (peça 214, p. 39-41), entende-se que se encontram **superadas as impropriedades** relativas ao cálculo da indenização, no que se refere aos dispêndios associados às obras nas praças de pedágio, uma vez que o Verificador Independente – conforme o Produto 2C – procedeu à redução dos valores relativos à indenização ao item “Praças de Pedágio” a valores compatíveis com o apontamento feito pela Unidade Técnica. Assim, é desnecessária a proposta de determinação contida no § 221 da instrução prévia (peça 214, p. 40), pois as medidas corretivas já foram adotadas.

464. No entanto, para além do caso concreto, considerando-se a necessidade de haver balizadores de qualidade dos estudos técnicos a serem encaminhados pelo TCU no bojo dos processos das demais relcitação (art. 19, *caput*, Lei 13.448/2017), particularmente em relação ao cálculo das indenizações pelos investimentos reversíveis, entendeu-se, quando da elaboração do relatório preliminar, propor determinação quanto ao tema, enfatizando o papel da agência na conferência do valor indenizável (peça 473, p. 84).

465. Na **manifestação dos gestores**, a ANTT expressou discordância com a proposta de determinação, sob o argumento de que não lhe caberia refazer os trabalhos do Verificador Independente e que já estariam sendo adotadas providências adequadas para mitigar eventuais riscos de falhas no cálculo da indenização (peça 452, p. 25-26).

466. De fato, entende-se que a redação da determinação previamente proposta pode ser aprimorada para melhor alinhar-se com a atuação que se julga adequada por parte da ANTT, nos termos de suas atribuições legais. Certamente, não é razoável que a agência repetir todos os cálculos efetuados pelo Verificador Independente. Por outro lado, não pode o ente regulador deixar de exercer sua função no cômputo do valor a ser ressarcido à concessionária.

467. Importante destacar que, preliminarmente a se iniciar o cálculo da indenização pelos bens reversíveis, é necessário que tais bens sejam inequivocamente identificados. Problemas quanto a isso foram identificados no primeiro produto apresentado pelo Verificador Independente (Produto 2A). No documento, que possuía caráter preliminar, os valores apresentados a serem indenizados foram calculados considerando que a concessionária haveria promovido a recuperação da rodovia, no montante de mais de R\$ 500 milhões (peça 135, p. 13). Ocorre que, como pontuado em instrução prévia destes autos (peça 214, p. 27-35), no curso da regular execução contratual, a ANTT não atestou a realização dos supostos investimentos em recuperação, não havendo evidências de sua execução. No caso concreto, o equívoco foi (ao menos na maior parte) corrigido, como tratado no item “III.2.2.2” desta instrução. Entretanto, ficou evidenciado o risco do cálculo incorreto da indenização, em decorrência do desalinhamento entre as informações produzidas pela ANTT, no curso de suas atividades de fiscalização do contrato de concessão, e àquelas utilizadas pelo Verificador Independente, cujos trabalhos se focam na conferência de dados produzidos pela concessionária.

468. Do exposto, entende-se cabível a propor **determinar à ANTT que oriente os processos de cálculo da indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados de modo a assegurar que as obras e os serviços considerados indenizáveis se restrinjam àqueles que o acompanhamento contratual e a fiscalização da própria agência tenham atestado como concluídos no devido marco contratual correspondente, em respeito ao inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019, ao inciso VIII do art. 24 da Lei 10.233/2001 e ao inciso VII do art. 17 da Lei 13.448/2017.**

III.2.2.5. Ajustes de depreciação (item a.2.6 da oitiva)

469. Ao apresentar resumo dos trabalhos realizados (produtos entregues) pelo verificador independente (peça 214, p. 43-51), apontou-se indício de subestimativa no ajuste de depreciação,

constante do Anexo XV do Produto 2A (arquivo 8024794-Anexo_XV-cálculo indenização dos bens reversíveis.zip, peça 148, itens não digitalizáveis).

470. Assim, com relação à metodologia adotada para o ajuste de depreciação, na instrução anterior (peça 214, p. 45-46), apresentou-se resumo da análise constante do Apêndice A (peça 211) daquela instrução, no qual se demonstra superestimativa no ajuste de depreciação para os investimentos vinculados aos bens: almoxarifado; passarela; polícia rodoviária federal; posto de pesagem veicular; praça de pedágio; projetos; recuperação; retorno; sede; serviço de atendimento ao usuário; trabalhos iniciais; e trecho (duplicação).

471. Conforme detalhado no Apêndice A (peça 211), a vida útil total dos bens classificados como reversíveis indenizáveis deve considerar o período entre a data de disponibilidade do bem e a data de término do contrato de concessão (22/4/2044), excetuando-se os bens móveis previstos nos incisos II a IV do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019, cuja vida útil será determinada conforme dispõe o anexo III da Instrução Normativa da RFB 1700/2017 (§ 2º do art. 2º a Resolução-ANTT 5.860/2019).

472. Assim, considerando o princípio da verdade material, e com vistas à obtenção de taxa de amortização ou de depreciação média que melhor represente a apropriação dessas despesas pela concessionária, entendeu-se pertinente determinar que a ANTT adote no cálculo dos “Meses de Operação Total” a diferença em dias entre a data de disponibilidade e a data de término inicial do contrato de concessão (22/4/2044).

473. Todavia, considerando os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a construção participativa das deliberações do TCU (art. 14 da Resolução-TCU 315/2020), realizou-se ainda oitiva da agência reguladora e da concessionária acerca da proposta de encaminhamento indicada e em especial quanto:

a.2) às alegadas falhas na validação dos investimentos reversíveis relacionados: (...)

a.2.6) aos ajustes de depreciação; (item II.5)

III.2.2.5.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 61-62)

474. Após reprimir resumidamente o apontamento da unidade técnica do TCU, a ANTT afirmou que tanto sua equipe técnica quanto o verificador independente teriam concluído que não seria equívoco a divergência referente aos ajustes de depreciação, pois estaria relacionada à utilização de unidade de medida de tempo diferentes para a vida útil dos bens (peça 235, p. 61-62).

475. A divergência no cálculo da vida útil dos bens seria em razão de o TCU ter calculado o tempo de depreciação em meses e a KPMG ter calculado esse tempo em anos.

476. Contudo, a ANTT alegou que a diferença (0,37%) seria revisada nos cálculos do Produto 2C (peça 240).

III.2.2.5.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 36-39)

477. Com relação especificamente ao indício de subestimativa no ajuste de depreciação, a Concessionária Via040 não se pronuncia. Limita-se a trazer histórico dos apontamentos desta Unidade técnica em relação aos trabalhos do verificador independente (peça 243, p. 36-39).

III.2.2.5.3. Análise

478. Em que pese o verificador independente tenha concordado com procedência do apontamento em relação ao indício de subestimativa no ajuste de depreciação, a ANTT reproduziu justificativa da KPMG (peça 237, p. 23-24) no sentido de que a diferença no cálculo da depreciação dos investimentos vinculados aos bens reversíveis seria decorrente de “utilização de unidade de medida de tempo diferentes para a vida útil dos bens” (peça 235, p. 62).

479. No entanto, entende-se que essa afirmação não procede, pois, conforme demonstrado no Apêndice A (peça 211, p. 3), utilizou-se a mesma fórmula constante da coluna “Meses de Operação Total” do Anexo XV do Produto 2A (peça 211, arquivo “Peça 211 - 8024794-Anexo_XV-calculo ind bens reversíveis-amortiz ajustada-teste2.xlsx”, itens não digitalizáveis) para o cálculo do prazo de operação dos bens entre sua data de disponibilidade e a data de término da concessão, em 22/4/2044.

480. Restou demonstrado ainda naquela análise (peça 211, p. 4) que a diferença se encontrava nos valores referentes à coluna “Vida Útil Remanescente”, cujos valores não correspondiam ao prazo entre a “Data-base Vida Útil” e o término do contrato, em 22/4/2044.

481. De todo modo, a possível irregularidade foi saneada, pois conforme consta do Anexo XX do Produto 2C, guia “Cálculos Expandido Fator” (peça 433, arquivo “11. Anexos XX com fórmulas.xlsx”, itens não digitalizáveis), referente à revisão do Produto 2A, os valores referentes à coluna “Meses de Operação Total” foram corrigidos, considerando o prazo entre a data de disponibilidade e o termo do contrato de concessão.

482. Face ao exposto, não é necessária atuação do TCU em relação a esse apontamento.

III.2.3. Dos montantes a serem deduzidos no cálculo da indenização (item a.3 da oitiva)

483. Nesse outro tópico da instrução precedente (peça 214, p. 51-58), tratou-se dos valores que devem ser deduzidos do valor da indenização pelos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, tais como multas e demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente, nos termos do § 2º do Art. 15 da Lei 13.448/2017.

484. Após análise dos valores a serem deduzidos, entendeu-se que caberia determinar à agência que, quando do cálculo da indenização relativa ao processo de relicitação da BR-040/DF/GO/MG, em respeito ao disposto no § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017, considere como abatimentos no cálculo da indenização em questão, entre outros que entender pertinentes, os valores associados a: multas aplicadas à concessionária; danos verificados sobre o sistema rodoviário; arrecadação a maior relativa a remuneração por investimentos não executados e ao excedente tarifário anterior ao 1º termo aditivo; e excedente tarifário após o 1º termo aditivo.

485. Contudo, em consideração aos princípios do contraditório e da ampla defesa, realizou-se oitiva da ANTT e da concessionária nos seguintes termos:

a.3) à pertinência do abatimento ao montante indenizável pelos bens reversíveis, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017, dos valores associados às seguintes quantidades:

a.3.1) multas aplicadas à concessionária e ainda não quitadas, independentemente da existência ou não de recursos em andamento; (itens III.1 e III.3)

a.3.2) danos verificados sobre o sistema rodoviário; (itens III.2.1 e III.3)

a.3.3) arrecadação a maior relativa:

a.3.3.1) à remuneração por investimentos não executados; (itens III.2.2.1 e III.3)

a.3.3.2) ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo; (itens III.2.2.2 e III.3)

a.3.3.3) ao excedente tarifário vigente durante o processo de relicitação; (itens III.2.2.3 e III.3)

486. Para facilitar as análises, apresenta-se nos subtópicos a seguir resumo dos apontamentos objetos das oitivas, acompanhados das manifestações da ANTT, da Concessionária Via040, e respectiva análise.

III.2.3.1. Multas aplicadas à concessionária (item a.3.1 da oitiva)

487. Com relação às multas aplicadas à concessionária, apontou-se estimativa feita pela ANTT (peça 189, itens não digitalizável) na ordem de R\$ 892 milhões, excluídas as multas com situações “defesa deferida”, “advertência” e “multa paga”. (peça 214, p. 51-52)

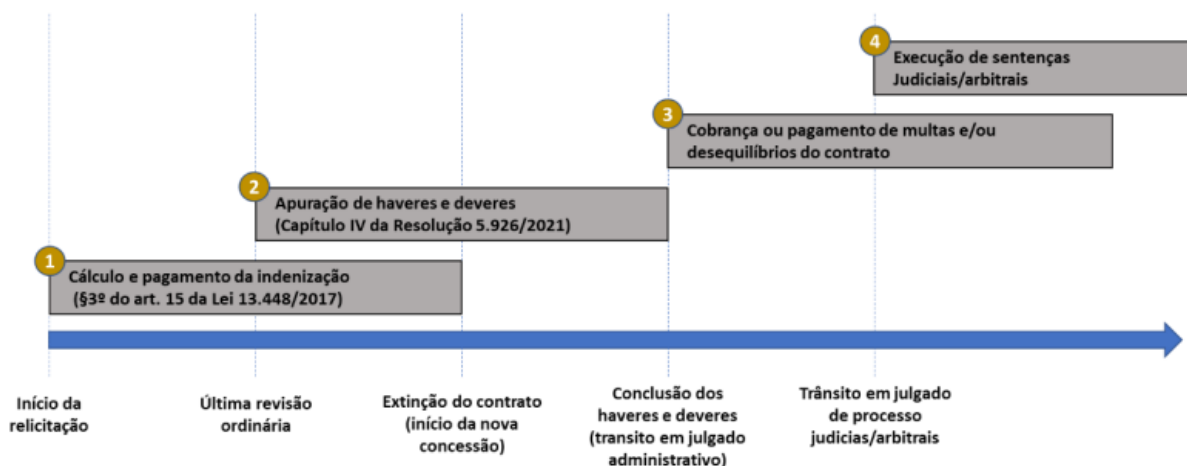
III.2.3.1.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 63-73)

488. Preliminarmente, após apresentar os fundamentos referentes aos abatimentos a serem feitos no saldo a ser indenizado pelo licitante vencedor ao contratado anterior, conforme § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 e art. 11 do Decreto 9.957/2019, a ANTT afirma que a área técnica do TCU teria adotado premissa equivocada de que a indenização para fins de relicitação deveria ser calculada com base no art. 16 da Resolução 5.926/2021, normativo referente à apuração final de haveres e deveres do contrato de concessão (peça 235, p. 63-65).

489. Alega que o valor da indenização para fins de relicitação prevista no § 3º do art. 15 da Lei 13.448/2017 deveria ser definido e pago antes da extinção do contrato. Situação que seria distinta da prevista da apuração de haveres e deveres, que se iniciaria após a última revisão ordinária e seria concluída posteriormente à extinção contratual, sendo sujeita ao contraditório e ampla defesa.

490. Para ilustrar a diferença nos procedimentos, apresenta o fluxo a seguir referente à apuração de valores na relicitação:

Figura 9: fluxo de apuração de valores na relicitação apresentado pela ANTT



Fonte: manifestação da ANTT (peça 235, p. 66)

491. De acordo com a ANTT, na apuração de valores na relicitação, haveria quatro processos distintos (peça 235, p. 66-68):

491.1. o primeiro seria para apuração e pagamento da indenização, no qual seria apurado o valor da indenização por verificador independente. Desse valor de indenização seriam deduzidas as multas e demais somas devidas com trânsito em julgado (liquidez e certeza). Faz referência às subcláusulas 9.2 e 9.4 do Primeiro Termo Aditivo ao contrato de concessão da Via040;

491.2. o segundo processo seria o de apuração de haveres e deveres, etapa que se iniciaria após a última revisão ordinária, se estendendo até após a conclusão do contrato de concessão. Afirma que eventuais danos causados ao sistema rodoviário ou outros reequilíbrios somente poderiam ser considerados após trânsito em julgado;

491.3. então, no terceiro processo, haveria cobrança administrativa, execução de garantias ou execução fiscal de valores devidos pela concessionária. Na hipótese de haver dívida do Poder Concedente em favor da concessionária, seria paga com recursos do Orçamento Geral da União; e

491.4. o quarto e último processo, demonstrado na Figura 9 acima, seria referente à execução de decisões judiciais ou sentenças arbitrais, a ocorrer somente após trânsito em julgado desses processos. Afirma que ao final dessa etapa seria possível cobrar da concessionária os valores referentes ao Fator D suspensos por decisão arbitral.

492. Na sequência, a ANTT apresenta manifestação específica quanto à dedução das multas aplicadas à concessionária do valor da indenização calculada pelo verificador independente.

493. Em relação às multas aplicadas à concessionária, a agência alega que a unidade técnica teria afirmado que haveria concordância dela quanto à premissa de que a ANTT não poderia reconhecer que os valores das multas não lhe são devidos, porém, sem indicar o documento com a “suposta aquiescência com seu entendimento” (peça 235, p. 69).

494. Acrescenta que a alegação da unidade técnica careceria de amparo legal, pois seria exigência constitucional (incisos LIV e VL do art. 5º da CF/1988) a formalização de processo para a tomada de decisão por parte da Administração que possa agravar ou atingir a liberdade ou a propriedade do administrado. Nessa linha, cita julgado de 25/3/2014 do STF, RMS 28517 AgR, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma (peça 235, p. 70).

495. Adiante, com base nos dispositivos constitucionais e legais e nas cláusulas do termo aditivo citados, alega que não poderiam ser deduzidas do valor de indenização apurado as multas ainda em análise no âmbito administrativo, sem trânsito em julgado administrativo, tampouco aquelas que se encontrem em litígio em vias judicial ou arbitral. (peça 235, p. 69-71)

496. Então, a manifestante informa que a Concessionária BR-040 S.A teria instaurado perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI) com vista à resolução de controvérsias referentes às multas aplicadas no âmbito dos processos administrativos 0510.0928852016-59, 50510.0928862016-01, 50510.323033/2019-61 e 50510.319942/2019-0. Formado o referido Tribunal Arbitral, a concessionária teria obtido decisão na 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal para suspender a exigibilidade das multas aplicadas no âmbito desses processos administrativos. (peça 235, p. 71-72)

497. Em referência à cláusula primeira do termo aditivo de relicitação da Via040, que define o que seria valor reconhecido e valor controverso, a agência reafirma que seria indevida a proposta de determinação aventada pela SeinfraRodoviaAviação (peça 235, p. 72-73).

III.2.3.1.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 39 e 43-47)

498. Após apresentação resumida do apontamento da SeinfraRodoviaAviação, em relação à dedução do valor das multas aplicadas do valor da indenização, a Via040 alega que esta Secretaria não estaria aceitando que “(...) valores controversos sejam remetidos à fase final de haveres e deveres, prevista no art. 11, § 2º, do Decreto 9.957/2019 e na subcláusula 9.4 do Primeiro Termo Aditivo (...)” (peça 243, p. 44).

499. Acrescenta que, especificamente quanto às multas, haveria erro em exigir compensação de valores ainda não confirmados com a indenização em discussão, pois essas multas seriam ainda passíveis de contraditório e ampla defesa. Cita ainda o art. 369 do Código Civil e afirma que seriam compensáveis entre si os créditos líquidos, certos e exigíveis.

500. Nessa linha de raciocínio, alega que o crédito em benefício da União teria seu prazo prescricional para cobrança iniciado somente após sua constituição definitiva, conforme constaria do art. 1º-A da Lei 9.873/1999, o que confirmaria que seria indevida a compensação das multas ainda não transitadas em julgado no processo administrativo. Cita então entendimento do STJ que, segundo ela, asseguraria que “o crédito ainda não est[aria] definitivamente constituído” e não poderia ser cobrado antes do encerramento do processo administrativo (peça 243, p. 45).

501. Não obstante a necessidade de conclusão do processo administrativo, a Via040 afirma ainda que haveria a possibilidade de questionamento da validade ou do valor da multa mediante ação judicial ou procedimento arbitral, de forma que, havendo tutela de urgência ou liminar que suspenda a sua exigibilidade, não seria possível a compensação de multas não transitadas em julgado com a indenização devida à concessionária. (peça 243, p. 46)

502. Ao final, a concessionária alega que eventual questionamento das multas na seara judicial não implicaria risco para o Poder Concedente, pois, segundo a concessionária, geralmente haveria exigência de garantia específica por parte do juízo como condição para a suspensão da exigibilidade da multa.

503. Noutra linha, alega que o abatimento das multas se daria em processo administrativo de encontro de contas, nos termos dos incisos I e IV do art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2011. Acrescenta que esse encontro de contas seria distinto do previsto no § 2º do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e subcláusula 9.4 do 1º Termo Aditivo de relicitação, os quais solucionariam os valores controversos.

III.2.3.1.3. Análise

504. Em relação aos montantes a serem deduzidos da indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, calculada nos termos § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017, apontou-se inicialmente (peça 214, p. 51-52 e 56-58), conforme já resumido acima, valor total de multas estimadas em R\$ 892 milhões. Em razão disso, questionou-se à agência reguladora acerca da pertinência do abatimento do valor da indenização as “multas aplicadas à concessionária e ainda não quitadas, independentemente da existência ou não de recursos em andamento”.

505. Em suas manifestações, tanto a ANTT quanto a Concessionária Via040, alegaram preliminarmente que a equipe técnica do TCU teria adotado premissa equivocada de que a indenização para fins de relicitação deveria ser calculada com base no art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2021. Afirmaram que essa resolução se referiria à apuração final de haveres e deveres do contrato de concessão, e que o valor da indenização para fins de relicitação prevista no § 3º do art. 15 da Lei 13.448/2017 deveria ser definido e pago antes da extinção do contrato.

506. Com vistas a esclarecer o entendimento da unidade técnica, relembra-se o disposto nos normativos que tratam do tema.

507. Inicia-se transcrevendo o disposto na Lei 13.448/2017, segundo a qual, as multas e demais somas de natureza não tributária devidas pelo contratado deverão ser deduzidas do valor indenizável a ser pago pelo novo contratado. Assim, para que o valor líquido (valor da indenização menos multas e valores de natureza não tributária) possa ser pago pelo novo contratado, é necessário que a referida dedução ocorra antes de publicação do edital de licitação, pois, **o valor líquido da indenização deve compor o modelo econômico-financeiro da nova concessão**, resultando em reflexo significativo no valor tarifário, haja vista que o seu pagamento é condição para início da nova concessão, nos termos do inciso I do § 1º c/c o §§ 2º e 3º, todos do art. 15 dessa Lei de relicitação, *in verbis*:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...)

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação; (...)

§ 2º **As multas e as demais somas de natureza não tributária** devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente **deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º**

deste artigo, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.

§ 3º **O pagamento ao anterior contratado da indenização** calculada com base no § 2º deste artigo **será condição para o início do novo contrato de parceria**. (grifos acrescidos)

508. Nesse sentido, o Decreto 9.957/2019, que regulamentou o procedimento para relicitação de contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, estabeleceu como cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei 13.448/2017, além de outras, a previsão do pagamento das indenizações previstas no inciso VII do § 1º do art. 17 dessa lei e que o pagamento dessas indenizações seja realizado pelo futuro contratado. Determinou ainda a dedução das multas e outras somas de natureza não tributária do valor da indenização, **condicionando o início do novo contrato de concessão ao pagamento do valor líquido indenizável**, conforme exceto a seguir:

Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente: (...)

V - **a previsão do pagamento das indenizações** pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017, observado o disposto no art. 11 deste Decreto; (...)

XV - **a previsão de pagamento pelo futuro contratado** das indenizações referentes a bens reversíveis não amortizados ou depreciados eventualmente devidas pelo poder concedente ao contratado original, nos termos e nos limites a serem disciplinados no termo aditivo e replicados no futuro edital de relicitação de que trata o art. 10. (...)

Art. 10. O edital de relicitação e a minuta do futuro contrato de parceria conterão a previsão de pagamento de que trata o inciso XV do caput do art. 8º pelo futuro contratado, nos termos e nos limites previstos no termo aditivo. (...)

Art. 11. **Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora** competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017:

I - **as multas e outras somas de natureza não tributária** devidas pelo contratado originário ao órgão ou à entidade competente e não adimplidas até o momento do pagamento da indenização;

II - as outorgas devidas até a extinção do contrato de parceria e não pagas até o momento do pagamento da indenização; e

III - o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.

§ 1º As outorgas vencidas e pagas, incluído o ágio, não compõem o cálculo da indenização devida.

§ 2º **O pagamento dos valores de que trata o caput será condição para o início do novo contrato** de parceria, nos termos do disposto no § 3º do art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outros valores a serem apurados e pagos posteriormente, decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, na forma prevista no inciso IV do caput do art. 8º.

§ 3º O cálculo da indenização de que trata o caput será certificado por empresa de auditoria independente de que trata o parágrafo único do art. 7º. (grifos acrescidos)

509. Destaca-se que a Resolução-ANTT 5.860/2019 “estabelece a metodologia de cálculo dos valores de indenização aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortização, devidos à concessionária em caso de extinção antecipada”, conforme determina o § 2º do art. 17 da Lei 13.448/2017.

510. Posteriormente a essa resolução, que definiu a metodologia de cálculo da indenização, foi editada a Resolução-ANTT 5.926/2021, com vista a estabelecer diretrizes para o encerramento,

relicitação e extensão de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob sua competência. Nesse normativo consta a necessidade de que sejam consideradas deduções relativas às multas, danos causados ao sistema rodoviário e demais danos eventualmente apurados, conforme excerto a seguir:

Art. 16. Após a conclusão da última revisão ordinária que anteceder o termo final do contrato de concessão, a ANTT instaurará o processo de apuração de haveres e deveres para encontro de contas dos saldos:

I - das indenizações pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, quando couber, seguindo a metodologia disciplinada na Resolução n.º 5.860, de 2019;

II - das indenizações pelos danos verificados sobre o sistema rodoviário;

III - das indenizações por demais danos eventualmente apurados;

IV - das multas aplicadas;

V - demais créditos e débitos entre as partes, incluindo eventual desequilíbrio econômico-financeiro que venha a ser apurado.

§ 1º Em se tratando de relicitação, o cálculo da indenização será certificado por empresa de auditoria independente.

§ 2º Durante a fase de encerramento, a ANTT, por sua iniciativa ou mediante colaboração de outros órgãos da Administração Pública, apurará a indenização pelos eventuais danos verificados sobre o sistema rodoviário, que considerará a diferença entre as características ou os parâmetros de desempenho apresentados ao final da concessão e os que deveriam ter sido cumpridos, à luz do contrato de concessão e termo aditivo, admitida a análise por amostragem e observado o critério de significância.

511. Dos excertos transcritos acima, constata-se que **tanto a Lei 13.448/2017, quanto o Decreto 9.957/2019, determinam a dedução das multas aplicadas** e demais somas de natureza não tributária do valor da indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Nesse mesmo sentido é o disposto do art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2021.

512. Contudo, reconhece-se que assiste razão às manifestantes em relação à alegação de que o disposto no artigo 16 da Resolução 5.926/2021 se refere a processo de apuração de haveres e deveres, distinto da apuração do **valor líquido indenizável (valor da indenização menos multas e valores de natureza não tributários)** previsto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 11 do Decreto 9.957/2019, que a regulamentou.

513. Ainda assim, independentemente da apuração de haveres e deveres prevista na Resolução-ANTT 5.926/2021, a Lei 13.448/2017, regulamentada pelo Decreto 9.957/2019, determina a dedução das multas aplicadas à concessionária, bem como outras somas de natureza não tributária, do valor de indenização apurado.

514. Nessa linha foi a ponderação constante da instrução precedente (peça 214, p. 57). A oportunidade de o Poder Concedente levantar os valores que lhe cabem é por ocasião do cálculo do “valor reconhecido” da indenização devida, tornando imprescindível que esse valor contemple a totalidade dos abatimentos previstos no § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.

515. Quanto às alegações específicas referentes à dedução das multas, podem ser resumidas basicamente na afirmação de que não poderiam ser deduzidas da indenização as multas ainda passíveis de recurso administrativos, judicial ou arbitral. Reconhece-se que há fundamento nas alegações dos manifestantes, no sentido da existência de obstáculos à exigibilidade das sanções aplicadas à concessionária cujos processos administrativos estejam ainda pendentes de análise recursal.

516. Não obstante as manifestações, após diligência (peças 403 a 405) junto à ANTT com vistas à obtenção da memória de cálculo do valor das multas que compuseram o montante de R\$ 535.418.413 a ser deduzido do valor da indenização calculada até o momento, a agência informou (peça 431, p. 4-5)

que o valor total das multas seria inicialmente de R\$ 892.364.050,78. Esse valor estaria sendo objeto de tratativa de formalização de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), sobre o qual teria sido aplicado o desconto de 40% previsto na Portaria-ANTT 24/2021/SUROD, conforme excerto a seguir:

Tais valores informados pela SUROD foram baseados no despacho CIPRO 12283581, que havia informado que "o valor estimado relativo às multas aplicadas à Concessionária Via040, atualmente, importa em R\$ 892.364.050,78 (oitocentos e noventa e dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil cinquenta reais e setenta e oito centavos)".

Neste cenário, tendo esse valor como referência, e considerando as tratativas de celebração de TAC com a concessionária, a SUROD aplicou o desconto de 40% (quarenta por cento) sobre a estimativa do valor total de multas, desconto que a concessionária fará jus em caso de celebração de TAC, chegando-se ao valor aproximado e estimado de R\$ 535.418.000,00 (quinhentos e trinta e cinco milhões quatrocentos e dezoito mil reais), conforme informado no OFÍCIO SEI Nº 22136/2022/GEMEF/SUCON/DIR-ANTT.

(...)

Desta maneira, como os TACs celebrados por esta Superintendência abrangem, em regra, a totalidade de processos administrativos sancionadores não transitados em julgado na esfera administrativa, considerou-se, na estimativa dos valores multas para fins de subtração da indenização a ser paga à concessionária, o desconto global de 40% (quarenta por cento).

517. Com base nas informações supramencionadas, havia sido indicado no relatório preliminar que não existiriam razões para ações adicionais do TCU quanto ao tema.

518. Ocorre que, quando da apresentação dos **comentários dos gestores**, foi apresentada nova informação em relação à projeção do valor total das multas que seriam considerados no TAC, reduzindo a estimativa do desconto da indenização de R\$ 534,4 milhões para R\$ 149,7 milhões. O racional para a redução do montante constam do processo administrativo 50500.152014/2022-69, no qual a Coordenação de Instrução Processual – CIPRO da ANTT manifestou-se pela anulação da maior parte dos processos administrativos sancionatórios previamente considerados, levando o valor pecuniário associado às penalidades de R\$ 892,3 milhões para R\$ 249,6 milhões, que resultaria na referida cifra de R\$ 149,7 milhões quando da aplicação do desconto de 40% do TAC (item não digitalizável associado a peça 471, “GCC_0585_2022___Aplicacao_tese_TAC_Multas_Revisado.xlsx”).

519. Ressalta-se que o referido “TAC Multas”, conforme informação da agência de 2/2/2023, ainda não foi celebrado, pois a ANTT ainda estaria “em tratativas com a Concessionária para definição do quantitativo de processos a serem incluídos no TAC Multas (lembrando que a fiscalização da ANTT prossegue normalmente durante estas tratativas) e do valor definitivo do ajuste” (peça 465, p. 1). Ademais, confirmou que “o valor de referência estimado para o presente TAC é de R\$149.741.817,00” (peça 465, p. 1).

520. Sem se pretender realizar uma análise exaustiva das alterações promovidas pela ANTT no que tange ao valor a ser deduzido da indenização em associação às multas aplicadas à concessionária – uma vez que a alteração nas estimativas ocorreu após o envio do relatório preliminar pela Unidade Técnica à agência, que, nos termos da IN-TCU 81/2018, se presta a oportunizar ao gestor a possibilidade de apresentar comentários relativos aos apontamentos contidos no próprio relatório preliminar – é possível consignar pontos de alerta.

521. Esclarece-se que, conforme a regulamentação do TAC Multas (Portaria ANTT/SUROD 24, de 29/1/2021), o instrumento não se aplica as multas já transitadas em julgado na esfera administrativa (peça 466, p. 11). Identificou-se nove processos que já haviam transitado em julgado, sendo que alguns deles já se encontravam inscritos em dívida ativa, conforme tabela a seguir.

Tabela 10: Processos de multas com trânsito em julgado

Processo	Status	Situação	Valor (R\$)
50510.038721/2014-14	Trânsito em julgado	Inscrito em dívida ativa	3.641.123,58
50510.048765/2016-14	Trânsito em julgado	Inscrito em dívida ativa	1.238.400,00
50510.080266/2016-11	Trânsito em julgado	Trânsito em julgado	3.840.000,00
50500.132086/2015-61	Trânsito em julgado	Inscrito em dívida ativa	1.932.262,20
50510.092886/2016-01	Trânsito em julgado	Trânsito em julgado	2.112.000,00
50510.092885/2016-59	Trânsito em julgado	Trânsito em julgado	2.304.000,00
50510.338383/2019-22	Trânsito em julgado	Trânsito em julgado	1.514.700,00
50510.319942/2019-03	Trânsito em julgado	Trânsito em julgado	981.750,00
50510.323033/2019-61	Trânsito em julgado	Trânsito em julgado	918.000,00
TOTAL			18.482.235,78

Fonte: produção própria a partir das informações do item não digitalizável “Multas da Via040 conforme manifestação da ANTT de 19-5-22.xlsx”, peça189, atualizadas pelas informações da peça 465, p. 2.

522. Ao ser questionada como se daria o abatimento de tais valores da eventual indenização pelos bens reversíveis, a agência afirmou que os processos citados “não poderão integrar o TAC. No entanto, os que ainda não foram inscritos em Dívida Ativa da União, por não serem exigíveis, poderão ter seus valores compensados na forma do art. 30 da Lei nº 13.448/2017, desde que não haja óbices judiciais ou arbitrais para tanto” (peça 465, p. 2-3).

523. Ocorre que nas estimativas do cálculo do valor líquido da indenização até o momento disponibilizadas ao TCU não constam os valores dos abatimentos relativos às citadas multas, conforme observa-se dos comentários dos gestores, que consideram como abatimentos apenas os itens “TAC Multas” e “Excedente Tarifário” (peça 452, p. 8).

524. Entende-se, como indicado pela agência, que não devem ser incluídas no TAC as multas que já tenham decisão definitiva de mérito, cabendo o abatimento integral delas quando do cálculo do valor líquido indenizável, sem o desconto que a concessionária faria jus com a celebração do TAC. Todavia, o § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 é claro no sentido que as multas devidas pela concessionária devem ser abatidas da indenização pelos bens reversíveis, o que inclui as multas com trânsito em julgado administrativo, independentemente de já estarem ou não inscritas em dívida ativa. De fato, seria um contrassenso pagar a concessionária uma indenização, que inclusive pode ser custeada com recursos diretos da União (§ 5º do art. 15 da Lei 13.448/2017), sendo que empresa teria uma dívida líquida e certa com o referido ente. Assim, não se vislumbra fundamento válido para a pretensão da agência de excluir dos abatimentos à indenização as multas inscritas em dívida ativa. Com os dados disponíveis até o momento, considerando o total das multas em trânsito em julgado, pode-se estimar uma dedução de indenização de cerca de R\$ 18,4 milhões, conforme Tabela 10, acima.

525. Do exposto, deve-se propor **determinar à ANTT que, no cálculo do montante líquido a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis, proceda o abatimento dos valores das multas devidas pela concessionária à União, particularmente aquelas relativas aos processos administrativos da ANTT com trânsito em julgado administrativo, independentemente de estarem ou não inscritas em dívida ativa, salvo casos de suspensões judiciais ou arbitrais, em respeito ao § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.**

III.2.3.2. Danos verificados sobre o sistema rodoviário (item a.3.2 da oitiva)

526. Na análise precedente (peça 214, p. 52-53), face ao disposto no art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2021, que estabelece o encontro de contas entre dos saldos da indenização vinculada a bens reversíveis não amortizados, quando couber, com as indenizações por danos verificados sobre o sistema rodoviário, com outros danos, com as multas aplicadas, e com demais créditos ou débitos, bem como considerando a manifestação da ANTT em resposta a diligência realizada, na qual a agência informou que a auditoria independente estaria incumbida de descontar os valores relativos aos danos

verificados no sistema rodoviário (peça 189, p. 1), entendeu-se ser imprescindível a apuração do valor associado aos danos verificados sobre o sistema rodoviário para que se possa chegar ao saldo do montante indenizável.

III.2.3.2.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 73-74)

527. Ratificando a manifestação em relação à dedução das multas aplicadas no valor da indenização, a ANTT alega que, da mesma forma, o disposto no art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2021 seria referente à apuração de haveres e deveres, processo distinto e posterior ao do cálculo do valor da indenização a ser paga pelo licitante vencedor ao contratado anterior (peça 235, p. 73-74).

528. Acrescenta ao final que a metodologia de cálculo da indenização prevista no § 3º do art. 15 da Lei 13.448/2017 é definida pela Resolução-ANTT 5.860/2019, e que a metodologia prevista no art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2021 seria referente à apuração de haveres e deveres, a ser concluída após o término contratual.

III.2.3.2.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 40)

529. A Concessionária Via040, quanto à apuração do valor associado aos danos verificados sobre o sistema rodoviário e sua dedução do montante indenizável, alega que:

190. O VI é contratado pela ANTT e segue suas orientações, nos termos contratuais, não havendo porque negar fê às manifestações da Agência nesse contexto, sem prejuízo da análise posterior pelo Tribunal de Contas.

III.2.3.2.3. Análise

530. Inicialmente, cabe salientar que os termos do contrato do Verificador Independente (VI) foram definidos no plano de trabalho, apresentado no Produto 1 (peça 134). Esse plano de trabalho do VI foi subdividido em oito produtos a serem entregues, conforme síntese apresentada na instrução precedente (peça 214, p. 41-43), e descrição a seguir:

Produto 1 - Plano de Trabalho;

Produto 2 - Cálculo da Indenização por Investimentos não Depreciados em Bens Reversíveis Devida à Concessionária;

Produto 3 - Avaliação dos Investimentos em Obras e Melhorias no Sistema Rodoviário;

Produto 4 - Avaliação de Obras em Andamento;

Produto 5 - Levantamento e Análise dos Contratos com Partes Relacionadas;

Produto 6 - Avaliação da Aderência dos Contratos Firmados com Partes Relacionadas à Governança Prevista no Contrato de Concessão e Boas Práticas de Mercado em Gestão de Contratos com Partes Relacionadas;

Produto 7 - Acompanhamento das Obrigações assumidas no Termo Aditivo;

Produto 8 - Avaliação das Condições Financeiras da SPE. (peça 134, p. 5)

531. No que interessa ao presente exame das manifestações acerca dos danos verificados no sistema rodoviário, no referido plano de trabalho apresentado pelo VI (peça 134), não se identificou atividade relacionada ao cálculo do dano eventualmente causado ao sistema rodoviário.

532. Da mesma forma, na proposta de aditamento ao contrato do verificador independente, não se verifica atividade relacionada ao cálculo do dano ao sistema rodoviário (peça 194).

533. Acolhendo-se os argumentos trazidos pelas partes, no sentido de que a Resolução-ANTT 5.926/2021 seria aplicável apenas após assunção do trecho concedido pelo novo operador, por ocasião da apuração dos haveres e deveres, há que se concluir que existe uma lacuna normativa nos

regulamentos editados pela agência para tratar da relicitação. A Lei 13.448/2017 (art. 15, § 2º) e o Decreto 9.957/2019 (art. 11, I) estabelecem que devem ser descontadas da indenização pelos bens reversíveis “as multas e outras somas de natureza não tributária devidas pelo contratado originário”, também cabendo o abatimento dos valores da outorga e do excedente tarifário, conforme o caso. Como observado do item III.2.3.1, procedeu-se um tratamento dos montantes associados às multas, entretanto não se observou medidas para apurar as demais somas devidas. Ressalta-se que a Resolução-ANTT 5.860/2019 não trata desse tema, se restringindo a metodologia de cálculo de valor indenizado, não regulamentando os abatimentos exigíveis por lei.

534. Portanto, tem-se que a ANTT regulamentou, por meio da Resolução-ANTT 5.860/2019, a metodologia de cálculo dos valores associados aos créditos da concessionária junto ao Poder Concedente (indenização pelos bens reversíveis), mas não regulamento como seriam calculados os débitos da concessionária, parte indispensável da equação para a apuração do montante líquido a ser ressarcido à empresa, nos termos da Lei 13.448/2017 e do Decreto 9.957/2019.

535. Ainda que a relevância para o caso concreto possa ser limitada, entender-se pertinente, considerando-se os demais processos de relicitação, cientificar a agência acerca da impropriedade observada. Assim, propõe-se **dar ciência à ANTT de que a não regulamentação da metodologia de apuração e cálculo dos montantes a serem abatidos do valor associado aos bens reversíveis, previstos no art. 15, § 2º, da Lei 13.448/2017 e no art. 11, inciso I, do Decreto 9.957/2019, constitui transgressão ao dever da agência de calcular corretamente a importância a ser ressarcida à concessionária no processo de relicitação, conforme disposto no art. 17, § 1º, inciso VII, da Lei 13.448/2017 e no caput do art. 11 do Decreto 9.957/2019, de forma tendente a majorar o valor líquido a ser pago à concessionária.**

III.2.3.3. Arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados (item a.3.3.1 da oitiva)

536. Resgatando manifestação da ANTT (peça 189, p. 2) no sentido de que demais danos apurados e não considerados no produto 2C do verificador independente seriam considerados pela área técnica da agência reguladora, conforme apontado na instrução anterior (peça 214, p. 53-55), evidenciou-se que, previamente à celebração do termo aditivo de relicitação, a concessionária Via040 vinha sendo remunerada por investimentos não executados por meio da Tarifa Básica de Pedágio, resultando em arrecadação a maior.

537. Defendeu-se que, nos termos da Resolução-ANTT 5.850/2019, essa arrecadação a maior relativa à remuneração por investimento não executados seria mitigada mediante aplicação do Fator “D”, **juntamente com o Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT)**. Conforme disposto nessa resolução, o CAT é um valor pré-fixado com vista “a recuperar as receitas auferidas anteriormente à exclusão da obrigação, mantendo a neutralidade do Fator ‘D’ no caso de exclusão de obrigações contratuais”.

538. No entanto a ANTT alegou que a relicitação não implicaria na exclusão das obrigações inicialmente contratadas, mas sua suspensão, de forma que não seria aplicável o CAT (peça 133, p. 12).

539. Em que pese, no caso concreto, a discussão acerca da aplicação do CAT quando da formalização do termo aditivo tenha perdido o objeto face à revogação da cautelar adotada no item 9.1.5 do Acórdão 2.611/2020 (peça 78) pelo Acórdão 2.924/2020 (peça 104), ambos do Plenário do TCU e de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes, permaneceu a necessidade de aplicação do CAT para justificar o Fator “D” ao término do termo aditivo de relicitação.

540. Questionada acerca da aplicação do CAT, a ANTT afirmou à época que (peça 189, p.2):

Por meio do Despacho (11078507), a Gerência de Gestão Econômico-Financeira informou que embora ainda não haja valores disponíveis, em princípio pretende-se empregar, como metodologia,

o "Coeficiente de Ajuste Temporal" - CAT - para apuração das receitas auferidas anteriormente à exclusão das obrigações contratuais. Portando, há sim a possibilidade de que as receitas auferidas anteriormente à exclusão das obrigações contratuais se constituam em descontos no cálculo do "valor reconhecido" da indenização.

(...)

Dada a complexidade do tema, que tem implicação sobre o valor indenizável e respectivos descontos a serem apurados em haveres e deveres, e tendo em vista que a Resolução nº 5.926/2021 não aprofundou na disciplina normativa a esse respeito, esta Agência pretende promover este debate no bojo da quinta norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias, momento regulatório mais apropriado, com participação da sociedade e efetivo envolvimento da Diretoria Colegiada, na formação da opinião técnica da Agência. Pretende-se que a norma seja aprovada no primeiro semestre de 2023, portanto, antes do término da vigência do termo aditivo de relicitação da Via040.

541. Assim, considerando que a ANTT não teria definido ainda a metodologia de aplicação do CAT, com proposta de solução somente no primeiro semestre de 2023, bem como que, em atenção às disposições legais que estabelecem a obrigatoriedade do abatimento dos valores devidos pelo concessionário do montante da indenização, ponderou-se que não haveria como se obter o saldo do valor de indenização a ser pago ao concessionário sem os descontos pertinentes.

542. Propôs-se então nova oitiva da ANTT e da concessionária quanto à pertinência de determinar à agência que o abatimento da remuneração por investimentos não executados do valor indenizável.

III.2.3.3.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 74-78)

543. A agência reguladora, após histórico do entendimento desta unidade acerca da aplicação do CAT, afirma que "(...) é de fato correta a afirmação de que o Fator D originalmente previsto no contrato da Via-040 (e de todos os contratos da 3ª etapa) não captura totalmente os efeitos financeiros de receitas arrecadadas em períodos anteriores ao inadimplemento" (peça 235, p. 75), de forma que teria sido previsto no inciso I do § 1º do art. 4º da Resolução-ANTT 5.850/2019 a incidência do CAT (peça 235, p. 76).

544. Porém, afirma que esse normativo seria para aplicação em exclusão de investimentos em concessões "(...) em regime de continuidade (...)", e que não seria adequada para fluxos de caixa em regime de descontinuidade, pois seria calculada a partir do prazo integral da concessão (30 anos), podendo resultar em dúvida quanto ao prazo a ser utilizado. Conclui que essa seria a razão de não ser possível a sua aplicação à época da formalização do termo aditivo de relicitação da Via040.

545. Na sequência, afirma que, em razão da complexidade das discussões acerca da definição de como estimar débitos e créditos em processos de relicitação, não seria procedente a afirmação da unidade técnica de que haveria baixa celeridade na agência reguladora para definir normativo que substitua ou aperfeiçoe a metodologia de aplicação do CAT. (peça 235, p. 76-78)

546. Ao final, ratifica que a ANTT promoverá o debate acerca da metodologia de aplicação do CAT no bojo da quinta norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias, com participação da sociedade e da diretoria colegiada da agência, devendo a nova norma ser aprovada no primeiro semestre de 2023.

547. Assim, a agência defende que a proposta de determinação da unidade técnica não deveria ser mantida.

III.2.3.3.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 40-41)

548. Em relação à arrecadação a maior relativa à remuneração obtida pela concessionária em razão de investimentos não executados, a Via040 alega que:

193. A rigor, esse apontamento ficou prejudicado, conforme a própria manifestação da SeinfraRodovia, pois não se nega a possibilidade do ajuste no âmbito da apuração final de haveres e deveres, nos termos dos arts. 8º, IV, e 11, § 2º, do Decreto 9.957/2019 e da Cláusula 9.4 da minuta do Termo Aditivo.

III.2.3.3.3. Análise

549. É importante recapitular o histórico do exame da aplicabilidade do CAT já realizado no âmbito do presente processo.

550. Conforme apontado na instrução precedente (peça 214, p. 53-55), a Concessionária Via040, até a formalização do 1º Termo Aditivo de relicitação, estava sendo remunerada por uma tarifa básica de pedágio cujo valor contemplava investimentos obrigatórios constantes do Programa de Exploração da Rodovia (PER) inicialmente contratado (peça 26). Porém, parte significativa desses investimentos não se concretizaram. Para além disso, quando da celebração do aditivo, foram suprimidas as obrigações de investimentos não essenciais, conforme novo PER (peça 122) e Cláusula Quinta desse termo aditivo (peça 121, p. 4-5).

551. O aditivo de relicitação instituiu as quantidades “Tarifa Praticada” e “Tarifa Calculada”, correspondentes ao valor cobrado dos usuários (R\$ 5,30) e ao valor calculado como necessário para remunerar a concessionária pelos serviços prestados (R\$ 2,54), respectivamente, sendo a diferença desses montantes o chamado “Excedente Tarifário”. Na instrução que inicialmente abordou o tema, arguiu-se que a Tarifa Calculada estaria superestimada, uma vez que havia sido calculada com base no Fator D sem a utilização do CAT, ou qualquer outro mecanismo tendente a compensar a arrecadação a maior previamente obtida em decorrência dos investimentos não executados. Em termos práticos isso significa que a tarifa calculada de R\$ 2,54 estaria superestimada, de modo que o excedente tarifário, a ser compensado ao final da concessão, seria subestimado.

552. A não aplicação do CAT foi, na ocasião da celebração do termo aditivo, justificada nos seguintes termos (peça 21, p. 9):

o CAT é previsto na Resolução ANTT nº 5.850/2019 para o caso de exclusão de obrigações contratuais previstas no PER. Entretanto, considerando que o inciso XIII do Art. 8º do Decreto nº 9.957/2019 prevê, em caso de desqualificação do empreendimento, o restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do TA, entendemos **não se tratar de situação de exclusão de investimentos, mas sim de suspensão de investimentos**.

553. No voto do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), a Exma. Relatora se manifestou contrariamente a esse argumento (peça 79, p. 16):

94. Em relação ao coeficiente de ajuste temporal, resta clara a necessidade de aplicá-lo. Não há que se falar em suspensão de investimentos, como pretende a ANTT. Os investimentos serão excluídos do contrato original por ocasião da relicitação. Portanto, ao desonerar o concessionário original dessa obrigação, é clara a necessidade da contrapartida financeira, consubstanciada pela devolução da parcela das tarifas arrecadadas a título de pagamento por investimentos futuros que não chegarão a se materializar no âmbito do contrato original.

554. De fato, considerando-se que a chamada “Tarifa Calculada” não tem qualquer efeito prático durante a vigência do processo de relicitação, servido apenas para o cálculo do excedente tarifário ao final do processo, a controvérsia poderia ter sido superada se, por ocasião de sua celebração, o termo aditivo tivesse fixado uma “Tarifa Calculada considerando a exclusão dos investimentos” e uma “Tarifa Calculada considerando a suspensão dos investimentos”, cabendo a utilização de uma ou outra no caso do sucesso ou insucesso do processo de relicitação,

respectivamente, uma vez que o sucesso da relicitação implica a exclusão definitiva dos investimentos, com o término do contrato.

555. Destaca-se que a agência já demonstrou concordância quanto ao mérito da correção que o CAT busca promover, entretanto, ainda não haveria solução definitiva sobre a forma como realizar os ajustes. Na resposta à oitiva (peça 235, p. 77-78):

293. Dessa forma, em que pese a ANTT já ter demonstrado sua concordância quanto ao mérito da correção que o CAT busca promover – e ter agido para implementar esse aprimoramento nos contextos em que isso era possível e cabível –, além de ter se manifestado anteriormente pela possibilidade de sua aplicação no caso em questão (peça 189), o tema é complexo e requer análise aprofundada, considerando os detalhes da formulação CAT e do contexto em que está se cogitando aplicá-lo.

556. Quanto à mencionada manifestação à peça 189, é afirmado que “pretende-se que a norma [quinta norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias] seja aprovada no primeiro semestre de 2023, portanto, antes do término da vigência do termo aditivo de relicitação da Via040” (peça 189, p. 2).

557. Enfatiza-se que não se entende adequado que os ganhos indevidos por parte da concessionária devam ser compensados apenas no encontro de contas ao final da concessão, quando ocorre a apuração de haveres e deveres, definidos no art. 16 da Resolução-ANTT 5.926/2021. Isso porque o que está se processando é uma minoração indevida do valor apurado a título de excedente tarifário, sendo que este, necessariamente, deve ser descontado do valor calculado a título de indenização pelos bens reversíveis, nos termos do inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019.

558. Em consonância com o apresentado acima, não procede a afirmação da concessionária Via040 de que o apontamento estaria prejudicado, pois, segundo ela, esta Unidade Técnica teria anuído com a possibilidade do ajuste do valor referente à aplicação do CAT no processo de apuração de haveres e deveres. Ao contrário, consta da instrução precedente que:

252. De todo modo, ainda que se considere, em tese, procedente o argumento de que no curso da vigência do termo aditivo dever-se-ia considerar os investimentos não executados apenas como “suspensos”, de forma a não ser cabível a aplicação do CAT, não deve haver dúvidas, que o término do termo aditivo de relicitação, com a celebração de um novo contrato de concessão, implica a exclusão das obrigações de investimentos previstas no contrato anterior. (peça 214, p. 54)

559. Destaca-se que a aplicação do CAT havia sido previamente determinada, em sede de medida cautelar, por ocasião do Acórdão 2611/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), previamente a celebração do termo aditivo de relicitação (peça 78, p. 1):

9.1. determinar, cautelarmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres que suspenda os efeitos da Deliberação 329/2020, abstendo-se de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que: (...)

9.1.5. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que a retirada de obrigações do contrato original seja vinculada à redução da contrapartida financeira correspondente, especialmente referente à aplicação dos Fatores C e D e do **Coefficiente de Ajuste Temporal**.

(destaque acrescido)

560. Entretanto, a medida cautelar foi revogada pelo Acórdão 2924/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), em decorrência da não caracterização do pressuposto do perigo da demora (peça 104). A decisão desta Corte anuiu com o posicionamento trazido no recurso impetrado pela ANTT que, na ocasião, argumentou pela “ausência de risco de ineficácia da decisão de mérito” nos seguintes termos (peça 89, p. 47):

154. O processamento da relicitação configura ato complexo que ainda há de perdurar ao menos até 19/02/2022, 24 (vinte e quatro) meses após a data de publicação do Decreto n. 10.248, que qualificou o projeto para relicitação (...)

155. Ao longo deste prazo, **a indenização será calculada, certificada por auditor independente e definida pela ANTT**, período durante o qual serão mantidos serviços essenciais e, concomitantemente, estruturada uma nova concessão, cujos escopo será devidamente submetido a processo de participação e controle social.

156. Nesse ínterim, **até a conclusão da relicitação, em 2022, o Tribunal poderá determinar eventuais correções ao julgar o mérito**, inclusive acompanhando a efetiva execução do Termo Aditivo, bem como o processo para nova outorga.

(destaque contidos no original)

561. Nesse mesmo sentido encontra-se o recurso apresentado pela concessionária na ocasião (peça 99, p. 4):

Para a adoção da medida cautelar, o Acórdão recorrido acolhe como primeiro aspecto de perigo na demora o risco de ineficácia da decisão de mérito, haja vista a iminente assinatura do Termo Aditivo.

A abordagem desse aspecto há de ser, com a devida vênia, revista pelo Plenário, já que a deliberação do Tribunal após a assinatura do Aditivo em nada reduz a efetividade ou eficácia no exercício de sua competência.

562. Portanto, resta claro que não há qualquer ofensa à segurança jurídica em o TCU decidir, no mérito, neste momento, no mesmo sentido em que havia proferido a decisão cautelar do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário, uma vez que a decisão de revogar a cautelar baseou-se justamente na premissa de que não haveria prejuízo à eficácia de eventual decisão de mérito, conforme o entendimento já expresso pelas próprias partes nestes autos.

563. Nesse sentido, com base no exposto havia sido proposto no relatório preliminar que “a tarifa seja calculada considerando-se a necessidade de se recuperar as receitas previamente auferidas em relação a investimentos não executados, seja utilizando o Coeficiente de Ajuste Temporal – CAT, conforme a Resolução-ANTT 5.850/2019, ou outro mecanismo que venha a sucedê-lo”.

564. Ocorre que, por ocasião dos **comentários dos gestores**, a ANTT trouxe simulações de cálculo (peça 452, p. 16-17) demonstrando que a sistemática do CAT – concebida com base em um Fator D calculado sob a premissa de que o VLP (valor presente líquido) das despesas fosse igual ao da receita – não seria aplicável no caso do término prematuro do contrato de concessão. Nesse sentido, foi proposta pela agência a exclusão da referida determinação. Entendem-se plausíveis os argumentos apresentados pelos gestores em relação às potenciais distorções trazidas pela aplicação do CAT no caso do encerramento antecipado do contrato. Entretanto, a inexistência de um mecanismo regulamentado para a correção de um desequilíbrio reconhecido (arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados previamente a celebração do termo aditivo de relicitação), não se confunde com a ausência do referido desequilíbrio.

565. Há que se considerar as possíveis consequências práticas de eventual determinação no sentido de que a agência adote as medidas corretivas pertinentes. O principal efeito real seria a obtenção de um valor mais justo a ser ressarcido à concessionária, em respeito aos direitos dos usuários e da Administração. Ressalta-se que a Via040 encontra com um passivo a descoberto de cerca de R\$ 250 milhões, conforme as demonstrações financeiras referentes a 31/12/2021 (peça 165, p. 3), de modo que caso se pague uma indenização a maior à empresa quando da transição, dificilmente os montantes correspondentes poderão ser recuperados, causando possivelmente um prejuízo irremediável.

566. Certamente há que se ponderar eventuais dificuldades práticas enfrentadas pelos gestores nas implementações de determinações do TCU – obviamente, sem que isso prejudique os direitos dos administrados, no caso os usuários do serviço público, que arcariam com os custos de uma indenização indevidamente elevada, nos termos do *caput* do art. 22 da LINDB – o que é particularmente relevante considerando que o termo aditivo de relicitação tem término previsto para agosto de 2023. Por certo, a agência já vem se debruçando nesta questão desde previamente ao início da discussão do assunto nestes autos, iniciada em agosto de 2020 (peça 31). De todo modo, não se vê óbice a que uma possível determinação do TCU quanto ao tema seja atendida tendo por base metodologia estimativa ou preliminar formulada pela agência, o que não se entende razoável é que seja completamente ignorado do cálculo do saldo indenizável o abatimento de montantes sabidamente recolhidos a maior pela concessionária.

567. Do exposto, propõe-se **determinar à ANTT que quando da definição de eventual valor a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis considere a necessidade de se recuperar as receitas previamente auferidas em relação a investimentos não executados, em respeito à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, positivada na Lei 8.987/1995, §§ 2º e 4º do art. 9º e *caput* do art. 10.**

568. Registra-se que, no relatório preliminar, a questão deste tópico – arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados – havia sido objeto de duas propostas de determinações, uma específica para o caso da Via040 e a outra de caráter geral – itens a.2.4 (peça 473, p. 128) e a.3.4 (peça 473, p. 129), respectivamente. Entretanto, considerando-se a alteração na redação da proposta de deliberação, entende-se que a determinação do parágrafo supra, ainda que dirigida ao caso concreto, servirá de precedente para orientar a ação futura da agência.

III.2.3.4. Arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo (item a.3.3.2 da oitiva)

569. Conforme exposto na instrução precedente (peça 214, p. 55), relatou-se a existência de crédito referente a valores arrecadados a maior pela concessionária (excedente tarifário) no período compreendido entre 10/10/2018 e a celebração do 1º Termo Aditivo, no valor de R\$ 430 milhões, atualizados até março/2022, conforme manifestação da ANTT (peça 189, p. 2), a ser compensado no valor de indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

570. Inicialmente o TCU tinha decidido pela compensação desse excedente tarifário via aplicação do Fator “C”, mecanismo contratual com objetivo de ajustar a tarifa de pedágio em razão de aumento ou redução indevida de receitas da concessionária, quando da formalização do aditivo, conforme medida cautelar adotada no item 9.1.5 do Acórdão 2.611/2020 (peça 78). Porém, a medida cautelar foi revogada pelo Acórdão 2.924/2020 (peça 104). Assim, restou decidir o mérito acerca do tema.

571. Nessa última análise, considerou-se necessária a inclusão desse excedente tarifário nas deduções da indenização devida à concessionária. Mas, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, realizou-se oitiva da ANTT e da concessionária Via040 acerca da pertinência do abatimento desse crédito em favor da administração do valor indenizável, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.

III.2.3.4.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 78-81)

572. Após histórico do apontamento da unidade técnica, a ANTT reafirma que o crédito somente poderia ser cobrado da concessionária após o trânsito em julgado administrativo ou judicial. Isso em razão de os descontos de fator “D”, acumulados na conta “C” da concessionária estarem suspensos por decisão cautelar arbitral.

573. Informa que a Via040 teria obtido medida cautelar junto à Seção Judiciária do Distrito Federal (processo 1014300-37.2018.4.01.3400) determinando a manutenção da tarifa básica de pedágio de R\$ 5,30, sem a redução prevista na Deliberação 523, até deliberação do juízo arbitral ou que fosse solucionado o pedido de relicitação (peça 235, p. 79-80).

574. Alega ainda que a Via040 teria instaurado junto à Câmara de Comércio Internacional (CCI) o Procedimento Arbitral 23932/GSS/PFF, questionando, entre outras demandas, a aplicação do Fator “D”. No âmbito desse procedimento arbitral teria sido prolatada a Ordem Processual 03/2020 (peça 242) mantendo a cautelar adotada com consequente manutenção da base tarifária até nova análise procedimental.

575. Por fim, alega que a Lei 14.368/2022 teria alterado a Lei 13.448/2017, dispondo no § 6º do art. 31 dessa última que “a existência de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis submetidas à arbitragem não impede o início do novo contrato de parceria” (peça 235, p. 81). Assim, eventual excedente tarifário poderia ser considerado no processo de haveres e deveres, não devendo ser mantida a proposta de determinação da unidade técnica no sentido de abater esses valores da indenização em questão.

III.2.3.4.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 41-42)

576. A Via040 afirma que o entendimento pela dedução de valores arrecadados a maior pela concessionária (excedente tarifário) no período compreendido entre 10/10/2018 e a celebração do 1º Termo Aditivo do montante indenizável teria adotado como premissa que a decisão do procedimento arbitral seria favorável ao poder concedente.

577. Acrescenta que esse entendimento não seria válido, pois a suspensão da redução do valor da tarifa básica de pedágio no referido período seria para garantir a efetividade da decisão arbitral. Assevera ainda que essa liminar suspensiva estaria vigente até a data da sua manifestação.

578. Ao final, a Via040 alega que “computar esse montante no Fator C implicaria desobediência” da decisão arbitral.

III.2.3.4.2. Análise

579. Com relação à proposta de dedução, do valor indenizável, do excedente decorrente de aplicação do Fator “D”, acumulados na conta “C” da concessionária, na ordem de R\$ 430 milhões (ref. março/2022), nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017, entende-se que assiste razão às manifestantes no sentido de que há decisão do Tribunal Arbitral pela manutenção integral da medida cautelar judicial, conforme excerto a seguir, sob as justificativas aposta Ordem Procedimental 3 do Procedimento Arbitral 23932/GSS/PFF, de 7/1/2020 (peça 242, p. 30-39).

132. Diante dos relevantes argumentos apresentados por ambas as partes, o Tribunal Arbitral discutiu e deliberou pela manutenção da medida cautelar judicial na sua integralidade, conforme passa a fundamentar. (peça 242, p. 30)

580. Ademais, com a alteração da Lei 13.448/2017, por intermédio da Lei 14.368/2022, foi incluído o § 6º ao art. 31 daquela lei de relicitação estabelecendo que a existência de controvérsias submetidas à arbitragem não obstará o início do novo contrato de parceria.

581. Todavia, considerando-se que os argumentos contrários à determinação proposta se concentram na existência da mencionada decisão arbitral, que possui o caráter preliminar típico das medidas cautelares, entende-se que a determinação previamente proposta deva ser ajustada de forma a conciliá-la com o *decisum* arbitral, entretanto, sem olvidar de todos os elementos presentes nestes autos que indicam pela pertinência do ressarcimento ao Poder Concedente dos valores cobrados a maior.

582. Nesse sentido, propõe-se **determinar à ANTT que, caso, por ocasião da fixação definitiva do valor reconhecido do ressarcimento associado à indenização pelos bens reversíveis, não haja impedimentos judiciais ou arbitrais, promova o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.**

583. Nos **comentários dos gestores** a agência manifestou-se pela impertinência de tal proposta de determinação, tendo em vista que se trataria de mero cumprimento de dispositivo legal (peça 452, p. 18). Todavia, opta-se aqui pela manutenção da proposta de deliberação, pois, a despeito de tal determinação decorrer de previsão contida na legislação de relicitação, não se trata de determinar o mero cumprimento da lei, mas sim de orientar sua aplicação em um caso concreto.

III.2.3.5. Arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário vigente durante o processo de relicitação (item a.3.3.3 da oitiva)

584. Estimou-se ainda, na instrução referente à oitiva (peça 214, p. 55-56), excedente tarifário decorrente do 1º Termo Aditivo ao contrato de concessão da Via040 na ordem de R\$ 590 milhões, para o período de 1002 dias, entre o início do aditivo de relicitação, em 20/11/2020 (peça 192, p. 1), e o término previsto, em 19/8/2023 (peça 193, p. 2). Esse excedente de tarifa arrecadado pela concessionária é referente à diferença entre a tarifa estabelecida (R\$ 2,54), ou seja, necessária à prestação dos serviços definidos no aditamento de relicitação e em razão da supressão de investimentos e obrigações contratuais, e a tarifa efetivamente arrecadada (R\$ 5,30).

585. O valor desse excedente apurado deverá ser ressarcido ao final da relicitação mediante compensação com a indenização calculada pelo verificador independente ou restituída ao Poder concedente no processo de haveres e deveres, corrigido pelo índice correspondente à variação do IPCA e a taxa do fluxo de caixa marginal.

III.2.3.5.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 81-82)

586. Em relação ao excedente tarifário ocorrido durante a vigência do 1º Termo Aditivo em questão, a ANTT ressaltou que esse excedente tarifário, previsto na Cláusula 5.4 desse aditamento, teria natureza diferente do excedente suspenso por decisão arbitral.

587. Acrescenta que não se oporia ao cumprimento da proposta pela unidade técnica, porém, afirma que se trataria de determinação para “mero cumprimento de dispositivo legal”. Assim, a manifestante entende que a proposta de determinação seria inapropriada, face ao disposto nos art. 4º e 7º, inciso II, da Resolução-TCU 315/2020.

III.2.3.5.2. Manifestação da Via040 (peça 243, p. 42)

588. Em relação a esse tópico específico, a Via040 afirma que se manifestaria acerca do excedente tarifário seu tópico IV, cuja análise consta do tópico III.2.4 adiante.

III.2.3.5.4. Análise

589. Em relação à oitiva acerca da pertinência de determinar à agência que considerasse como abatimento do valor da indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados, dentre outras deduções, o valor correspondente ao excedente tarifário auferido pela concessionária no período de vigência do termo aditivo de relicitação, a ANTT alega que essa dedução estaria prevista na Cláusula 5.4 do referido aditivo, de forma que a proposta de determinação seria inapropriada, considerando o disposto nos art. 4º e 7º, inciso II, da Resolução-TCU 315/2020.

590. Na análise constante do tópico “III.3.” da instrução precedente (peça 214, p. 56-58), considerando-se que a oportunidade de o poder concedente levantar os valores que lhe cabem seria por ocasião do cálculo do “valor reconhecido”, entendeu-se ser imprescindível que nesse valor

reconhecido fossem contemplados todos os abatimentos previstos no § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.

591. À época daquela instrução, os estudos relacionados ao edital, minuta de contrato e modelo econômico-financeiro da relicitação não tinham sido apresentados ao TCU.

592. Contudo, com o encaminhamento do EVTEA da nova licitação, analisado no capítulo “III.1. Do novo processo de desestatização - BR-040/495/MG/RJ”, deste exame técnico, foi apresentado também o valor referente ao excedente tarifário a ser deduzido do valor indenizável.

593. Inicialmente o excedente tarifário foi estimado em R\$ 643.339.172,37 (ref. agosto/2023; peça 436, itens não digitalizáveis). Esse valor foi corrigido para R\$ 655.411.610,42 (ref. agosto/2023; peça 437, itens não digitalizáveis), após diligência apontando inconsistências nas fórmulas de correção dos valores (peça 425).

594. Posteriormente, considerando o incremento tarifário ocorrido em dezembro de 2022, é possível estimar que o excedente tarifário seria ainda cerca de R\$ 16 milhões maior, conforme análise constante do subitem “III.1.1.1”, acima, já havendo proposta de determinação para a realização do ajuste.

595. Face ao exposto, concorda-se com as manifestantes no sentido de que, na atual fase processual, não permanecem os motivos da proposta inicial.

III.2.4. Do excedente tarifário

III.2.4.1 Cobrança do excedente tarifário, tendo em vista o aparente conflito entre as disposições do Decreto 9.957/2019 e da Lei 13.448/2017 (item a.4.1 da oitiva)

596. Nesse outro ponto discutido (peça 214, p. 58-61), ponderou-se pela ilegalidade na cobrança de excedente tarifário correspondente à diferença entre o valor praticado da tarifa de pedágio (R\$ 5,30) e o valor calculado (R\$ 2,54), necessário à remuneração da concessionária pelos serviços prestados na vigência do aditivo de relicitação após exclusão de investimentos e obrigações inicialmente contratadas.

597. Nessa linha, sustenta-se que o inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 teria inovado ao estabelecer o excedente tarifário, haja vista que teria extrapolado o caráter regulamentador ao possibilitar o pagamento de forma antecipada das indenizações por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, pois estaria divergente do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017, conforme excertos transcritos a seguir:

Decreto 9.957/2019

Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017:

I - as multas e outras somas de natureza não tributária devidas pelo contratado originário ao órgão ou à entidade competente e não adimplidas até o momento do pagamento da indenização;

II - as outorgas devidas até a extinção do contrato de parceria e não pagas até o momento do pagamento da indenização; e

III - o **valor excedente da receita tarifária** auferida pelo contratado originário em razão **da não contabilização** do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente **da suspensão das obrigações de investimentos** não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.

Lei 13.448/2017

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

(...)

§ 2º **As multas e as demais somas** de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º deste artigo, inclusive **o valor relacionado** à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.

598. Dos dispositivos legais transcritos acima, constata-se que a Lei 13.448/2017 não menciona o excedente tarifário trazido no Decreto 9.957/2019. Assim, do texto legal, depreende-se que as indenizações apuradas nos termos do art. 17 da lei não seriam custeados pelos atuais usuários da rodovia. Isso seria coerente com o fato de a indenização se referir às parcelas não amortizadas ou depreciadas dos investimentos indenizáveis, ou seja, se referem aos valores de bens reversíveis contidos no sistema rodoviário a serem transferidos ao próximo contrato de concessão.

599. Além da inovação no Decreto 9.957/2019 em relação à lei de relicitação no que se refere à instituição do excedente tarifário, cita-se ainda a dissociação entre tarifa paga e os benefícios auferidos pelos usuários da via, pois o excedente tarifário representa o rompimento da necessária correlação entre o valor definido para a tarifa de pedágio e as vantagens obtidas pelos usuários pagantes, positivada no art. 24, II, e no art. 26, § 2º, da Lei 10.233/2001.

600. Pelo exposto, realizou-se a oitiva da ANTT acerca dos indícios de ilegalidades presentes no inciso III do art. 15 do Decreto 9.957/2019, no que tange à extrapolação de seu poder regulamentar ao inovar na previsão da possibilidade de cobrança de excedente tarifário durante a vigência do aditivo de relicitação, sem respaldo na Lei 13.448/2017 e em contrariedade ao disposto na Lei 10.233/2001, art. 24, inciso II, e art. 26, §2º. Menciona-se, ainda, que não foi anuída pelo Exmo. Relator a proposta de oitiva da Casa Civil da Presidência da República em relação à suposta irregularidade.

III.2.4.1.1 Manifestação da ANTT (peça 235, p. 82-88)

601. Inicialmente, a ANTT alegou que a Lei 13.448/2017 estabeleceria diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Informou que o inciso III do art. 4º dessa lei conceituaria a relicitação e que o art. 13 indicaria o “vetor axiológico” que orientaria a agência reguladora, enquanto intérprete e aplicadora do direito, destacando a necessidade de atendimento ao princípio da continuidade do serviço público. (peça 235, p. 82)

602. Acrescentou que o art. 15 dessa lei condicionaria a relicitação à formalização de termo aditivo no qual constaria suspensão de obrigações de investimentos vincendos.

603. Na sequência, a agência alegou também que a Lei 13.448/2017 teria conferido ao Poder Executivo, no exercício de sua competência regulamentar (inciso IV do art. 84 da CRFB/1998), a discricionariedade para definir os termos e prazos relacionados ao processo de relicitação (art. 14 da Lei 13.448/2017). Adicionalmente, cita doutrina de Thiago Marra para defender que haveria a possibilidade de o Poder Executivo fixar outras condicionantes para a relicitação, de forma que o Decreto 9.957/2019 seria resultado da referida competência constitucional (peça 235, p. 83-84).

604. Nessa linha, afirmou que a ANTT estaria submetida aos normativos emanados pela autoridade competente, os quais se presumiriam legais e constitucionais. Assim, o excedente tarifário definido no inciso 11 do Decreto 9.957/2019, a ser descontado da indenização de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017, não lhe pareceria sobrepujar o poder regulamentar do chefe do Poder Executivo, “(...) mormente quando se verifica que ela constitui uma ferramenta regulatória à disposição do regulador para ponderar, em prol do interesse público, os interesses dos *players* do setor” (peça 235, p. 85).

605. Noutra vertente, alega que haveria confusão entre patrimônio da concessionária e da concessão, pois, segundo a manifestante, “(...) a indenização integra[ria] o patrimônio da

concessionária (acionista e credores), [enquanto] o excedente tarifário [seria] direcionado ao patrimônio da concessão (usuários do serviço público)” (peça 235, p. 85). Dessa forma, não haveria antecipação de indenização, pois o excedente tarifário seria para investimentos essenciais a serem incorporados à concessão, sem previsão de distribuição de lucros/dividendos no período ou de contabilização no ativo da concessionária para fins de indenização.

606. Desse modo, afirma que o aditivo de relicitação teria previsto que “(...) o Poder concedente seja indenizado, em especial os usuários da rodovia” ao estabelecer o desconto do excedente tarifário diretamente no valor indenizável.

607. Adicionalmente, segundo a manifestação, o excedente tarifário teria “(...) função primordial, conferir condições para que a concessionária execute as obrigações do termo aditivo e reverta diretamente a benefício do usuário”, de forma que não subsistiria a tese da unidade técnica do TCU de que haveria antecipação de pagamento da indenização.

608. Na sequência, a ANTT alega ainda que o pagamento do valor indenizável por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados pelo novo contratado disposto no § 1º do art. 15 da Lei 13.448/2017 se trataria de uma possibilidade, não uma obrigação. Assim, segundo a manifestante, o legislador teria deixado para a agência reguladora definir a modelagem contratual que atenderia o interesse público.

609. Assim, a agência alega que, como a referida indenização poderia ser suportada por outrem, que não o novo contratado, não seria procedente a afirmação de que o Decreto 9.957/2019 extrapolaria o caráter regulamentador da Lei 13.448/2017.

610. Acrescenta ainda que:

As razões aqui expostas não deixam de subsistir pelo fato de o legislador, na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, ter declarado a sua intenção de que o concessionário futuro pagasse eventual indenização do concessionário passado. (peça 235, p. 86)

611. Contudo, apesar da exposição de motivos da citada medida provisória, sustenta que o dispositivo legal teria caráter vinculante e contornos autônomos “(...) de acordo com a interpretação dada pelos aplicadores do direito”.

612. Dando continuidade à sua manifestação, a agência alega que o disposto no inciso II do art. 24 e § 2º do art. 26, todos da Lei 10.233/2001, referente à necessidade de que haja correlação entre o valor definido para a tarifa e as vantagens obtidas pelos usuários, deveria ser interpretado sistematicamente, considerando as demais disposições das Leis 10.233/2001, 8.897/1995 e 13.448/2017, face ao contexto de sucessão de contratos de concessão e a continuidade da prestação do serviço público, tendo em vista o atendimento adequado aos usuários (§ 1º do art. 6º da Lei 8.987/1995). Afirma que essa atividade interpretativa compreenderia a análise e a aplicação das demais normas jurídicas de direito regulatório, destacando o disposto na alínea “b” do inciso II do art. 20 da Lei 10.233/2001, que disporia acerca do objetivo da ANTT. (peça 235, p. 87).

613. Ao fim, a ANTT entende que o Decreto 9.957/2019, inclusive as disposições acerca do excedente tarifário, estaria em conformidade com as Leis 13.448/2017 e 10.233/2001. (peça 235, p. 88).

III.2.4.1.2 Manifestação da Via040 (peça 243, p. 48-50)

614. A Via040 afirma entender que o excedente tarifário não representaria qualquer benefício indevido à Concessionária, sendo um pressuposto essencial para a continuidade do serviço público. Partindo-se da premissa de um contrato inexecutável, que seria típico dos processos de relicitação, argumenta que manter a tarifa previamente praticada seria o mínimo para se garantir as condições para a prestação do serviço adequado e seguro aos usuários do sistema rodoviário. Assim (peça 243, p. 49):

“não teria sentido, nesse cenário, reduzir a receita tarifária aquém desse mínimo, o que seria o mesmo que inviabilizar a concessão, violando a lógica do processo de relicitação”.

615. A concessionária critica, ainda, a aplicação de juros sobre o excedente tarifário (estabelecida no aditivo contratual de relicitação), ponderando que isso causaria uma distorção nos cálculos realizados, levando a bases distintas para o excedente tarifário e o valor indenizatório.

III.2.3.5.3. Manifestação da ABCR (peça 424, p. 11-16)

616. A ABCR, em manifestação acerca do aparente conflito entre as disposições do Decreto 9.957/2019 e da Lei 13.448/2017, ao prever a possibilidade de cobrança do excedente tarifário, a concessionária somente seria remunerada pelos serviços prestados, após o termo aditivo de relicitação, de forma que a diferença entre a tarifa praticada e a tarifa calculada seria abatida do valor da indenização, não havendo benefício à concessionária.

617. Acrescenta que os art. 24 e 26, inciso II, da Lei 10.233/2001 estabeleceria discricionariedade para a ANTT regulamentar a tarifa de pedágio em contratos de concessão rodoviária. Do entendimento extraído desses artigos, alega que (peça 424, p. 12):

Não se pode depreender, porém, que a estabilização da tarifa vá de encontro a esse desiderato, visto que, como contrapartida, em função do modelo adotado, poderá ocorrer a amortização gradual dos valores pagos a título de indenização pelo Poder Concedente.

618. Fazendo referência ao art. 15, caput e § 2º, da Lei 13.448/2017, afirma que esse dispositivo teria conferido prerrogativa regulamentar à agência reguladora para “calcular, em hipótese de relicitação, multas e demais somas de natureza não tributária devidas” (peça 424, p. 13).

619. Ademais, cita excertos de pronunciamento do Membro do MPTCU ocorrida no âmbito do TC 005.486/2021-1, que trata do termo de aditamento ao contrato da concessão rodoviária da Rodovia Presidente Dutra S/A (NovaDutra). Especificamente, menciona que o representante do MPTCU, naqueles autos, teria se posicionado “por autorizar que a cobrança de excedente tarifário em caso de extensão contratual – mas aplicável à situação da relicitação”, uma vez que tal “mecanismo se enquadraria em ‘definição da política tarifária’” (peça 424, p. 15).

620. Também são trazidos potenciais efeitos negativos da não adoção do excedente tarifário, pois: “o afastamento do excedente resultaria em repentina queda nos valores percebidos pelos usuários e, assim, colocaria em risco a modicidade tarifária da nova concessão” e a “eventual redução repentina da TBP poderia colocar em risco a operação e manutenção da concessão durante o período de transição do processo de relicitação” (peça 424, p. 15).

621. Afirma, ainda, que seria “impossível sustentar que [em decorrência do excedente tarifário] haveria ‘incremento’ nas receitas da concessionária e que houve prejuízo aos usuários em razão de serviço defasado” (peça 424, p. 15).

622. Conclui nos seguintes termos (peça 424, p. 15):

44. Assim, importa destacar que não há como se dissociar que a essência da relicitação é garantir a sobrevivência do ativo até que haja uma nova licitação, garantindo a adequada segurança viária aos usuários do serviço público, tutelando pela eficiência administrativa, que não enfrentará a morosidade do processo de caducidade e/ou uma longa disputa judicial, bem como concretizando a supremacia do interesse público.

(destaque contido no original)

III.2.4.1.3 Análise

623. Previamente ao exame do tema, cabe registrar que a questão do excedente tarifário é objeto de exame em outros processos desta Corte, ainda sem decisão de mérito por ocasião desta instrução:

TC 005.486/2021-1 (Relator: Ministro Bruno Dantas) e TC 006.189/2022-9 (Relator: Walton Alencar Rodrigues).

624. No TC 005.486/2021-1, relativo à concessão (já extinta) da BR-116/RJ/SP – NovaDutra, examina-se a possibilidade legal de a tarifa de pedágio praticada durante a prorrogação do prazo da concessão exceder significativamente os montantes estipulados como necessários para a remuneração dos serviços prestados pela concessionária. Assim, na sistemática adotada durante a prorrogação da NovaDutra, gerou-se centenas de milhões de reais em excedentes tarifários. Tais montantes foram depositados em conta específica, de forma segregada das demais receitas, cabendo ao Poder Público decidir sobre a forma de sua utilização no futuro.

625. Por sua vez, no TC 006.189/2022-9, concernente à concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG - Concebra, está sendo analisada uma situação bastante similar ao objeto dos presentes autos, uma vez que trata de concessão em processo de relicitação, na qual o aditivo contratual que formalizou a relicitação estabeleceu a cobrança de excedente tarifário a ser disponibilizado para utilização pela concessionária.

626. Portanto, considerando-se as situações supramencionadas, cabe ressaltar que eventuais decisões adotadas nestes autos podem refletir nos demais processos ora destacados.

627. Esclarece-se aqui que, em nenhum momento, pretende-se contestar as competências regulamentares do Poder Executivo, trazidas pela Constituição Federal, tampouco as atribuições legais da ANTT na normatização das matérias sob sua alçada. Todavia, os regramentos exarados pelos diversos entes devem respeitar a hierarquia das normas. Especificamente, neste tópico, examina-se o aparente conflito entre disposições do Decreto 9.957/2019 e da Lei 13.448/2017. Certamente, é função dos decretos trazer o detalhamento daquilo que é previsto nas leis, entretanto, não pode o normativo infralegal extrapolar sua função regulamentar, por exemplo criando ou extinguindo ônus de forma alheia às disposições legais.

628. Caso, de fato, venha a se concluir pela incompatibilidade entre as regras trazidas pelos normativos, não deve haver dúvidas acerca da competência do TCU em determinar medidas para o exato cumprimento da referida lei, em preterição ao decreto, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais (art. 71, IX, CF; art. 45, Lei 8.443/1992).

629. Para além das considerações acerca das competências legais e constitucionais de cada órgão, quanto ao mérito do tema sob análise, pode-se dividir as razões trazidas neste tópico em três argumentos centrais: i) o excedente tarifário não seria uma antecipação da indenização; ii) não existiria obrigatoriedade de a indenização ser paga pelo novo contratado; iii) a interpretação trazida na instrução anterior acerca da legislação que rege o tema (particularmente do inciso II do art. 24 e do § 2º do art. 26, da Lei 10.233/2001) estaria incorreta.

630. Em relação ao item ‘i’ do parágrafo acima, relembra-se que, nos termos da Lei 13.448/2017 (art. 15, § 3º), a concessionária em processo de relicitação faz jus a receber, previamente ao início do contrato de parceria posterior, a indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, descontada de multas e demais somas devidas pela concessionária. Desse modo, a sistemática adotada pelo termo aditivo de relicitação, na qual os montantes arrecadados como excedente tarifário devem ser deduzidos do valor final a ser pago a título de indenização evidencia que o **excedente tarifário é um adiantamento da indenização**, pois de outro modo não haveria sentido em deduzi-lo do valor final indenizável.

631. Ressalta-se que os recursos arrecadados são diretamente destinados ao caixa da concessionária, não havendo segregação dos recursos referentes ao excedente tarifário. É uma situação bastante distinta da observada no caso do excedente tarifário recolhido por ocasião da prorrogação de prazo da NovaDutra (BR-116-RJ/SP – TC 005.486/2021-1), na qual os valores foram depositados em

conta específica, sob controle do Poder Concedente, ainda que pudessem, ao final do acerto de contas, serem destinados à eventual indenização paga concessionária.

632. É importante trazer os valores monetários envolvidos no caso concreto para melhor compreender a problemática. **O excedente tarifário criado pelo 1º termo aditivo, fixou a tarifa praticada (R\$ 5,30) em patamar mais que duas vezes superior ao da tarifa calculada como a adequada para a remuneração da concessionária pelos serviços prestados (R\$ 2,54)**, nos termos do pactuado quando do início da concessão. Enfatiza-se que os proponentes vencedores do processo licitatório, controladores da concessionária, quando da apresentação de seu lance, estabeleceram em consenso com a Administração que o equilíbrio do contrato de concessão se daria no patamar da tarifa calculada. Assim, na hipótese de serem necessários recursos adicionais para a adequada segurança viária aos usuários do serviço público, esses deveriam advir de aportes dos controladores.

633. Para ilustrar a situação, pode-se comparar as situações dos processos de relicitação nos modais aeroportuários e rodoviários, exemplificando-se pela Via040 e pelo ASGA – Aeroporto de São Gonçalo dos Amarantes. No caso da Via040, a opção de remunerar a concessionária com um excedente tarifário mitigou a necessidade de aportes pelos controladores, o que teria por consequência o aumento do capital social da concessionária, como a disponibilização de recursos adicionais que poderiam ser utilizados para a preservação do ativo.

634. Já no caso do ASGA (TC 028.391/2020-9; Relator: Ministro Aroldo Cedraz), se observou de suas demonstrações financeiras, desde o início do processo de relicitação em 2020 (Decreto 10.472/2020), que os controladores aportaram recursos na concessão, incrementando seu capital social, de forma a propiciar meios, além dos provenientes das receitas tarifárias, para a realização das atividades tendentes ao cumprimento das exigências contratuais pactuados. Assim, por exemplo, no exercício de 2021, os controladores do ASGA aportaram cerca de R\$ 15 milhões na concessão por meio da integralização do capital social (peça 434, p. 34).

635. Registra-se a diferença de conduta das agências reguladoras dos modais rodoviários e aeroviários quanto a esse ponto. Enquanto, os aditivos de relicitação celebrados pela ANAC – aeroportos de Viracopos e ASGA – mantiveram a política tarifária então vigente, no caso da ANTT chegou-se a observar um incremento de até 130% (de R\$ 0,29 por km para R\$ 0,65), no caso da Concebra (BR-060/153/262/DF/GO/MG) (TC 006.189/2022-9).

636. Quanto à alegação trazida de que a indenização a ser paga à concessionária em decorrência do processo de relicitação não teria que ser arcada pelo novo contratado (item ‘ii’, acima), entende-se que, de fato, cabem considerações adicionais, particularmente à luz da Lei 14.368, de 14/6/2022, que alterou a Lei 13.448/2017. Excerto relevantes da lei de relicitação encontram-se transcritos a seguir:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...)

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o **caput** deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação; (...)

§ 5º Caso o valor inicial ofertado a título de outorga, na sessão de leilão da relicitação, seja menor que o valor do pagamento, ao anterior contratado, da indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, a União custeará a diferença, observadas as regras fiscais e orçamentárias. (Incluído pela Lei nº 14.368, de 2022)

637. Portanto, a legislação que trata do tema estabelece duas possíveis fontes de recursos para o pagamento da eventual indenização: o novo contratado (art. 15, § 1º, I) e a União (art. 15, §5º). Não cabe, pois, aos responsáveis pela regulamentação da lei inovar quanto ao tema, onerando terceiros. Registra-se que, até o momento, a modificação trazida pela Lei 14.368/2022 não foi regulamentada, estando o Decreto 9.957/2019 ainda impondo como cláusula obrigatória do aditivo de relicitação “a previsão de pagamento pelo futuro contratado das indenizações referentes a bens reversíveis não amortizados ou depreciados” (art. 8º, XV).

638. Ademais, entende-se que obrigar os usuários atuais da rodovia a custear os referidos valores, além de afrontar a legislação pertinente, desrespeitaria os princípios econômico-financeiros que servem de embasamento lógico e contábil dos contratos de concessão, isso porque a indenização em pauta se refere às parcelas ainda não amortizadas ou depreciadas dos investimentos reversíveis, ou seja, se refere ao valor dos bens reversíveis contidos no sistema rodoviário a serem transmitidos ao próximo contrato ou retornados à administração da União.

639. No que tange ao item ‘iii’, concernente à interpretação dos dispositivos legais que estabelecem a necessidade de uma correlação entre as tarifas de pedágio e as vantagens econômicas auferidas pelos usuários, transcreve-se a seguir trechos da Lei 10.233/2001:

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

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; (...)

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: (...)

§ 2º Na elaboração dos editais de licitação, para o cumprimento do disposto no inciso VI do caput, a ANTT cuidará de **compatibilizar a tarifa do pedágio com as vantagens econômicas e o conforto de viagem**, transferidos aos usuários em decorrência da aplicação dos recursos de sua arrecadação no aperfeiçoamento da via em que é cobrado.

640. Em suma, as partes alegam que a cobrança do excedente tarifário se encontraria justificada da interpretação sistêmica das normas jurídicas envolvidas, particularmente considerando-se a excepcionalidade do contexto fático da relicitação e a necessidade de se tutelar a continuidade da prestação do serviço público.

641. Como mencionado pelas partes, o art. 13 da Lei 13.448/2017 afirma ser o objetivo da relicitação a garantia da continuidade do serviço público, entretanto isso deve ser executado observando-se as condições fixadas na própria lei, que não prevê o pagamento do excedente tarifário – ou qualquer outra forma de adiantamento da indenização, que deve ser paga pelo próximo contratado e/ou pela União ao final do processo:

Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente **poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos** de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

642. Portanto, a lei de relicitação não facultou uma liberdade ilimitada ao ente regulador de decidir acerca as condições sob as quais deveriam ser conduzidos os processos de relicitação. Especificamente, a Lei 13.448/2017 não trouxe qualquer exceção à necessidade de se compatibilizar as tarifas de pedágio com os benefícios auferidos pelos usuários, positivada na Lei 10.233/2001. Ademais, não se trata de uma violação marginal à relação tarifa/benefício, uma vez que os montantes envolvidos denotam que a tarifa praticada é mais que o dobro da calculada como adequada para a remuneração dos dispêndios incorridos, tendo claro caráter confiscatório, inadmissível na legislação pátria.

643. Caso se considere verdadeira a afirmação de que a viabilidade do processo relicitatório dependeria de permitir à concessionária praticar uma tarifa de pedágio significativamente superior à tarifa calculada como adequada para remunerar a empresa, na esperança de que tais montantes viessem a serem recuperados no futuro, só restaria aos responsáveis terem indeferido o pleito de relicitação, em respeito à legislação e ao interesse público, prosseguindo a gestão do contrato com os instrumentos de *enforcement* disponíveis. Nesse sentido, um procedimento cuja viabilidade depende do desrespeito à legislação é, em verdade, um procedimento inviável. Entretanto, como previamente consignado, o que se observou na prática, no setor aeroportuário, é que, mesmo não sendo aplicado o instituto do excedente tarifário, a ANAC e as concessionárias chegaram a um consenso na celebração dos aditivos de relicitação.

644. Ainda que se discorde da argumentação apresentada nos parágrafos precedentes, que concluíram pela ausência de embasamento no ordenamento jurídico para a cobrança do excedente tarifário, deve-se atentar para as consequências práticas da adoção do mecanismo.

645. A sistemática do excedente tarifário, adotada pela ANTT, tem uma deficiência intrínseca, pois consiste em continuamente remunerar a concessionária em montantes a serem futuramente abatidos da indenização sem que se saiba qual o valor total de tal indenização, ou mesmo se esta seria positiva ou negativa, considerando-se que o valor final viria de um encontro de contas. Essa problemática foi originalmente levantada na instrução confeccionada previamente a celebração do termo aditivo de relicitação (peça 31, p. 13):

(...) não é possível nem ao menos afirmar se a concessionária se encontra com crédito ou débito perante a União, sendo incabível nessas circunstâncias permitir o recolhimento de valores excedentes pela empresa. (...)

646. Os dados preliminares, até o momento disponíveis, indicam que a indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados perfaria **R\$ 927.519.557** (data base agosto/2023), de acordo com o Produto 2C do Verificador Independente (peça 399, p. 88). Considerando-se apenas os abatimentos já levantados relativos ao “Multas TAC”, desse valor deveria ser subtraído R\$ 149.741.817 (peça 452, p. 8), restando, pois, um valor de R\$ 777 milhões. Além disso, como consignado nos itens “III.2.3.1” e “III.2.3.3”, podem, ainda, existir outros valores a serem reduzidos do montante indenizado, como as multas já transitadas em julgado (estimadas em R\$ 18 milhões) e valores arrecadados em associação com investimentos não executados, respectivamente.

647. A ANTT já projetou que o excedente tarifário a ser arrecadado durante a vigência do termo aditivo seria de R\$ 655.411.610 (data-base maio/2022). Como mencionado no item “III.1.1.1”, entende-se que a referida estimativa de excedente tarifária haverá ainda que ser incrementada até o final do processo em cerca de R\$ 16 milhões, considerando-se o reajuste tarifário recentemente realizado, além de ajustes de data-base. Assim, as estimativas atuais tendem a indicar um valor relativamente pequeno a ser ressarcido, sendo incerto se, ao final do processo, restaria ainda saldo positivo a favor da concessionária.

648. De todo modo, entende-se claramente caracterizado o risco – senão no caso concreto, em outros processos de relicitação – de que o total pago em excedente tarifário, somado às multas e demais abatimentos, venha a superar o valor da indenização pelos bens reversíveis. Nesse caso, ficaria caracterizada um passivo da concessionária, em decorrência da arrecadação de valores maiores que os correspondentes aos serviços prestados.

649. Não se vislumbra como os usuários poderiam recuperar os prejuízos incorridos. Em tese, no encontro final de contas da concessão, a ser realizado após a transferência de operação da rodovia, a União poderia reaver os montantes pagos a maior. Entretanto, não é esperado que ao final do processo de relicitação a concessionária tenha condições econômico-financeiras de arcar com essa eventual dívida. Por exemplo, das demonstrações financeiras referentes 31/12/2021 observa-se que a Via040 apresenta um passivo a descoberto registrado de cerca de R\$ 250 milhões (peça 165, p. 3), de forma

que é pouco factível que a concessionária venha a ressarcir o Erário pelos valores arrecadados a maior. Para além da concessão da Via040, entende-se evidente que há o risco de concretização de dano decorrente da prática do excedente tarifário.

650. Considerando a possibilidade de tal situação se repetir em outros contratos, propõe-se **determinar à ANTT que se abstenha de pactuar novos termos aditivos de contratos de concessão de rodovias federais que autorizem a cobrança de tarifas de pedágio em valores que excedem aqueles calculados como adequados para remuneração pelos serviços prestados, em respeito ao inciso II do art. 24 e ao § 2º do art. 26, da Lei 10.233/2001.**

III.2.4.2. Cobrança do excedente tarifário, tendo em vista o aparente conflito entre as disposições da Resolução-ANTT 5.926/2021 e do Decreto 9.957/2019 (item a.4.2 da oitiva)

651. Ainda relacionado ao excedente tarifário, apontou-se (peça 61), de forma acessória, divergência entre os termos do Decreto 9.957/2019 e a Resolução-ANTT 5.926/2021, que dispõe acerca das diretrizes de relicitação.

652. A divergência se refere ao fato de o decreto ter fixado o valor teto da tarifa de pedágio ao valor da tarifa sem a supressão das obrigações de investimento (inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019), enquanto o art. 7º da Resolução-ANTT 5.926/2021 estabelece a tarifa vigente como piso, podendo ser ainda superior.

Decreto 9.957/2019

Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017: (...)

III - o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro **no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.**

Resolução-ANTT 5.926/2021

Art. 7º Na relicitação, a tarifa de pedágio a ser praticada **será a tarifa vigente ou**, excepcionalmente, demonstrada a insuficiência desta para conclusão do processo de relicitação, **poderá ser fixada por negociação entre as partes.**

653. A título de exemplo do potencial reflexo no aumento da tarifa de pedágio, citou-se o processo de concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG - Concebra - em análise no âmbito do TC 006.189/2022-9 (Relator: Walton Alencar Rodrigues), no qual observou-se aumento tarifário de até 130%, após celebração do termo aditivo de relicitação.

654. Assim, realizou-se a oitiva da ANTT acerca do aparente conflito entre o art. 7º da Resolução-ANTT 5.926/2021 e o inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019, uma vez que a resolução aparentemente permite, em contrariedade ao decreto, que os valores do excedente tarifário ultrapassem os montantes correspondentes a não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.

III.2.4.2.1. Manifestação da ANTT (peça 235, p. 88-100)

655. Inicialmente a ANTT, em relação ao aparente conflito entre o art. 7º da Resolução-ANTT 5.926/2021 e o inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019, alega que:

“(…) nos termos do inciso VII do § 1º combinado com o § 2º, todos do art. 17 da Lei 13.448/2017, o legislador expressamente conferiu a competência para disciplinar a metodologia para calcular as indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados.

656. Assim, a resolução da agência se inseriria na sua competência regulatória, sob a disciplina regulamentar do chefe do Poder Executivo.

657. Dessa forma, segundo a agência, “(...) a possibilidade de existência de uma receita tarifária arrecadada a maior (...)” (peça 235, p. 89) estaria respaldada pela previsão do excedente tarifário previsto no inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019.

658. A ANTT acrescenta ainda que (peça 235, p. 89):

Com efeito, embora o termo aditivo de relicitação preveja a suspensão “das obrigações de investimento vincendas que não tenham sido consideradas essenciais” (art. 8º, III do Decreto nº 9.957/19), o que poderia implicar na equivalente redução da tarifa de pedágio devida correspondente às obrigações essenciais a serem cumpridas, o Decreto admite que seja cobrada do usuário tarifa superior, sendo a diferença entre elas descontada futuramente de eventual indenização devida à concessionária.

A Resolução ANTT nº 5.926/2021 trata a questão de forma mais detalhada, admitindo como regra que a tarifa a ser praticada seja a vigente e admitindo que seja fixada tarifa maior, de forma excepcional, se demonstrada sua insuficiência para a conclusão do processo de relicitação, nos termos previstos no seu art. 7º.

659. Em seguida, alega que o objetivo desse dispositivo seria “(...) a criação de uma ferramenta regulatória que contribua para a viabilidade e o sucesso do processo relicitatório (...)”, ao permitir o cumprimento contratual por parte da concessionária após o termo aditivo.

660. Nesse sentido, a agência alega que, no contexto da relicitação, haveria alto índice de inexecuções de investimentos que demandariam altos custos de recuperação, bem como incapacidade de adimplemento de obrigações contratuais pela concessionária. Diante disso, face à possibilidade de a concessionária não conseguir honrar as obrigações contratadas no termo aditivo de relicitação, o excedente tarifário seria mecanismo regulatório que viabilizaria o cumprimento dessas obrigações. (peça 235, p. 90)

661. Além desses argumentos, a agência afirma que o “(...) excedente tarifário também é uma ferramenta regulatória que permite calibrar o eventual montante a ser indenizado pelo poder concedente”, por intermédio do qual o regulador decidiria, em juízo técnico de conveniência e oportunidade, se transferiria o encargo do valor a ser indenizado aos futuros usuários da nova concessão ou se minimizaria o valor indenizável com o excedente tarifário cobrado dos atuais usuários da via.

662. Noutra linha, a ANTT alega que definir o valor máximo para a tarifa de pedágio no âmbito do processo de relicitação engessaria o procedimento bem como impediria que fosse garantido ao usuário a prestação do serviço de forma adequada, com regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária, nos termos do inciso I do Art. 28 da Lei 13.233/2021.

663. Assim, entende a agência que não haveria divergência entre a Resolução-ANTT 5.926/2021 e o Decreto 9.957/2019.

664. Adicionalmente a ANTT apresenta manifestação quanto à indicação da unidade técnica do TCU de que a aplicação do excedente tarifário resultaria em possível dano ao erário em razão de os débitos da concessionária para com o Poder Concedente já indicarem valores superiores ao valor indenizável.

665. Com isso, a agência reguladora afirma que:

A alegação da unidade técnica do TCU, no entanto, com a devida venia, viola regramentos basilares que regem o instituto da responsabilidade dos gestores públicos e afronta diretamente a jurisprudência específica do Tribunal de Contas da União, em flagrante tentativa de atribuir uma

responsabilização subsidiária objetiva, motivada pela simples existência de eventual crédito não quitado pela concessionária. (peça 235, p. 92)

666. Nesse sentido, afirma que a responsabilidade do agente público seria subjetiva, nos termos do § 6º do art. 37 da CRFB/1988, e excertos dos Acórdãos 249/2010-TCU-Plenário, 67/2003-TCU-Segunda Câmara.

667. Ainda, o TCU teria firmado entendimento de que mera existência de irregularidade não implicaria em sanção ao gestor, conforme excertos dos Acórdãos 247/2002 e 2.812/2011, ambos do Plenário do TCU.

668. Ainda, segundo a manifestação da ANTT, os agentes públicos somente responderiam por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 e art. 12 do Decreto 9.830/2019.

669. Assim, alega que a afirmação da unidade técnica do TCU não teria se baseado em ilícito ou estabelecido o nexo de causalidade necessário à responsabilização, se demonstrando desarrazoada e temerária, pois tumultuaria o amadurecimento regulatório da agência reguladora, face ao temor dos agentes de serem responsabilizados (peça 235, p. 95).

670. Retomando a questão relacionada ao excedente tarifário, a ANTT alega que seria equivocada a afirmação de que: esse excedente caracterizaria antecipação da indenização; o Poder Concedente terá crédito com o concessionário ao final da relicitação; e se a concessionária não tiver patrimônio ou garantias para saldar a dívida, haveria dano ao erário.

671. Segundo a manifestante, o excedente tarifário não seria antecipação, pois, seria destinado à concessão e não à concessionária, tratando-se da diferença entre a tarifa calculada (necessário para a prestação dos serviços essenciais durante o termo aditivo) e a tarifa praticada. (peça 235, p. 98).

672. Acrescenta que a concessionária não poderia reverter o excedente tarifário aos acionistas ou aos seus credores, nos termos da subcláusula 8.1 do termo aditivo de relicitação. Assim, contabilmente, o excedente tarifário aumentaria o patrimônio do Poder Concedente e reduziria o da concessionária quando do seu desconto no valor da indenização por investimento em bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

673. Então, conclui que não se configuraria débito, pois o excedente tarifário seria destinado ao aumento do Patrimônio da União, pois faria com que:

(...) o prejuízo causado pelo inadimplemento da concessionária (danos ao sistema rodoviário) já seja cobrado antecipadamente, ao longo do processo de relicitação, descontando desde já da indenização devida pelos bens reversíveis.

Assim, é preciso ter em vista que, na verdade, é o caminho proposto pela área técnica do Tribunal que tem o condão de gerar prejuízo ao patrimônio da União e, consequentemente, dano ao erário. (peça 235, p. 99)

674. Nesse sentido, a agência afirma que o sistema se deterioraria, aumentando o valor de investimentos futuros necessário para recuperá-lo, se a concessão permanecesse em inadimplência sem as receitas geradas pela tarifa praticada, apresentando gráfico que ilustraria a alegação (peça 235, p. 99).

675. Ao final, a agência afirma que poderia gerar paralisia em sua atuação caso se entendesse que a diferença entre o excedente de arrecadação e o valor indenizável configuraria dano ao erário. Haveria ainda incentivo à superavaliação do valor das indenizações e subavaliação dos serviços essenciais com vistas a evitar eventuais débitos futuros (peça 235, p. 100).

III.2.4.2.3. Análise

676. Os argumentos trazidos em resposta à oitiva, relativos à legalidade da cobrança do excedente tarifário já foram abordados no tópico anterior (III.2.4.1.3), tendo se concluído que as atribuições de regulamentar os procedimentos de relicitação devem ser exercidas dentro dos limites impostos pelas demais normas aplicáveis, o que não se observou no caso da instituição do excedente tarifário, que se constituiu em adiantamento de indenização não previsto em lei.

677. Repete-se que não se deve contestar a competência da ANTT de regulamentar o processo de relicitação no âmbito das rodovias federais. Tampouco há que existir dúvidas que tal atribuição necessita ser exercida respeitando os limites impostos pela própria Lei 13.448/2017, bem como pelas demais normas de hierarquia superior. Assim, cabe neste tópico, examinar se há ou não desrespeito ao inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 pelo *caput* do art. 7º do Resolução-ANTT 5.926/2021.

678. Esclarece-se que o aparente conflito entre o decreto e a resolução diz respeito ao valor que o excedente tarifário poderia assumir, sendo, portanto, uma questão acessória à questão principal, qual seja, a possibilidade legal da cobrança do excedente tarifário.

679. Apesar de já se ter concluído – no tópico anterior, após a análise das razões apresentadas pelas partes – pela ilegalidade da cobrança do excedente tarifário, entende-se pertinente que seja examinada a referida questão acessória, uma vez que, caso o Tribunal venha a entender pela possibilidade da cobrança do excedente, há ainda que se verificar se a regulamentação elaborada pela agência se encontra aderente ao arcabouço jurídico.

680. A problemática foi colocada da seguinte forma na instrução precedente (peça 214, p. 61):

295. O *caput* art. 7º do Resolução-ANTT 5.926, de 2/2/2021 (que dispõe acerca das diretrizes de relicitação) estabelece:

Art. 7º Na relicitação, a tarifa de pedágio a ser praticada será a tarifa vigente ou, excepcionalmente, demonstrada a insuficiência desta para conclusão do processo de relicitação, poderá ser fixada por negociação entre as partes.

296. Observa-se da regulamentação interna da agência que o valor de tarifa a ser cobrado durante o termo aditivo de relicitação seria maior ou igual ao previamente vigente, não havendo limite superior para ele.

297. Nota-se, pois, que enquanto o Decreto 9.957/2019 fixa, por meio da definição de “valor excedente” um teto para o pedágio, qual seja o valor da tarifa sem a supressão das obrigações de investimento, a Resolução-ANTT 5.926/2021 se limita a estabelecer um piso, representado pelo valor previamente vigente, não sendo estipulado qual o valor máximo que a tarifa poderia assumir.

298. Assim, nos termos da resolução, não há nada que impeça, por exemplo, que a tarifa de pedágio seja duplicada ou triplicada durante a vigência do termo aditivo de relicitação, superando não apenas o valor necessário para custear a manutenção e a operação da rodovia após a suspensão dos investimentos não essenciais, mas também aqueles correspondentes à proposta apresentada pela concessionária quando do processo licitatório, que inclui todos os investimentos originalmente pactuados (situação nesses moldes foi observada na concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG – Concebra, sob análise no TC 006.189/2022-9, que observou um aumento tarifário de cerca de 130% após a celebração do termo aditivo de relicitação).

681. Em suma, a justificativa trazida nas respostas à oitiva é no sentido de que a ANTT teria autonomia para fixar a tarifa no patamar que entendesse adequado para garantir a viabilidade do processo licitatório.

682. Entende-se equivocado tal posicionamento da agência.

683. Primeiramente, como já mencionado, a relicitação é uma possibilidade trazida pela Lei 13.448/2017 (não é um direito do concessionário), que deve ser executada em observância às

condições fixadas na própria lei, bem como ao restante do ordenamento jurídico. Assim, o processo de relicitação não é um fim a ser alcançado a qualquer custo, tendo limites estabelecidos por normativos legais e infralegais, sob o risco de violar os direitos dos usuários e causar danos ao Poder Concedente.

684. Especificamente quanto ao assunto deste tópico, entende-se que se encontra explicitamente fixado pelo inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 um valor máximo a ser atribuído a tarifa de pedágio durante a relicitação, qual seja, o valor da tarifa sem a supressão das obrigações de investimentos, isto é, o “valor cheio” da tarifa de pedágio. Com a Resolução-ANTT 5.926/2021, a agência ignorou tal limite, ilegitimamente avocando-se a competência irrestrita de fixar a tarifa em qualquer valor que entendesse adequado.

685. Em relação à questão de eventual responsabilização por possíveis ilegalidades praticadas quando da concepção do excedente tarifário, entende-se que a presente instrução não é o instrumento adequado para tratar do tema, uma vez que foi elaborada no bojo da IN-TCU 81/2018, podendo o Tribunal, em momento adequado, caso entenda pertinente, aprofundar-se quanto ao assunto, como, por exemplo, no processo que trata da relicitação da Concebra (TC 006.189/2022-9).

686. Registra-se que nos **comentários dos gestores** (peça 452, p. 27-30), a ANTT manifestou-se contrariamente à proposta de determinação contida no parágrafo precedente. A agência inicia sua manifestação nos seguintes termos (peça 452, p. 27):

A questão tratada neste tópico – excedente tarifário – já foi amplamente discutidas nestes e em outros autos no âmbito do Tribunal e, na visão da Agência, sua solução é fundamental para permitir o prosseguimento dos processos de relicitação em concessões de rodovias, de forma que se reputa importante tentar fazer o Tribunal entender as razões pelas quais a ANTT defende que a manutenção deste mecanismo é condição *sine qua non* para prosseguimento deste e de outros processos de devolução amigável.

687. Foi arguido que haveria “basicamente três fontes possíveis de recursos financeiros para prover o serviço público: receitas tarifárias, aportes dos acionistas (*equity*) e financiamento com credores (dívida)” (peça 452, p. 27). As condições fáticas de uma concessão em processo de relicitação inviabilizariam a obtenção de novos financiamentos junto a terceiros, de modo que os recursos para custear os dispêndios associados a concessão teriam que advir das outras duas fontes, sendo inviável exigir que a totalidade dos recursos fossem originários de aportes dos acionistas

688. Ademais, criticou-se os comparativos realizados no relatório preliminar entre a Via040 e o ASGA, considerando-se que no caso do aeroporto o Poder Público teria aberto mão de significativos valores, tendo deixado de “receber R\$ 8 milhões a título de Contribuição Mensal e 17 milhões a título de Outorga, que juntos correspondem a cerca de 52% do total de receitas operacionais da concessão” (peça 452, p. 28). Nesse sentido, afirmou-se que “tanto nas relicitações de aeroportos quanto de rodovias, os reguladores aplicaram mecanismos para prover fôlego financeiro necessário para continuidade na prestação de serviço” (peça 452, p. 28).

689. Os gestores também argumentam que a proibição do excedente tarifário, na prática, inviabilizaria a celebração de relicitações no setor rodoviário, o que causaria significativo “prejuízo econômico e o número de vidas perdidas” (peça 452, p. 28). Alegou-se que a não arrecadação do excedente tarifário ocasionaria a falta de recursos para a manutenção das rodovias, causando a deterioração do patrimônio da União e, portanto, prejuízos ao Erário.

690. Em relação aos comentários dos gestores quanto ao excedente tarifário, esclarece-se que não deve haver dúvidas que as condições vigentes no contrato de concessão, após a adesão ao mecanismo de relicitação, são mais favoráveis à concessionária do que aquelas aplicáveis anteriormente. Também, é certo que o redesenho do contrato de concessão, com o objetivo de “dar fôlego” ao contrato de concessão deve seguir os ditames legais aplicáveis.

691. Assim, nos termos do inciso II do art. 15 da Lei 13.448/2017, resta claro que é cabível a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo, bem como a alteração das condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria. Portanto, há autorização legal para a supressão de dispêndios em CAPEX e OPEX no curso do processo de relicitação (tais supressões ocorreram no caso da Via040).

692. Por outro lado, não deve haver controvérsias acerca da impossibilidade de se utilizar mecanismos ilegais para aprimorar a possibilidade de “sucesso” de eventual processo relicitatório. Fazendo-se uso de um exemplo meramente hipotético, seriam inconcebível o aporte de recursos público sem autorização orçamentária para viabilizar a continuidade de uma concessão em processo de relicitação, ainda que essa opção fosse, por conjectura, a única solução possível. Defrontado com tal situação, restaria ao gestor declinar a celebração do aditivo de relicitação.

693. Portanto, a questão preliminar examinada, a qual não se entendeu ter a agência provido uma resposta satisfatória, diz respeito a fundamentação legal para a cobrança do excedente tarifário. O Decreto 9.957/2019 (art. 11, III) prevê a existência do excedente tarifário, mas, enquanto normativo infralegal, o decreto não tem o condão de suplantiar os regramentos da Lei 10.233/2001 (art. 24, II e art. 26, § 2º), no que tange a necessária vinculação entre o valor definido para a tarifa e as vantagens obtidas pelos usuários. Ainda mais destoante com o ordenamento jurídico encontra-se a Resolução-ANTT 5.926/2021 (art. 7º), pois estabelece – sem respaldo em lei ou no decreto – que a tarifa vigente durante o aditivo de relicitação seria fixada por negociação entre concessionária e a ANTT, não estando limitada pela tarifa previamente vigente, pela tarifa de leilão ou por qualquer outro parâmetro objetivo pré-estabelecido. O poder ilimitado que a agência se autoconcedeu, quando da regulamentação da relicitação, no sentido permitir-se fixar a tarifa de pedágio em qualquer valor que entender adequado, utilizando-se do excedente tarifário, afronta as regras legais e infralegais que regem a concessão de serviços públicos.

694. De fato, um excedente tarifário ilimitado, conforme concebido pela agência no art. 7º da Resolução-ANTT 5.926/2021, tem o condão de completamente exonerar os controladores de aportar qualquer valor na concessão durante o processo de relicitação, uma vez que a tarifa pode ser fixada no nível estipulado (por acordo entre a agência e o concessionário) como necessário para custear todas os dispêndios incorridos durante a relicitação. Desse modo, para o cumprimento das obrigações do contrato de concessão os controladores fariam uso dos recursos de terceiros (usuários), menos dispendiosos que recursos próprios. Nesse sentido, desonerar os controladores de inserir recursos próprios na concessão, por meio do excedente tarifário, proporciona-lhe um benefício análogo ao de remunerá-los diretamente de forma antecipada. Além disso, quanto maior o excedente tarifário, maiores as possibilidades de que ele supere o montante indenizável associado aos bens reversíveis, ocasionando prejuízo irreparável ao Poder Público.

695. No que tange ao argumento de que eventual vedação à prática do excedente tarifário traria prejuízos ao Erário, entende-se que o racional trazido pela ANTT possui um equívoco conceitual. Isso porque, o eventual dano causado ao pavimento durante a execução do contrato de concessão, em razão da ausência da realização dos serviços necessários para manter a rodovia, não é um prejuízo imputável ao Poder Concedente, mas sim ao próprio concessionário. Assim, caso uma concessionária permita que a rodovia se deteriore – independentemente de estar sendo ou não remunerada pelo excedente tarifário – cabe ao regulador no curso da execução do contrato adotar as medidas de *enforcement* cabíveis, como multas, execução de garantias etc., buscando meios de cobrança da própria empresa.

696. Lembra-se que, em outro caso, a agência entendeu não haver viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação da concessão da Rodovia BR-393/RJ, apresentado pela K-Infra Rodovia do Aço, conforme Deliberação 345, de 17/11/2022 (peça 470). O voto condutor de tal decisão afirmou que não existiriam no pedido da K-Infra “necessidade, pertinência, nem razoabilidade de

instauração do processo de relicitação” (peça 469, p. 11). Assim, a concessionária, manifestamente inadimplente, conforme relato da agência (peça 469, p. 8), continua atualmente a operar a rodovia BR-393/RJ, enquanto se busca uma outra resolução para a situação, possivelmente por meio da caducidade.

697. Não se entende que seria razoável criticar a ANTT por ter rejeitado o pedido de relicitação da K-Infra, imputando-a incalculável “prejuízo econômico e o número de vidas perdidas” (peça 452, p. 28), como a agência indicou que seria resultado da determinação proposta. Uma vez tendo o ente regulador analisando os requisitos técnicos e jurídicos do pedido de relicitação, não se vê óbice para rejeitá-lo motivadamente, inclusive indicando a possibilidade de ações alternativa – no caso da Rodovia do Aço, a agência indicou a possível atuação do Dnit para preservar a rodovia (peça 469, p. 12).

698. Apenas se defende aqui que, para os próximos processos de relicitação, as análises promovidas pela agência sejam realizadas considerando-se a ausência de respaldo no ordenamento jurídico para a cobrança do excedente tarifário, bem as mencionadas consequências danosas de tal instrumento.

699. Do exposto, não se entende que os comentários dos gestores trouxeram razões suficientes para alterar o encaminhamento proposto no relatório preliminar.

III.2.5 Descumprimento de obrigação contratual em relação ao Patrimônio Líquido

700. Por fim, apontou-se na instrução anterior (peça 214, p. 61-67) descumprimento de obrigação contratual constante da Cláusula 24.3, segundo a qual a concessionária não poderia permanecer com patrimônio líquido inferior à terça parte (33,33%) do seu capital social, pois verificou-se que a Via040 apresentou patrimônio líquido inferior a 21% no ano de 2019, em relação ao seu capital social, e negativo nos anos de 2020 e 2021, nos valores de R\$ 116,6 milhões e de 250 milhões, respectivamente.

701. Apesar de a ANTT ter instaurado processos administrativos sancionadores referentes aos anos 2019 e 2020, que poderiam levar a aplicação de multas, verificou-se que a ação da agência se deu somente após questionamento do TCU em diligência. Ademais, apesar da reincidência do descumprimento, não se observou ações no sentido de instaurar processo para a avaliar o cabimento da aplicação de sanção mais gravosa, que eventualmente poderia levar a desclassificação do empreendimento para fins de relicitação.

702. Na instrução precedente indicou-se dois possíveis encaminhamentos para o apontamento:

- a) dar ciência à ANTT que o descumprimento da Cláusula 24.3 do contrato de concessão da Via 040 pode ser objeto de sanção nos termos constantes do Manual de Fiscalização das Concessionárias do Serviço Público de Exploração de Infraestrutura Rodoviária Federal – Aspectos Econômico-Financeiros da agência, aprovado pela Deliberação 459, de 13/12/2017, da Diretoria Colegiada da ANTT (peça 214, p. 65, § 319);
- b) determinar à ANTT a instauração de processo para apurar, respeitando o contraditório e a ampla defesa, o descumprimento reiterado da Cláusula 24.3 do contrato de concessão, bem como avaliar o cabimento do encaminhamento ao CPPI de proposta de desqualificação do empreendimento para fins de relicitação, nos termos das Cláusulas 12.1.2 e 12.3 do 1º Termo Aditivo ao contrato (peça 214, p. 67, § 331);

III.2.5.1 Manifestação da ANTT (peça 235, p. 100-102)

703. Quanto a esse ponto, a agência informou que estaria exercendo sua competência fiscalizadora, como verificado da instauração dos processos administrativos 50500.086732/2021-59 e nº 50500.086806/2021-57. Entretanto, “devido ao rito processual necessário, ainda não foi tomada a decisão de mérito quanto à matéria” (peça 235, p. 101), restando ainda serem esclarecidos aspectos

quanto à tipificação da infração, tendo em vista as previsões do Contrato de Concessão, da Resolução nº 4.071/2013 e do Manual de Fiscalização Econômico-Financeira.

704. Foi noticiado que a Deliberação ANTT 246, de 19 de agosto de 2022, aprovou nova versão do Manual de Fiscalização Econômico-Financeira buscando aprimorar a tipificação da infração decorrente do descumprimento. Nesse sentido, a ANTT estaria atuando com vistas a correta instrução dos processos sancionadores.

705. Todavia, é apresentado o entendimento de que a relevância da cláusula 24.3 restaria diminuída nos casos envolvendo contratos em fase de relicitação, tendo, inclusive, a minuta da terceira norma do Regulamento de Concessões Rodoviárias (atualmente em consulta pública) proposto dispensar a exigência de patrimônio líquido mínimo para concessões qualificadas para relicitação.

706. Concluí nos seguintes termos (peça 235, p. 102):

408. Assim, entende-se que parte da determinação contida no §331 da Instrução Técnica já está sendo cumprida, haja vista que a Agência já instaurou o PAS para apurar a referida infração. Todavia, quanto à proposta de determinação para que a Agência instaure processo para avaliar a possibilidade de desqualificação do empreendimento para fins de relicitação, entende-se inapropriada e não deve ser mantida.

III.2.5.2 Manifestação da Via040 (peça 243, p. 51-52)

707. A concessionária contesta a afirmação de que teria concordado com a exigência de manutenção de patrimônio líquido mínimo quando da celebração do 1º termo aditivo e alegou que já seria de conhecimento de todos a situação patrimonial da Via040 na ocasião. Assim, tal imposição, neste momento, violaria a segurança jurídica.

708. Argui que (peça 243, p. 51):

252. De fato, o inadimplemento de disposições contratuais ou a incapacidade da concessionária de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente é pressuposto para qualificação do empreendimento para fins de relicitação. Se não fosse a incapacidade da Concessionária, o ajuste excepcional não teria nem razão de existir, e as tratativas visando a relicitação perderiam por completo o seu objeto.

709. Nesse sentido, não teria razoabilidade e proporcionalidade exigir da concessionária, em processo de relicitação, a recomposição dos valores do patrimônio líquido. Solicita-se, pois, que o não acolhido do apontamento.

III.2.5.3 Análise

710. Primeiramente, cabe transcrever as cláusulas do contrato original e do termo aditivo que impõe a concessionária a necessidade, mesmo durante o período de relicitação, de manutenção de um patrimônio líquido mínimo de um terço do capital social (peça 14, p. 49 e peça 121, p. 12):

Contrato

24.3 Se houver perdas que reduzam o patrimônio líquido da Concessionária a um valor inferior a terça parte do capital social, **o patrimônio líquido da Concessionária deverá ser aumentado até o valor equivalente, no mínimo, a terça parte do capital social**, em até 4 (quatro) meses contados da data de encerramento do exercício social.

1º Termo Aditivo

14.1. **Ratificam-se as demais disposições constantes do CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO que não tenham sido expressamente alteradas** por esse Termo Aditivo e seus Anexos, ou que não contraponham com o conteúdo deste instrumento.

711. Nesse mesmo sentido, encontra-se o Decreto 9.957/2019, que estabelece a suspensão apenas das obrigações relacionadas a investimento, mantendo-se as demais que não tenham sido expressamente alteradas:

Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente:

(...)

II - as condições de prestação dos serviços objeto do contrato de parceria até a data de início da vigência do novo contrato de parceria, observadas a garantia da continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento;

III - a suspensão, na data da celebração do termo aditivo até a conclusão do processo de relicitação, das **obrigações de investimento** vincendas que não tenham sido consideradas essenciais nos termos do disposto nos § 2º e § 3º do art. 3º; (...)

§ 1º O disposto nos incisos II e III do caput **não implicará a revisão automática de outros termos e condições do contrato de parceria que não tenham sido expressamente disciplinados no termo aditivo.**

712. A despeito das considerações trazidas pela concessionária em resposta à oitiva, acerca da alegada falta de razoabilidade e proporcionalidade da cláusula 24.3, fato é que empresa ratificou seu compromisso com o dispositivo quando da assinatura do 1º Termo Aditivo (por meio da subcláusula 14.1), não cabendo, posteriormente, tentar afastar sua aplicabilidade. Caso a empresa não se considerasse razoável ou proporcional o cumprimento do referido requisito de patrimônio líquido mínimo, tal objeção deveria ter sido tratada previamente a celebração do aditivo.

713. Com relação à atuação da ANTT, relembra-se que a agência instaurou dois processos sancionadores, referentes aos exercícios de 2019 e 2020. Entretanto, por ocasião da instrução prévia destes autos, havia sido verificado que constava, em ambos os processos, posicionamento acerca da inaplicabilidade de sanção à Via040 em razão da suposta ausência de tipificação da infração. Na instrução anterior, argumentou-se que tal entendimento seria equivocado, tendo em vista a previsão de aplicação de sanção contida no Manual de fiscalização dos aspectos econômico-financeiros da ANTT, que, explicitamente, indicava ser a violação da cláusula 24.3 do contrato razão para a cominação de penalidade.

714. Ressalta-se que a versão do referido manual de fiscalização atualmente vigente, aprovada pela Deliberação-ANTT 246/2022, também prevê, especificamente para o caso da Via040, a aplicação de penalidades nos seguintes termos (peça 445, p. 89):

Tabela 11: Escopo das fiscalizações

2. Item de Verificação	O valor do Patrimônio Líquido (PL) do período em análise atende às determinações do Contrato de Concessão?
Método de Verificação	Compara-se o valor do PL da Concessionária ao valor do Capital Social Integralizado do período em análise, a fim de verificar se a eventual desvalorização do PL contraria o mínimo estabelecido pelo Contrato de Concessão.
Fundamentação Legal	a) Item de Verificação: Cláusula 24.3 do Contrato de Concessão 006/2013. b) Penalidades: Cláusula 20.7 do Contrato de Concessão e Art. 10 da Resolução 4.071/2013.
Penalidades	Advertência, multa, suspensão do direito de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública Federal, caducidade.

Fonte: Manual de fiscalização das concessionárias do serviço público de exploração da infraestrutura rodoviária federal (peça 445, p. 89)

715. Do exposto, em decorrência do regular trâmite dos processos administrativos instaurados com vistas a verificação da pertinência da aplicação de sanções, bem como da publicação do novo

Manual de Fiscalização, entende-se que as propostas de deliberações previamente suscitadas não se fazem necessárias.

716. Entretanto, concluiu-se no relatório preliminar destes autos que seria fonte de preocupação a informação trazida pela ANTT no sentido da alteração regulamentar, a ser promovida pela terceira norma do Regulamento de Concessões Rodoviária, que dispensaria as concessões em processo de relicitação da manutenção de Patrimônio Líquido mínimo, uma vez que isso representaria um significativo risco de o Poder Concedente não vir a recuperar eventuais créditos que lhe sejam de direito. Foi então indicada uma proposta de determinação no sentido de que, em futuros processos de relicitação, fossem impostas exigências econômico-financeiras das concessionárias tendentes a resguardar eventuais créditos do Poder Concedente.

717. Nos **comentários dos gestores** ao relatório preliminar, a agência afirmou que “é meritória e deve ser atacada a preocupação da SeinfraRodoviaAviação com a capacidade de a concessionária ser capaz de arcar com eventuais valores devidos ao Poder Público após o término do processo de devolução amigável do ativo” (peça 452, p. 31). Entretanto, destacou seu entendimento no sentido de que “a manutenção de um patamar de Patrimônio Líquido mínimo pode ser inviável em um processo de relicitação” (peça 452, p. 31). Afirmou-se também que a manutenção de outro indicador contábil potencialmente tornaria inviável no processo de devolução amigável. Nesse sentido, a forma de mitigar o risco seria tentar obter garantias do acionista ou de outros operadores para arcar com eventuais prejuízos futuros. Assim, a agência sugere que o Tribunal venha deliberar nos seguintes termos quanto ao tema (peça 452, p. 31):

recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, negocie com os parceiros privados a incorporação de cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após a extinção dos contratos de parceria.

718. Entende-se, na essência, pertinentes as considerações trazidas pelos comentários dos gestores, no sentido de que, durante o processo de relicitação, seria mais efetivo, para o atingimento do propósito de mitigar riscos ao patrimônio público, buscar-se garantias dos controladores da concessão no lugar de estabelecer requisitos acerca do Patrimônio Líquido da SPE. Com vistas a maior efetividade da eventual deliberação desta Corte, propõe-se uma determinação no lugar de recomendação.

719. Cabe propor **determinar à ANTT que, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, incorpore cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após a extinção dos contratos de parceria, de forma a mitigar o risco de que o resultado final do processo relicitatório se observe uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente, em inobservância ao art. 10 da Lei 8.987/1995.**

IV) COMENTÁRIOS DOS GESTORES

720. Em face do disposto no §§ 8º e 9º do art. 7º da IN 81/2018, em 16/12/2022, o relatório de mérito preliminar desta fiscalização (peça 473) foi encaminhado à ANTT por correspondência eletrônica, com vistas a oportunizar ao órgão gestor apresentar contribuições adicionais ao exame do processo de desestatização, bem como as deliberações propostas. Após solicitações de prorrogações de prazo (peças 448 e 450), a agência encaminhou seus comentários (peça 452).

721. Como vistas a melhor examinar as contribuições trazidas pela agência, o capítulo “Comentários dos gestores”, assim como o restante deste relatório, encontra-se dividido em duas

partes, referentes ao novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ e ao encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG.

IV.1. Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ (peça 452, p. 2-7)

722. Dos cinco apontamentos constantes do relatório preliminar relativos ao novo processo de desestatização, a ANTT não se opôs a que fossem mantidas três das propostas de determinações então aventadas (a.1.1, a.1.2 e a.1.4). Para a proposta de determinação constante do item a.1.5, a agência indicou que já havia promovido as correções pertinentes, tendo encaminhado nova versão do PER (peça 453). Quanto ao item a.1.3, os comentários dos gestores trouxeram esclarecimentos defendendo que a proposta de deliberação quanto ao tema deveria ser uma recomendação, no lugar da determinação aventada no relatório preliminar. Concordou-se aqui com as razões trazidas pelo gestor quanto ao item a.1.3, de modo que o presente relatório já incorpora a modificação sugerida.

723. Os comentários dos gestores, e respectivas análises, em relação ao tópico “Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ” encontram-se resumidos na tabela a seguir:

Tabela 12: Propostas de deliberação do relatório preliminar – Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ

Item	Proposta de deliberação preliminar	Posicionamento do gestor	Proposta de encaminhamento
a.1.1	determinar que, no cálculo do montante associado ao excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente, em respeito ao inciso III, art. 11, Decreto 9.957/2019 e à cláusula 5.4 do 1º aditivo ao contrato de concessão da Via040; (peça 473, p. 127)	Concordância. O gestor manifestou-se favoravelmente a manutenção da determinação. (peça 452, p. 3)	Entende-se pertinente manter a determinação previamente proposta e acrescentar dispositivo à deliberação, em decorrência de fato ocorrido após a elaboração do relatório preliminar, conforme item III.1.1.1.
a.1.2	determinar que ajuste o valor mínimo do Fator de Reclassificação Tarifária, constante da subcláusula 19.3.4.i da minuta contratual, alterando o valor inferior do intervalo de variação de 0,18 para 0,16, de modo a adequá-lo ao regramento previsto na subcláusula 19.3.5 da minuta contratual; (peça 473, p. 127)	Concordância. Foi informado que a questão já havia sido previamente identificada em outro processo concessório, que atualmente encontra-se em audiência pública. (peça 452, p. 3)	Entende-se pertinente manter a determinação previamente proposta, conforme item III.1.2.1.
a.1.3	determinar que ajuste a subcláusula 22.2.4 da minuta contratual de modo a identificar inequivocamente as circunstâncias nas quais alterações jurisprudências possam ser consideradas como risco do Poder Concedente, com vista a dotar o futuro contrato de regramento claro quanto aos direitos e obrigações de cada parte, em respeito ao inciso X, art. 35, Lei 10.233/2001 e	Concordância parcial. Foram prestados esclarecimentos adicionais quanto ao assunto, tendo sido sugerido converter a determinação em recomendação. (peça 452, p. 3-5)	Entende-se pertinentes os motivos expostos na manifestação dos gestores, de forma que cabe propor recomendação quanto ao tema. A citada recomendação consta da versão final do relatório, conforme

Item	Proposta de deliberação preliminar	Posicionamento do gestor	Proposta de encaminhamento	Fonte : elaboração própria
	inciso V, art. 23, Lei 8.987/1995; (peça 473, p. 127)		item III.1.2.2.	
a.1.4	determinar que ajuste o Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita de modo a não permitir que a futura concessionária venha a receber os valores correspondentes à conclusão das obras abrangidas pela reclassificação tarifária, sem que essas estejam efetivamente finalizadas e abertas ao tráfego, em consonância com a subcláusula 19.3 da minuta contratual; (peça 473, p. 127)	Concordância. A agência informou que ainda estaria em estudo as possíveis soluções para a problemática, tendo manifestando-se favoravelmente a proposta de determinação. (peça 452, p. 5-6)	Entende-se pertinente manter a determinação previamente proposta, conforme item III.1.2.3.	IV.2. Do encerramento do contrato vigente –
a.1.5	determinar que ajuste o PER detalhando quais os segmentos do trecho concedido classificados em “Pista Simples” e “Pista Simples (Multivias)”, de modo que o certame adequadamente especifique seu objeto, em respeito ao inciso I, art. 18, Lei 8.987/1995. (peça 473, p. 127)	Concordância. Foi informado que se realizou ajustes no PER para contemplar as correções pertinentes, não subsistindo razões para a deliberação. (peça 452, p. 7)	Entende-se saneado o apontamento, como se observa da nova versão do PER (peça 453, p. 6-8). A proposta de determinação foi suprimida da versão final do relatório.	BR-040/DF/GO/MG (peça

452, p. 7-31)

724. Em relação ao encerramento da concessão da Via040, a agência inicia sua manifestação brevemente recapitulando o histórico do processo e ressaltando sua importância para os demais procedimentos de relicitação, nos setores rodoviário e aeroviário.

725. É trazida tabela contendo a estimativa mais atual do valor líquido a ser indenizado à concessionária, totalizando cerca de R\$ 122 milhões:

Figura 10: Estimativa da ANTT acerca do valor a ser ressarcido à concessionária

Item	Valor (R\$)	Processo
Investimentos em bens Reversíveis (Produto 2C)	R\$ 927.519.557	50500.004336/2021-11 (doc. SEI 12836409)
(-) Excedente tarifário	R\$ 655.411.610	50500.022464/2020-66 (doc. SEI 14061078)
(-) Multas TAC	R\$ 149.741.817	50500.152014/2022-69 (doc. SEI 14788439)
Total	R\$ 122.366.130	

Fonte: comentários dos gestores – ANTT (peça 452, p. 8)

726. Registra-se, como já mencionado no item “III.2.3.1.3”, que o abatimento relativo a “Multas TAC”, indicado nos comentários dos gestores no montante de R\$ 149.741.817, tinha por estimativa R\$ 535.418.000 quando da elaboração do relatório preliminar. Em razão disso, no referido relatório havia se concluído que não existiria valor líquido a ser ressarcido a Via040 quando do encerramento da concessão, ainda que não fossem implementadas as proposições de determinações trazidas no relatório (peça 473).

727. De todo modo, a manifestação mais recente da ANTT, já considerando a estimativa mais atual do valor do item “Multas TAC”, conclui que haveria uma importância de cerca de R\$ 122 milhões a serem pagos à concessionária. A agência traz cálculos estimando que caso os apontamentos

constantes do relatório preliminar Unidade Técnica do Tribunal fossem acolhidos, o saldo a ser indenizado seria negativo, no valor de aproximadamente R\$ 377 milhões (peça 452, p. 8).

728. Prosseguiram os gestores afirmando (peça 452, p. 8):

Feito o relato das estimativas de indenização em diferentes cenários – com e sem as propostas de determinação do relatório preliminar – é importante ainda ressaltar dois aspectos que deveriam perpassar toda a discussão nestes autos: (i) a finalidade do processo de relicitação previsto na Lei 13.448/2017; e (ii) os impactos das propostas da unidade técnica do TCU no atingimento do fim almejado pelo referido diploma legal.

729. Quanto ao primeiro aspecto, destaca-se que a finalidade da lei de relicitação seria garantir “em, qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento” (peça 452, p. 8). Nesse sentido, apontou-se que o relatório preliminar apresentado se focou apenas na indenização devida à concessionária, não sendo realizados os exames pertinentes em relação à aspectos concernentes ao risco à continuidade do serviço público e à segurança dos usuários.

730. Assim, não obstante a agência reconhecer a relevância do cálculo correto da indenização dentro do processo relicitatório, argumentou-se que “não se pode perder de vista que o principal objetivo da relicitação é permitir a devolução amigável de uma concessão altamente inadimplente (falida), de forma a possibilitar a escolha de outro parceiro privado capaz de garantir o serviço público adequado” (peça 452, p. 8).

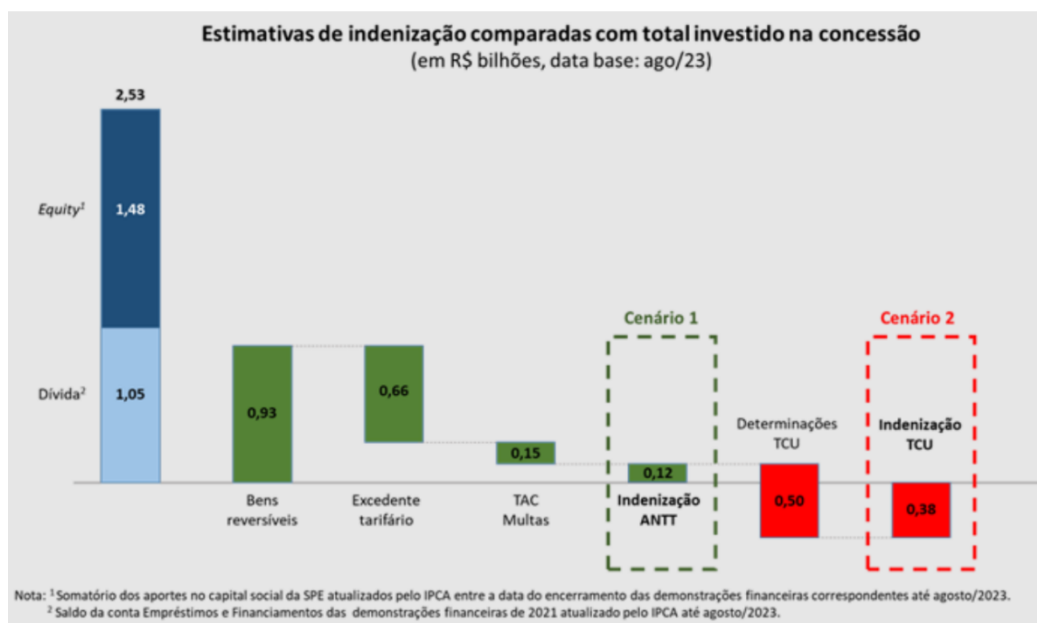
731. Nessa esteira, são tecidas críticas ao relatório preliminar, uma vez que o documento não teria procedido a análise (ou a teria realizado de forma superficial) dos argumentos trazidos pela agência relativos acerca das consequências práticas das propostas de encaminhamento e das dificuldades reais enfrentadas pelos gestores na condução do processo de relicitação. Assim, não poderia a Unidade Técnica do TCU (peça 452, p. 9):

se furtar de analisar os efeitos negativos de suas propostas de encaminhamento expressamente apontados pelo gestor ou desconsiderá-los com alegações genéricas, por ofensa direta aos já citados arts. 20 e 22 da LINDB, bem como aos normativos do próprio Tribunal, a exemplo da sua Resolução-TCU 315/2020 (...)

O que se solicita ao TCU é tão somente que, para cada uma das suas propostas, seja feita uma avaliação dos impactos nos riscos ao princípio da economicidade e modicidade tarifária (foco exclusivo das análises até então) e nos riscos à continuidade do serviço público e à segurança dos usuários (ignorados até agora). Somente a partir dessa abordagem será possível identificar se a proposta de deliberação da SeinfraRodoviaAviação atende o previsto no art. 15 da Resolução-TCU 315/2020.

732. Com vistas a demonstrar o conservadorismo dos procedimentos adotados pela ANTT no cálculo da indenização é trazida a seguinte figura.

Figura 11: Estimativas de indenização de acordo com a ANTT



Fonte: comentários dos gestores – ANTT (peça 452, p. 9)

733. O valor líquido a ser ressarcido à concessionária encontra estimado em R\$ 0,12 bilhão, o que corresponderia a “menos do que 5% do total do capital investido na concessão (dívida + equity), de forma que o acionista não receberá nada pelo capital investido e os credores receberão apenas cerca de 11% do crédito” (peça 452, p. 9). Mencionou-se, ainda, que tal indenização acarretaria uma tarifa-teto 2% maior que aquela a ser obtida no cenário de indenização zero.

734. Comparou-se a pequena materialidade do impacto tarifário com o risco de as determinações listadas no relatório preliminar prejudicarem o processo de relicitação (peça 452, p. 9-10):

Sob outro prisma, a adoção das deliberações propostas aumenta de forma significativa o risco à continuidade e à segurança dos serviços, pois altera os termos pactuados no termo aditivo (ex.: adoção do CAT na tarifa calculada), estabelecem novas interpretações para o cálculo de indenização (ex.: exigência de projetos executivos para Trabalhos Iniciais, e fixação de limite com base no ativo intangível após impairment) e questionam o mérito do julgamento profissional dos verificadores independentes (ex.: glosa de investimentos específicos em recuperação).

(...)

Dessa forma, quando se rompe o vínculo consensual – i.e. alteram-se unilateralmente as cláusulas do termo aditivo e interfere-se no processo de cálculo de indenização conduzido pela Agência –, mesmo que seja considerado irregular ou inadequado pelo TCU, haverá o retorno à disputa judicial e arbitral e, invariavelmente, impedirá a continuidade do novo processo licitatório.

735. O posicionamento da agência quanto a esse aspecto pode ser resumido no quadro a seguir:

Figura 12: Avaliação dos impactos das propostas de determinação e risco associados, de acordo com a ANTT

	Risco à economicidade e à modicidade tarifária	Risco à continuidade e à segurança dos serviços
Indenização ANTT (Cenário 1)	BAIXO	BAIXO
Indenização Seinfra/TCU (Cenário 2)	BAIXO	ALTO

Fonte: comentários dos gestores – ANTT (peça 452, p. 10)

736. Após essas considerações iniciais, passam os comentários a tratarem individualmente das deliberações então propostas no relatório preliminar. Os argumentos específicos trazidos pelos gestores já se encontram incorporados na versão final do relatório, aqui apresentada. O sumário dos posicionamentos apresentados pelos gestores, bem como a indicação do encaminhamento final, encontra-se na tabela a seguir.

Tabela 13: Propostas de deliberação do relatório preliminar – Do encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG

Item	Proposta de deliberação preliminar	Posicionamento do gestor	Proposta de encaminhamento
a.2.1	determinar que restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente estejam aderentes a condições equitativas de mercado, particularmente em relação aos dispêndios associados ao item “Trabalhos Iniciais” que, até o momento (Produto 2C do Verificador Independente), estão sendo validados como indenizáveis sem que sejam observados os normativos vigentes, uma vez que: a) não consta como identificado o projeto de engenharia no qual o bem foi ativado, em infração ao inciso VI, art. 3º, Resolução-ANTT 5.860/2019; b) não foi realizado o comparativo entre os custos da base contábil e o orçamento que seria obtido dos sistemas de referências, de modo que não se procedeu a avaliação acerca da aderência do valor registrado no ativo às condições equitativas de mercado do ativo, em infração ao inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019. (peça 473, p. 127-128)	Discordância. O gestor manifestou-se contrariamente à manutenção da determinação, tendo sido proposta determinação diversa (peça 452, p. 11-13).	Acolhe-se, em parte, os argumentos trazidos pela agência, sendo proposto substituir a deliberação previamente aventada por outra determinação, conforme item III.2.2.1.4.
a.2.2	determinar que adote providências para que a indenização relativa aos Trabalhos Iniciais do pavimento não contemple os dispêndios realizados nos 82 km da BR-040/MG nos quais o terceiro termo aditivo ao contrato de concessão estabeleceu o limite de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI) de 6,0 m/km, uma vez que o recebimento dos Trabalhos Iniciais estava condicionado a um IRI de 4,0 m/km, em observância ao inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019. (peça 473, p. 128)	Discordância parcial. O gestor, a despeito de concordar o mérito da questão, manifestou-se contrariamente à manutenção da proposta de deliberação, alegando-se que se tratava de uma determinação visando o mero cumprimento da lei.	Acolhe-se, em parte, os argumentos trazidos pela agência, sendo proposto substituir a deliberação previamente aventada por outra determinação, conforme item III.2.2.1.4.
a.2.3	determinar que não inclua como investimentos em bens reversíveis, os	Discordância. O gestor entende não existir a	É proposto ajustar a determinação

Item	Proposta de deliberação preliminar	Posicionamento do gestor	Proposta de encaminhamento
	dispêndios realizados em sinalização horizontal e vertical durante a fase de “Recuperação”, uma vez que não restou evidenciado, no prazo contratualmente previsto, o efetivo estabelecimento dos parâmetros de desempenho correspondentes, que deveriam estar associados à real recuperação da rodovia, em respeito ao disposto na Lei 13.448/2017, art. 17, § 1º, VII, na Resolução-ANTT 5.860/2019, art. 2º, IX, no Parecer 170/2019/COINFMG/URMG e no item 3.1.2 do Programa de Exploração da Rodovia; (peça 473, p. 128)	impropriedade apontada, de modo que não caberia determinação quanto ao assunto.	constante do relatório preliminar, de modo a endereçar de forma mais específica as falhas observadas, conforme item III.2.2.2.3.
a.2.4	determinar que considere, quando da definição de eventual valor a ser ressarcido a título de indenização pelos bens reversíveis, a necessidade de se recuperar as receitas previamente auferidas em relação a investimentos não executados, seja utilizando o Coeficiente de Ajuste Temporal – CAT, conforme a Resolução-ANTT 5.850/2019, ou outro mecanismo que venha a sucedê-lo, em respeito à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, positivada na Lei 8.987/1995, §§ 2º e 4º do art. 9º e caput do art. 10; (peça 473, p. 128)	Discordância. Os gestores trouxeram argumentos visando descaracterizar o apontamento, tendo sido proposta a exclusão da determinação aventada.	Acolhe-se, em parte, os argumentos trazidos pela agência, sendo proposto substituir a deliberação previamente aventada por outra determinação, conforme item III.2.3.3.3.
a.2.5	determinar que promova, por ocasião da fixação definitiva do valor reconhecido do ressarcimento associado à indenização pelos bens reversíveis, caso não haja impedimentos judiciais ou arbitrais, o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017; (peça 473, p. 128)	Discordância parcial. O gestor, a despeito de concordar o mérito da questão, manifestou-se contrariamente à manutenção da proposta de deliberação, alegando-se que se tratava de uma determinação visando o mero cumprimento da lei.	É proposto manter a determinação, tendo em vista não se tratar de mero cumprimento da lei, mas sim de orientar sua aplicação em um caso concreto, conforme item III.2.3.4.2.
a.3.1	determinar que se abstenha de aceitar um valor, a título da indenização prevista inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017, que supere o valor do ativo intangível constante dos registros contábeis da Sociedade de Propósito Específico da concessão, após amortização e redução ao valor recuperável, em respeito aos normativos societários, inciso II do § 3º do art. 183	Discordância. Os gestores trouxeram argumentos visando descaracterizar o apontamento, tendo sido proposta a exclusão da determinação aventada.	É proposto excluir a determinação previamente aventada, à luz das considerações trazidas pelos gestores em sua manifestação, conforme item III.2.1.4.

Item	Proposta de deliberação preliminar	Posicionamento do gestor	Proposta de encaminhamento
	da Lei 6.404/1976, e contábeis, itens 17, 26 e EI14 do ICPC 01 c/c o item 74 do CPC 04 c/c a alínea “a” do item 10 do CPC 01; (peça 473, p. 128)		
a.3.2	determinar que se abstenha de usar os custos médios gerenciais do DNIT como base referência para aferição da equidade em relação aos valores de mercado de eventuais montantes apurados em associação a investimentos indenizáveis, restringindo-se a utilizar instrumentos hábeis à tal finalidade, a exemplos de projeto de engenharia e da orçamentação pelo SICRO, em atendimento ao art. 9º, §§ 2º e 4º e art. 10 da Lei 8.987/1995, e aos Acórdãos 1.473/2017-TCU-Plenário, 2.175/2019-TCU-Plenário e 290/2018-TCU-Plenário; (peça 473, p. 128)	Discordância parcial. O gestor reconhece a pertinência de se aprimorar os procedimentos de avaliação do montante indenizável frente às condições de mercado, mas entende inadequada a proposta de deliberação contida no relatório preliminar, sugerindo determinação alternativa.	Acolhe-se, em parte, os argumentos trazidos pela agência, sendo proposto substituir a deliberação previamente aventada por outra determinação, conforme item III.2.2.3.3.
a.3.3	determinar que proceda, entre outras verificações pertinentes, para os principais itens – a exemplo da recuperação, da construção das praças de pedágio e da implantação de pistas duplicadas – a conferência do valor indenizável com base no exame crítico dos projetos executivos e <i>as built</i> , compreendendo a análise dos custos apresentados e a verificação acerca da efetiva execução dos serviços descritos, utilizando-se dos meios que se fizerem necessários, como auditorias ou perícias de engenharia, em observância ao disposto no arts. 9º, §§ 2º e 4º e art. 10 da Lei 8.987/1995, e nos arts. 19 e 17 da Lei 13.448/2017 (peça 473, p. 128-129)	Discordância. Os gestores trouxeram argumentos visando descaracterizar a pertinência da determinação propostas, sugerindo a sua exclusão.	Acolhe-se, em parte, os argumentos trazidos pela agência, sendo proposto substituir a deliberação previamente aventada por outra determinação, conforme item III.2.2.4.3.
a.3.4	determinar que considere, em futuros processos de relotações, para o cômputo da tarifa, a necessidade de se recuperar as receitas previamente auferidas em relação a investimentos não executados, seja utilizando o Coeficiente de Ajuste Temporal – CAT, conforme a Resolução-ANTT 5.850/2019, ou outro mecanismo que venha a sucedê-lo, em respeito à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, positivada na Lei 8.987/1995, §§ 2º e 4º do art. 9º e caput do art. 10; (peça 473, p. 129)	Discordância. Os gestores trouxeram argumentos visando descaracterizar a pertinência da determinação proposta, sugerindo a sua exclusão.	Acolhe-se, em parte, os argumentos trazidos pela agência, sendo proposto substituir a deliberação previamente aventada por outra determinação, conforme item III.2.3.3.3.

Item	Proposta de deliberação preliminar	Posicionamento do gestor	Proposta de encaminhamento	Fonte : elaboração própria
a.3.5	determinar que se abstenha de pactuar novos termos aditivos de contratos de concessão de rodovias federais que autorizem a cobrança de tarifas de pedágio em valores que excedem àqueles calculados como adequados para remuneração pelos serviços prestados, em respeito ao inciso II do art. 24 e ao § 2º do art. 26, da Lei 10.233/2001; (peça 473, p. 129)	Discordância. Os gestores trouxeram elementos visando defender a prática do excedente tarifário, tendo sido proposta a exclusão da determinação aventada.	É proposto manter a determinação , tendo em vista que os argumentos trazidos não descaracterizaram a irregularidade apontada, conforme itens III.2.4.1.3 e III.2.4.2.3.	737. ara além das propostas específicas de encaminhamento, entende-se pertinente tecer considerações adicionais acerca da argumentação de caráter mais geral trazida nos comentários
a.3.6	determinar que mantenha, em futuros processos de relicitação, exigências econômico-financeiras das concessionárias tendentes a resguardar eventuais créditos do Poder Concedente, a exemplo dos requisitos relativos ao um patamar mínimo de Patrimônio Líquido, adotando mecanismos de <i>enforcement</i> efetivos, de forma a mitigar o risco de que o resultado final do processo relicitatório culmine em uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente, em inobservância ao art. 10 da Lei 8.987/1995; (peça 473, p. 129)	Discordância parcial. O gestor reconhece a pertinência de mecanismos para resguardar eventuais créditos do Poder Concedente após o término do processo de relicitação; entretanto, entende inadequada a proposta de deliberação contida no relatório preliminar, sugerindo, no seu lugar a emissão de uma recomendação.	Acolhe-se os argumentos trazidos pela agência, divergindo-se apenas quanto a proposta de deliberação, pois se entende que a maior efetividade de eventual decisão do TCU se daria pela proferição de uma determinação , no lugar de uma recomendação, conforme item III.2.5.3.	
b	dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 9º, I, de que a não regulamentação da metodologia de apuração e cálculo dos montantes a serem abatidos do valor associado aos bens reversíveis, previstos no art. 15, § 2º, da Lei 13.448/2017 e no art. 11, inciso I, do Decreto 9.957/2019, constitui transgressão ao dever da agência de calcular corretamente a importância a ser ressarcida à concessionária no processo de relicitação, conforme disposto no art. 17, § 1º, inciso VII, da Lei 13.448/2017 e no caput do art. 11 do Decreto 9.957/2019, de forma tendente a majorar o valor líquido a ser pago à concessionária. (peça 473, p. 129)	Não houve manifestação quanto a proposta de deliberação.	Mantém-se a proposta de determinação, conforme item III.2.3.2.3.	

os dos gestores, particularmente a arguição de que as manifestações da Unidade Técnica do TCU no presente processo não teriam considerado as consequências práticas das determinações propostas, em especial quanto riscos à continuidade do serviço público e à segurança dos usuários.

738. Com vista a melhor esclarecer esse ponto, rememora-se que, em relação ao encerramento do contrato da Via040, o “Exame Técnico” do relatório preliminar encontrava-se dividido em cinco capítulos (peça 473, p. 3-5):

- a) “III.2.1 Resolução ANTT 5.860/2019”;
- b) “III.2.2. Validação dos investimentos para fins de indenização”;
- c) “III.2.3. Dos montantes a serem deduzidos no cálculo da indenização”;
- d) “III.2.4. Do excedente tarifário”;
- e) “III.2.5 Descumprimento de obrigação contratual em relação ao Patrimônio Líquido”.

739. Para os **itens ‘a’ e ‘e’**, os argumentos específicos em relação às questões, trazidos em sede de comentários dos gestores, foram o suficiente para alterar o entendimento quanto ao mérito dos apontamentos, de modo que os encaminhamentos propostos nesta versão final do relatório encontram-se, em essência, alinhados com a condução que a agência entende adequada. Nesse sentido, os itens ‘a’ e ‘e’ encontram-se associados às propostas de determinação a.3.1 e a.3.6 da Tabela 13, respectivamente. Assim, não se fazem necessárias considerações adicionais quanto a esses quesitos.

740. Os **itens ‘b’ e ‘c’** trazem propostas de determinações que visam correções de alegadas falhas nos cálculos, ainda preliminares, dos valores da indenização pelos bens reversíveis e dos seus abatimentos, respectivamente. Não se vislumbra como a realização de cálculos mais precisos do montante a ser ressarcido à concessionária pudesse causar efeitos negativos aos usuários ou à União. Impedir que se pague um montante equivocadamente majorado à concessionária atual quando da transição para a nova concessão em nada prejudica os serviços prestados aos usuários (atuais ou futuros), mas, ao contrário, contribuirá para a modicidade tarifária das próximas concessões.

741. Em suma, a ANTT alegou que eventual atuação desta Corte que levasse à diminuição do valor a ser indenizado à concessionária atual ocasionaria a alteração do “risco à continuidade e à segurança dos usuários” de nível de “baixo risco” para o nível de “alto risco”, em decorrência de que as deliberações desta Corte poderiam ser contestadas junto ao judiciário/arbitragem pela concessionária causando a paralisia do processo de relicitação.

742. Não há elementos que demonstrem a plausibilidade da preocupação externada pelos comentários dos gestores de que eventuais determinações exaradas pelo TCU – para o exato cumprimento da lei, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal e do art. 45, *caput*, da Lei 8.443/1992 – que levem a ANTT a promover correções nos cálculos do valor a ser ressarcido à concessionária possam incrementar o risco do insucesso do processo de relicitação.

743. Primeiramente, ressalta-se que atribuição do TCU para a atuação nos processos de relicitação, além de decorrer de suas competências institucionais, encontra-se expressamente prevista no art. 19 da Lei 13.448/2017, cabendo-lhe, inclusive, o exame do cálculo dos valores que compõem a indenização dos valores eventualmente devidos à título de indenização pelos bens reversíveis.

744. Frente às competências desta Corte, é incorreta a sugestão de que este Tribunal de Contas deveria deixar de exarar alguma determinação de medida corretiva, para a qual tenha formado convicção quanto ao mérito, por receio de que eventual decisão judicial/arbitral, hipoteticamente no futuro, pudesse ser proferida em sentido contrário ao entendimento do TCU. Aceitar tal proposição seria equivalente à renúncia pelo Tribunal de suas competências legais e constitucionais.

745. Certamente, já se observou no passado decisões conflitantes sobre o mesmo objeto entre o TCU e o Poder Judiciário (ou o juízo arbitral). Tal situação deve ser enfrentada de acordo com as particularidades de cada circunstância, considerando-se a independência das esferas, de modo que os órgãos/entidades envolvidos executem seus atos harmonizando as diversas deliberações. Supostamente, em um caso extremo, no qual alguma decisão do TCU tenha seu cumprimento inviabilizado por uma decisão judicial, exarada pelo juízo competente, o que se observaria seria a continuação dos procedimentos em condições diversas daquelas que esta Corte considerou como adequadas, e não a paralisação do processo.

746. De todo modo, voltando-se ao caso concreto, no qual se discute o valor da indenização a ser pago à atual concessionária, entende-se não existirem, nem mesmo em tese, fundamentos para eventual questionamento, judicial ou arbitral, da concessionária quanto ao montante a lhe ser pago quando previamente à devolução do trecho. Por força do aditivo contratual que iniciou o processo de relicitação, celebrado entre a ANTT e a Via040, eventuais contestações quanto ao valor da indenização definido pela ANTT só poderiam ocorrer após a assunção da rodovia pela nova concessionária e pelo Poder Público.

747. O 1º aditivo ao contrato estabelece os conceitos de “valor reconhecido” e “valor controverso” da indenização (peça 121, p. 2):

(v) VALOR RECONHECIDO: valor reconhecido pela ANTT e que deverá ser pago antes do início do NOVO CONTRATO DE CONCESSÃO, o qual abarca a indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (subcláusula 9.1), com os descontos previstos no art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, relativos às multas (subcláusula 9.2) e ao valor excedente da receita tarifária (subcláusula 5.4);

(vi) VALOR CONTROVERSO: valor sobre o qual Concessionária e ANTT discordam e que deverá ser pago após decisão arbitral ou advinda de outro mecanismo de resolução de controvérsia; e

748. O “valor reconhecido” corresponde à importância calculada pela agência no exercício de suas atribuições constantes da Lei 13.448/2017 e do Decreto 9.957/2019. Eventuais discordâncias, por parte da concessionária, quanto ao valor reconhecido – sejam elas apresentadas por via judicial ou arbitral – devem ser resolvidas quando do cálculo do valor “controverso”, sendo que a Via040 faz jus a receber previamente a devolução da concessão apenas o montante fixado pela agência, que se encontra vinculada a eventuais decisões do TCU. Nos termos do aditivo de relicitação (peça 121, p. 2):

9.3. As Partes convencionam, nos termos do inciso XV do art. 8º do Decreto nº 9.957/2019, que o VALOR RECONHECIDO da indenização será pago pelo FUTURO CONTRATADO, conforme será previsto no edital da relicitação, constituindo condição para o início da vigência do NOVO CONTRATO DE CONCESSÃO, nos termos do art. 15, §3º, da Lei nº 13.448/2017 e art. 11, §2º, do Decreto nº 9.957/2019.

9.4. Eventual VALOR CONTROVERSO da indenização e demais haveres e deveres decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, em conformidade ao previsto no §2º do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, serão apurados e pagos posteriormente.

749. Portanto, independentemente da existência ou não de decisões do TCU no sentido de que a agência adote medidas para a correção no cômputo do “valor reconhecido”, a contestação deste, nos termos do 1º aditivo contratual, ocorreria em juízo arbitral em momento posterior à transição para o novo operador.

750. Reforça-se o já defendido neste relatório no sentido de que, como explicitamente enunciado no art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, cabe a ANTT a responsabilidade pelo cálculo da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Não há óbice para que agência contrate terceiros para lhe auxiliar nesta tarefa. Todavia, caso esses terceiros produzam documentos em inobservância aos normativos da ANTT que regem o tema, cabe a agência não aceitar tais documentos, inclusive procedendo eventuais glosas de valores a serem pagos à empresa contratada, em decorrência da execução de serviço em desconformidade com o pactuado.

751. Como exemplo desta situação, tem-se o fato de o Verificador Independente ter, até o Produto 2C, considerado como indenizáveis os montantes associados aos itens de sinalização e segurança na fase de recuperação. Como demonstrado no item “III.2.2.2”, os cerca de R\$ 30 milhões validados pelo Verificador neste quesito, incluíram serviços que a própria agência considerou não executados (como sinalização horizontal), além de não se ter procedido a análise da equidade dos

valores contratados em relação aos preços de mercado. Constatou-se, pois, a execução de serviços pelo Verificador Independente em desconformidade com Resolução-ANTT 5.860/2019, de modo que, independentemente da existência ou não de determinação do TCU, cabe à agência exigir de seu contratado o estrito cumprimento do normativos aplicáveis.

752. Por certo, não há como descartar que a concessionária tente por via judicial/arbitral causar embaraços adicionais ao término do processo de relicitação, ainda que não entenda haver respaldo contratual ou legal para isso. Entretanto, deve ficar claro que eventual possibilidade de sucesso da ação da empresa nesse sentido não se encontra condicionada à atuação do TCU nestes autos.

753. Portanto, quanto a esse ponto, entende-se desprovida de razoabilidade a alegação de que a eventuais determinações do TCU pudessem levar a um “alto risco” à continuidade e à segurança dos serviços públicos.

754. Para o **item ‘d’**, mencionado no § 738, foi indicada no relatório preliminar – e mantido no relatório final – a proposta de determinação no sentido de que, para os próximos processos de relicitação, não se utilizasse do excedente tarifário. Os detalhes do exame desta questão encontram-se no item “III.2.4”.

755. Em suma, alega a ANTT que vedação ao excedente tarifário viria a inviabilizar a início de novos processos de relicitação. Daí conclui que a proposta de determinação citada traria significativos prejuízos aos usuários e ao Poder Concedente, pois os resultaria em uma rodovia em piores condições de manutenção e menos segura.

756. Essa questão já foi abordada no “III.2.4”, tendo-se pontuado que a defesa da agência do excedente tarifário parte de premissa equivocada de que se trataria de um instrumento com embasamento legal, de modo que caberia ao gestor discricionariamente decidir utilizá-lo. Ocorre que há, por força da Lei 10.233/2001, vinculação entre a tarifa paga pelos usuários e o benefício auferido, o que seria quebrada pelo excedente tarifário. Ademais, a Lei 13.448/2017 veda o pagamento antecipado de indenizações no processo de relicitação, sejam elas pagas pelos próprios usuários (como é caso do excedente tarifário) ou de outra forma.

757. Não obstante se considerar ilegal a aplicação do excedente tarifário, especialmente na forma como regulamentado pela Resolução-ANTT 5.860/2019, não se furtou do exame das consequências práticas de eventual determinação do TCU que viesse a vedar sua utilização.

758. Nesse sentido, afirmou-se que a vedação ao pagamento do excedente tarifário representaria a proteção aos recursos públicos, pois a sistemática consiste em continuamente remunerar a concessionária em montantes a serem futuramente abatidos da indenização sem que se saiba qual o valor total de tal indenização, ou mesmo se esta seria positiva ou negativa, considerando-se que o valor final viria de um encontro de contas.

759. Não se ignorou que a não utilização do excedente poderia diminuir o interesse de futuras concessionárias na celebração de aditivos de relicitação, uma vez que uma vantagem ilegalmente ofertada no passado deixaria de existir. Assim, seria necessário o maior comprometimento dos controladores da concessão, por meio do aporte de recursos, para viabilizar o procedimento.

760. De toda forma, as afirmações genéricas trazidas nos comentários dos gestores sugerindo ser o instrumento da relicitação o único mecanismo adequado para evitar “graves riscos aos serviços público e aos usuários” nas concessões problemáticas não encontram respaldo nem mesmo nos atos praticados pela própria ANTT. Certamente, a relicitação é um dos instrumentos a serem considerados em situações que demandem extinção antecipada de um contrato de concessão, cabendo sua aplicação quando da existência de viabilidade técnica, jurídica e econômica. Entretanto, existem outras possibilidades como a caducidade e eventual prestação direta do serviço público pela União (Dnit). De fato, como previamente relatado, a ANTT declinou o pedido de relicitação da Rodovia do Aço – K-

Infra, ainda que isso significasse que a concessionária atual continuaria administrando a rodovia, até uma solução definitiva para a questão.

V) CONCLUSÃO

761. Cuida esta instrução de análise das manifestações da ANTT, da Concessionária Via040 S.A e da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) em resposta às oitavas propostas na instrução precedente (peça 214, p. 73-74) relacionadas aos itens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.5 do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes) e ao cálculo da indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados ocorridos na rodovia federal BR-040/DF/GO/MG.

762. Devido à interconexão dos temas, a instrução cuida ainda do acompanhamento do processo de desestatização do “Sistema Rodoviário BR-040/RJ-MG e BR-495/RJ” (BR-040/495/MG/RJ), cuja documentação foi encaminhada por intermédio do Ofício SEI 27298/2022/DG/DIR-ANTT (peça 389), em atendimento ao disposto na Instrução Normativa 81/2018 (IN-TCU 81/2018).

763. Com vistas a melhor organizar a presente instrução, dividiu-se o exame técnico em duas partes: “III.1. Do novo processo de desestatização - BR-040/495/MG/RJ”; e “III.2. Do encerramento do contrato vigente - BR-040/DF/GO/MG”. Procedimento similar foi adotado na introdução, no histórico, nos comentários dos gestores e nesta conclusão.

764. A primeira parte é relativa ao exame dos estudos de viabilidade e das minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos (incluindo a minuta contratual) da nova concessão pretendida – BR-040/495/MG/RJ, seguindo as prescrições da IN-TCU 81/2018.

765. A outra se refere à análise das oitavas previamente realizadas, concernentes a aspectos do termo aditivo de relicitação, celebrado no âmbito do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, bem como ao cálculo da indenização eventualmente devida à atual concessionária.

IV.1. Do novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ

766. Dando prosseguimento ao processo de relicitação, em atenção ao art. 3º da IN-TCU 81/2018, por intermédio do Ofício 27298/2022/DG/DIR-ANTT (peça 389), a ANTT submeteu à apreciação do TCU o projeto de “desestatização do Sistema Rodoviário BR-040/RJ MG e BR-495/RJ”. Os segmentos envolvidos nesse novo projeto de desestatização, representados no mapa constante da figura 2, na introdução desta instrução, são:

- a) Rodovia BR-040/MG, trecho com início em Belo Horizonte/MG, no entroncamento com a BR-356/MG (p/ Belo Horizonte) até a divisa Minas Gerais/Rio de Janeiro, no Estado de Minas Gerais;
- b) Rodovia BR-040/RJ, trecho com início na divisa Minas Gerais/Rio de Janeiro, até o entroncamento com a BR-116/RJ (p/ Trevo das Missões), no Estado do Rio de Janeiro;
- c) Rodovia BR-495/RJ, trecho do entroncamento com a BR-040/RJ, até o entroncamento com a BR-040ARJ10(B) (Itaipava), no Estado do Rio de Janeiro.

767. Conforme documentação apresentada (peça 386, p. 16), essa concessão da BR-040/495/MG/RJ terá prazo de duração de trinta anos, prorrogável por mais cinco anos. A licitação será realizada na modalidade leilão com critério de julgamento híbrido: menor valor de tarifa de pedágio, até o limite de 24,55% sobre o valor de referência para a tarifa; e maior outorga fixa, conforme dispõe o plano de outorga (peça 396, p. 16-18). Ao longo desta fiscalização, o percentual máximo de deságio foi modificado para 24,41% (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Valores_Contrato”, célula D23).

768. O **valor de referência da tarifa de pedágio**, inicialmente de R\$ 0,1925/km (peça 396, p. 32), foi alterado para **R\$ 0,19471/km** (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Valores_Contrato”, célula E19) durante o a presente fiscalização. Ambos os valores têm data-base de outubro/2021. Com base nesse valor por km, foi atribuída a **tarifa de face inicial de R\$ 13,908** (peça 447, item não digitalizável “221129_C2132_MEF_BR040_revTCU_praça_R8B_GEMEF - Planilha MEF - 5-12-22.xlsx”, aba “Valores_Contrato”, célula D19) para cada praça de pedágio indicada na Tabela 4, acima, com cobertura de 68,77 km.

769. Os **investimentos e os custos operacionais previstos** para o prazo da concessão totalizam **R\$ 9,257 bilhões e R\$ 6.475 bilhões, respectivamente** (vide Tabela 5, acima), com implantação obrigatória das melhorias resumida à Tabela 6, supra, além das obras de manutenção do nível de serviço. A **receita projetada** para o período da concessão é de **R\$ 37,1 bilhões** (data-base de outubro/2021), tendo como base a taxa real de desconto de 9,88% a.a. utilizada no fluxo de caixa não alavancado (peça 396, p. 32).

770. As análises em relação ao processo de desestatização da BR-040/495/MG/RJ abrangeram os estudos de viabilidade técnica e econômica e ambiental (EVTEA), a minuta do contrato e seus anexos, além de outros documentos pertinentes à concessão. Nessa análise, identificou-se necessidade de ajustes nos referidos documentos.

771. Como detalhado no tópico “IV.2. Do encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG”, um dos pontos centrais dos exames realizados nestes autos diz respeito ao eventual valor a ser ressarcido à atual concessionária quando da transição para a nova operadora do trecho. Tal montante é obtido a partir da indenização pelos bens reversíveis subtraída de deduções pertinentes, como multa, excedente tarifário etc., tendo ao longo do processo sido apresentadas pela agência diversas estimativas das parcelas que compõe esse valor líquido. Para a nova concessão pretendida, a relevância da apuração do valor a ser ressarcido à concessionária encontra-se no fato de se tratar de um dado de entrada de modelagem do EVTEA, impactado a tarifa de referência do novo certame.

772. Contudo, cabe registrar limitação aos trabalhos de fiscalização promovidos nestes autos caracterizada pelo fato de a ANTT não ter encaminhado ao TCU as versões da minuta do edital e da Modelagem Econômico-Financeira (planilha MEF) elaboradas com base na estimativa mais recente do valor a ser ressarcido à atual concessionária a título de indenização pelos bens reversíveis, não obstante tal documentação ter sido solicitada por meio de diligência no curso deste processo. Em resposta à diligência, a agência afirmou que corrigiria o saldo a ser indenizado no MEF ao final dos trabalhos do TCU (peça 427, p. 2-3), o que não ocorreu.

773. Como melhorias decorrentes do presente exame, destacam-se reduções nos valores associados aos custos e investimentos originalmente previstos no EVTEA na ordem de R\$ 209 milhões, sendo R\$ 181 milhões já corrigidos e R\$ 28 milhões pendentes de providências por parte da ANTT.

774. **Quanto à análise do EVTEA**, foi relatado erro na fórmula de atualização do valor do excedente tarifário – resultando em uma diferença de R\$ 12 milhões – e um equívoco no valor da tarifa de pedágio utilizada, por não considerar a mais recente revisão tarifária – com impacto projetado R\$ 16 milhões. O benefício estimado de R\$ 28 milhões está pendente de providência da ANTT, razão pela qual faz-se necessário propor **determinação à ANTT para que, no cálculo do montante associado ao excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija: i) as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente, em respeito ao inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e à cláusula 5.4 do 1º aditivo ao contrato de concessão da Via040; ii) o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022.** (Item III.1.1.1)

775. Foram apontados ainda: equívocos no cálculo dos percentuais do Fator D na planilha MEF; incongruências entre os regramentos contratuais relativos à reclassificação tarifária e a modelagem contida na planilha MEF; impropriedade relacionadas aos custos dos insumos, tributação e duplicidade de BDI na planilha do MEF, com redução final de R\$ 44 mil no CAPEX e de R\$ 181 milhões no OPEX. Todos reconhecidos e corrigidos pela agência. (item III.1.1.2)

776. **Quanto à análise da minuta do contrato e anexos**, foi apontada inconsistência na definição do intervalo de variação do Fator Reclassificação Tarifária (FRT), cujo objetivo é incrementar o valor da tarifa de pedágio mediante multiplicação de 20% quando concluídas as obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis e da adequação dos trechos em multivias, que se constituem nos investimentos de maior magnitude do projeto. A ANTT anuiu com o apontamento, porém não corrigiu a versão mais recente da minuta do contrato, de forma que se faz necessário **determinar à ANTT que ajuste o valor mínimo do Fator de Reclassificação Tarifária para 0,16, adequando as subcláusulas contratuais 19.3.4.i e 19.3.5.** (item III.1.2.1)

777. Apontou-se ainda problema relacionado à definição do risco associado à superveniência de jurisprudência vinculante, relacionado à subcláusula 22.2.4 da minuta contratual, tendo sido atribuído ao Poder Concedente os riscos relacionados a “alterações de legislação e regulamentação ou superveniência de jurisprudência vinculante”. Entende-se que a redação dessa subcláusula deveria ser aprimorada, esclarecendo a abrangência da aplicabilidade do dispositivo. Nesse sentido, propõe-se **recomendar à agência que identifique inequivocamente as circunstâncias de aplicação do disposto nessa subcláusula.** (item III.1.2.2)

778. Outro apontamento se refere ao mecanismo de mitigação do risco de receita, disciplinado no Anexo 13 da minuta contratual. Esse dispositivo prevê compensação à concessionária ou ao Poder Concedente caso as receitas fossem inferiores às bandas mínimas ou máximas definidas (peça 387, p. 75). Nesse mecanismo de mitigação de risco de receita não foram considerados os degraus tarifários em razão das obras de maior magnitude. A agência informou que revisaria o mecanismo citado, porém não apresentou a revisão. Do exposto, propõe-se **determinar à agência que ajuste o mecanismo de mitigação do risco da receita de modo a não permitir o recebimento de valores referente à reclassificação tarifária sem que elas estejam efetivamente finalizadas e abertas ao tráfego.** (item III.1.2.3)

IV.2. Do encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG

779. Após qualificação da concessão referente à rodovia federal BR-040/DF/GO/MG para fins de relicitação, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), conforme Decreto 10.248/2020, foi analisado a minuta do termo aditivo de relicitação, aprovado por intermédio da Deliberação-ANTT 329/202. Nessa análise (peça 31), apontou-se indícios de irregularidades que motivaram a proposta de medida cautelar para que a ANTT se abstinhasse de assinar o referido termo aditivo.

780. A Ministra-Relatora à época decidiu pela realização de oitiva prévia (§ 2º do art. 276 do Regimento Interno do TCU - RITCU) da ANTT e da Concessionária Via040.

781. Após análise (peças 72-74) dessas oitivas, foi prolatado o Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), por meio do qual a proposta de adoção de medida cautelar foi acolhida, conforme transcrição no histórico desta instrução.

782. Em sede de agravo, foi prolatado o Acórdão 2.924/2020-TCU-Plenário de 28/10/2020 (peça 104), de mesma relatoria, por intermédio do qual foi revogada a medida cautelar por ausência do pressuposto do perigo da demora. Porém, em seu voto (peça 105), a Relatora pontuou que permanecia a fumaça do bom direito referente ao subitem 9.1.1 da decisão recorrida. Ressalta-se que a ANTT não se opôs aos subitens 9.1.3 e 9.1.4. No que se refere aos itens 9.1.2 e 9.1.5, a Ministra afirmou que esses pontos deveriam ser tratados por ocasião de mérito desses autos.

783. Então, em 17/11/2020, após a revogação da medida cautelar, a ANTT e a Via040 firmaram o 1º Termo aditivo ao contrato de concessão (peça 121), que dispôs acerca do processo de relicitação. Os ajustes correspondentes aos subitens 9.1.3 e 9.1.4 do referido Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário se encontram presentes nas subcláusulas 5.4 (peça 121, p. 7) e 5.4.2 (peça 121, p. 7), respectivamente, restando pendentes de apreciação no mérito os demais itens desse acórdão.

784. Cabe destacar que, com base na Resolução-ANTT 5.860/2019, a empresa KPMG Advisory S.p.A foi contratada (peças 134 e 411) com vistas ao cálculo dos valores de indenização por investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Assim, os procedimentos realizados por esse verificador independente também foram objeto de análise.

785. Após análise das manifestações da ANTT e da concessionária, bem como dos elementos relacionados ao trabalho do verificador independente, supracitado, elaborou-se nova instrução preliminar contendo apontamentos relativos a: Resolução-ANTT 5.860/2019; validação dos investimentos para fins de indenização; montantes a serem deduzidos no cálculo da indenização; excedente tarifário; e descumprimento de obrigação contratual em relação ao patrimônio líquido.

786. Em razão dos indícios de irregularidades apontados naquela instrução, sintetizados na sua conclusão (peça 214, p. 68-72), e considerando a previsão de construção participativa de determinações e recomendações constante da Resolução-TCU 315/2020, propôs-se a realização de oitivas (peça 214, p. 73-74) face à possíveis determinações apresentadas.

787. Em seu Despacho (peça 216), o atual relator do processo, Exmo. Ministro Jorge Oliveira, acolheu as propostas de realizar oitivas da agência reguladora e da concessionária Via040, bem como deferiu o pedido de habilitação como *amicus curiae* feito pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR).

788. Assim, analisou-se nessa parte do exame técnico as manifestações da ANTT e da Concessionária Via040 e da ABCR relacionadas ao encerramento do contrato vigente (BR-040/DF/GO/MG). Ressalta-se que o presente relatório contempla as contribuições apresentadas pela ANTT em sede de “comentários dos gestores” (peça 452), elaborados com base no relatório preliminar encaminhado (peça 473) à agência.

789. Previamente a se adentrar nos apontamentos específicos, entende-se pertinente contextualizar a situação que se apresenta em relação a um dos pontos centrais de análise neste relatório, qual seja o valor a ser eventualmente indenizado à atual concessionária que administra a rodovia BR-040/DF/GO/MG.

790. Primeiramente, há que se **distinguir** a “**indenização pelos investimentos** em bens reversíveis não amortizados ou depreciados” **do ressarcimento ao qual a concessionária faz jus** quando da transição para nova concessão. Em decorrência do § 2º do art. 15 a Lei 13.448/2017, o valor a ser pago à concessionária é obtido a partir da indenização pelos investimentos reversíveis subtraída das multas e demais débitos junto ao Poder Concedente.

791. No caso concreto, existem, ao menos, dois itens a serem subtraídos do montante associado à indenização no cálculo do valor a ser efetivamente ressarcido, quais sejam as multas e o excedente tarifário, que se constitui em um adiantamento da indenização, sem aparo legal, pago diretamente pelos usuários, sob a justificativa que seria indispensável para a viabilidade do processo de relicitação.

792. Recapitulando o histórico deste processo, o exame do valor associado à indenização pelos investimentos reversíveis iniciou-se na instrução da peça 214 na qual se analisou o Produto 2A elaborado pelo Verificador Independente. No referido documento, o Verificador Independente declarou que sentia confortável com o valor residual contábil informado pela Via040, de R\$ 1,730 bilhão (peça 135, p. 10). Considerando-se os ajustes e atualização desse montante, em diversos cenários, o Verificador indicou que o valor ajustado atualizado da indenização estaria em um intervalo

entre R\$ 1,062 bilhão e R\$ 1,772 bilhão (fev/2022) (peça 135, p. 66-67). Para fins da estimativa do ressarcimento constante do EVTEA da nova licitação, a ANTT considerou a importância de **R\$ 1,323 bilhão** como indenização pelos bens reversíveis, que com as deduções resultou em um valor líquido de R\$ 144 milhões (peça 398).

793. Ocorre que a fiscalização do TCU, relatada na peça 214, constatou diversas desconformidades nas premissas e cálculos do realizados no produto 2A, que contemplava centenas de milhões de reais indevidamente validados para fins de indenização a título de investimentos em recuperação, duplicação e implantação de praças de pedágio.

794. Após a finalização da instrução da peça 214 e realização das oitivas das partes, o Verificador Independente produziu um novo documento – Produto 2C – no qual foram refeitos os cálculos contemplando, na maior parte, os apontamentos destes autos. O novo resultado obtido pelo verificador consignou **R\$ 927 milhões** (ago/2023) a título de “valor ajustado atualizado projetado” (peça 399, p. 88), que foi o montante utilizado pela ANTT para o cálculo da estimativa mais recente do valor a ser ressarcido (peça 452, p. 8).

795. Assim, considerando-se que as modificações promovidas entre os Produtos 2A e 2C, em essência, trouxeram correções às falhas apontadas neste processo, entende-se que a diminuição da estimativa da indenização deve ser consignada como benefício da presente fiscalização, no montante de **R\$ 396 milhões** (R\$ 1,323 bilhão – R\$ 0,927 bilhão).

796. Em relação aos abatimentos a serem realizados da indenização com vista da obtenção do valor líquido a ser ressarcido, registra-se que ocorreu uma relevante mudança nas estimativas das deduções associadas às multas após o término da confecção do relatório preliminar, constituindo-se, pois, em limitação à presente fiscalização. A tabela a seguir resume os valores estimados para a indenização e os abatimentos, sendo que o Ofício SEI Nº 22136/2022/GEMEF/SUCON/DIR-ANTT (peça 398), de 25/7/2022, foi produzido no curso dos trabalhos de fiscalização e os Comentários do Gestor (peça 452), de 12/1/2023, foram encaminhados após a conclusão do relatório preliminar.

Tabela 14: Estimativas da ANTT acerca do valor líquido a ser ressarcido à concessionária

Item	Estimativas de acordo com o Ofício SEI Nº 22136/2022/GEMEF/SUCON/DIR-ANTT	Estimativas de acordo com os Comentários do Gestor	Fonte : peças 398 e 452, p. 8. 797. redução obser
Investimentos em bens reversíveis	R\$ 1.323.240.630	R\$ 927.519.557	
Excedente tarifário (indenização paga antecipadamente)	(-) R\$ 643.339.172	(-) R\$ 655.411.610	
TAC Multas	(-) R\$ 535.418.431	(-) R\$ 149.741.817	
Total	R\$ 144.483.027	R\$ 122.366.130	

vada no item “Investimentos em bens reversíveis” decorreu da utilização do Produto 2C no lugar do Produto 2A do Verificador Independente. Em decorrência dessa modificação, já conhecida quando da elaboração do relatório preliminar, havia sido consignado no documento que a estimativa de indenização seria nula, uma vez que a União seria credora da concessionária. Ocorre que após o término dos trabalhos do relatório preliminar, a equipe de auditoria foi surpreendida pela informação da ANTT de que a estimativa de abatimento em relação às multas seria significativamente inferior à previamente comunicada, de modo que restaria ainda saldo a ser indenizado. Considerando-se os prazos envolvidos na confecção deste relatório, conforme IN 81/2018, não houve tempo hábil para aferir a regularidade dos atos envolvidos na redução da projeção dos abatimentos associados ao item “TAC Multas”, que em linha gerais seriam decorrência do cancelamento de dezenas de processo sancionatórios.

798. Após essas considerações, passa-se a análise específica dos apontamentos.

799. Em relação à Resolução-ANTT 5.860/2019, na instrução precedente (peça 214, p. 7-11 e 17-22), ao se analisar as manifestações acerca dos subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário, quanto aos indícios de conflito da Resolução-ANTT 5.860/2019 com os normativos legais e infralegais aplicáveis (inciso II do § 3º do art. 183 da Lei 6.404/1976, e itens 17, 26 e EI14 do ICPC 01 c/c o item 74 do CPC 04 c/c a alínea “a” do item 10 do CPC 01), especificamente no que tange a ausência de dispositivo estabelecendo que o valor da indenização prevista no inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017 não poderia superar o valor do ativo intangível, após amortização e redução ao valor recuperável, concluiu-se que as manifestações da ANTT e da Via040 não lograram afastar a irregularidade, resultando em proposta de determinação (peça 214, p. 22) e de oitiva (peça 214, p. 73), nos termos do art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

799.1. De posse de novas manifestações, inclusive da ABCR, bem como dos comentários dos gestores ao relatório preliminar, entendeu-se que inapropriada a determinação previamente aventada, particularmente em decorrência de dificuldades práticas em sua implementação, sem prejuízo que o Tribunal venha no futuro evoluir quanto ao entendimento do tema.

800. Quanto à validação dos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados para fins de indenização (peça 214, p. 22-51), inicialmente, o verificador independente (KPMG) estimou o valor indenizável em R\$ 1,730 bilhão, distribuídos nos seguintes grupos de investimentos: recuperação (R\$ 556,72 milhões); praças de pedágio (R\$ 328,48 milhões); duplicações (R\$ 306,01 milhões); trabalhos iniciais (R\$ 249,63 milhões); e demais bens (R\$ 289,43 milhões) - vide Tabela 8 (item III.2.2 desta instrução). Naquela instrução, concluiu-se que os exames realizados pelo verificador teriam sido insuficientes para validar o valor justo dos investimentos indenizáveis, haja vista que, expurgando-se as superestimativas potenciais indicadas, no total de R\$ 950 milhões, a estimativa preliminar da indenização seria de R\$ 780 milhões.

801. Os apontamentos em relação aos quatro principais grupos de investimentos (trabalhos iniciais, recuperação, duplicação e praças de pedágio) e ao ajuste de depreciação apresentados no Produto 2A (peça 135) do verificador independente resultaram em propostas de determinação e consequente oitiva (peça 214, p. 73), conforme síntese das análises a seguir.

801.1. Com relação aos trabalhos iniciais, a proposta seria de determinação à agência para que não os incluisse como investimentos em bens reversíveis, uma vez que não ficou evidenciado que se referiam a intervenções estruturais na rodovia, não cabendo serem classificados como recuperação, conforme síntese apresentada no item III.2.2.1 desta instrução. No entanto, após análise das manifestações na última oitiva, entendeu-se que a questão se apresenta em três questões principais: primeiro, quanto à classificação dos serviços realizados no pavimento na fase de trabalhos iniciais como recuperação, apesar das críticas tecidas, acolheu-se as manifestações e entendeu-se adequada, no caso concreto, a utilização do termo recuperação abrangendo também os trabalhos iniciais; segundo, além da exigência normativa da identificação do projeto de engenharia em que o bem foi ativado (inciso VI do art. 3º da Resolução-ANTT 5.860/2019), sem o projeto de engenharia, estaria prejudicada a aferição da adequabilidade ou não do montante pleiteado a título de indenização pelos investimentos realizados no trecho em relação aos referenciais de mercado (inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019), nesse caso aceitou-se os argumentos trazidos pela agência no sentido de que o EVTEA do certame original seria um referencial aceitável para tal finalidade, tendo-se proposto determinação visando promover a utilização do EVTEA, como limite na avaliação das condições equitativas de mercado, nos demais processos de relicitação; e por último, após a formalização do terceiro termo aditivo de relicitação, houve flexibilização dos parâmetros de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI) de 4m/km referente a 82 km da rodovia para 6m/km, patamares inferiores aos definidos para os trabalhos iniciais no PER originalmente contratado, de modo que deveriam serem glosados os investimentos a título de trabalhos iniciais nesse trecho por

desatendimento ao parâmetro de desempenho definido no contrato, conforme definido no inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019, também anuiu-se com as considerações da agência, propondo-se determinação distinta da originalmente aventada, no sentido dar maior efetividade à aferição dos parâmetros de desempenho.

801.1.1. Assim, para o primeiro item mencionado no parágrafo anterior, não houve proposta de determinação.

801.1.2. Para o segundo, foi proposto **determinar à ANTT que, quando da quantificação dos valores associados às indenizações por bens reversíveis, a verificação acerca das condições equitativas de mercado das contratações dos investimentos cuja execução tenha sido efetivamente comprovada, considere como limite superior do montante a ser indenizado em relação a cada investimento àquele previsto originalmente nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental que embasou a licitação original da concessão, sem prejuízo da realização de verificações adicionais com base em projetos de engenharia e sistemas de referência oficiais (item III.2.2.1.4).**

801.1.3. Em relação ao terceiro ponto, fez-se necessário propor **determinar à ANTT que faça constar do edital de licitação da concessão da BR-040/495/MG/RJ dispositivo que restrinja os valores a serem efetivamente ressarcidos à concessionária anterior àqueles para os quais tenha sido comprovado o atendimento dos parâmetros de desempenho exigíveis pelo PER no marco contratual correspondente, conforme aferido em medições tão próximas quanto possível da transição para a nova concessão (item III.2.2.1.4).**

801.2. No que se concerne aos investimentos referentes à recuperação, a oitiva se fundamentou na proposta de determinação no sentido de não inclusão dos investimentos a título de recuperação do pavimento (estimado em R\$ 459 milhões) como bens reversíveis devido à ausência de comprovação da execução dos serviços, não apresentação de projetos de engenharia e não avaliação da equidade dos investimentos aos valores de mercado, nos termos do inciso VI do art. 3º c/c o inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019 (peça 214, p. 27-35), conforme síntese apresentada no item III.2.2.2 desta instrução. Em que pese a agência tenha se alinhado aos apontamentos da unidade, o verificador independente previu o valor de R\$ 30 milhões de indenização por investimentos a título de recuperação, associados a dispêndios Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança, em seu Produto 2C (peça 399, p. 61).

801.2.1. Contudo, entende-se ser equivocado esse posicionamento do Verificador Independente, pois não há evidências da execução dos investimentos em sinalização que tenham culminado no atendimento dos parâmetros previstos para o final da fase de recuperação (60º mês). Ademais, a retrorrefletância – parâmetro de desempenho associados à sinalização – foi fixada pelo 1º Termo Aditivo em nível igual ou inferior ao patamar dos Trabalhos Iniciais e claramente abaixo das exigências da fase de Recuperação. Por fim, não restou evidência a aderência da importância pretendida a título de indenização às condições de mercado. Nesse sentido, caso exista algum dispêndio associado ao item “Sinalização e elementos de proteção e segurança” da fase de recuperação passível de indenização, tudo indica que seria em valores inferiores aos trazidos pelo verificador independente no Produto 2C.

801.2.2. Assim, restaram superadas as impropriedades relativas ao cálculo da indenização referente aos dispêndios associados ao pavimento na fase de recuperação, pois tanto a agência reguladora quanto o verificador independente concordaram que não há evidências que permitam a validação desses investimentos. No entanto, permanecem as impropriedades relativas aos dispêndios em sinalização e segurança durante a fase de recuperação, sendo necessário realizar a proposta de **determinar à ANTT que restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente tenham sido executados até marco contratual correspondente e estejam aderentes às condições equitativas de mercado, particularmente em relação aos dispêndios associados à fase de “Recuperação” no item**

“Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança” que, até o momento (Produto 2C do Verificador Independente), estão sendo validados como indenizáveis sem que sejam observados os normativos vigentes, uma vez que:

a) o Parecer 170/2019/COINFMG/URMG, produzido ao final do prazo dos trabalhos de recuperação, considerou o completo desatendimento dos parâmetros de desempenho para sinalização horizontal e vertical, o que significa que eventuais valores associados a esses serviços não seriam indenizáveis, nos termos do inciso IX, art. 2º, Resolução-ANTT 5.860/2019;

b) não foi realizado o comparativo entre os custos da base contábil e valores obtidos de sistemas de referências, de modo que não se procedeu a avaliação acerca da aderência do valor registrado no ativo às condições equitativas de mercado do ativo. (item III.2.2.2.3)

801.3. Quanto aos investimentos relativos às obras de duplicação, com base nos Acórdãos 1.473/2017 e 290/2018 (Relator: Ministro Augusto Nardes), 2.175/2019 (Relator: Ministro Bruno Dantas), todos do Plenário do TCU, além de outras impropriedades constantes do orçamento paramétrico feito pelo verificador independente (peça 214, p. 35-39), concluiu-se ser inapropriada a utilização dos Custos Médios Gerenciais (CMG) do DNIT para atestar a equidade aos preços de mercado de valores dispendidos em obras que servirão de base para futura indenização da concessionária. Esses apontamentos resultaram em proposta de determinação à agência no sentido de que a verificação dos valores indenizáveis fosse feita com base nos projetos *as built* e no sistema Sicro, precedida de oitiva com fundamento no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

801.3.1. As manifestações da ANTT não lograram afastar a inaplicabilidade do CMG-DNIT para a verificação da equidade dos investimentos aos valores de mercado. A despeito do intento da agência em justificar a utilização do CMG-DNIT, o verificador independente retificou seu orçamento referencial para o grupo de investimentos referente às duplicações (Peça 433, Anexo XV do Produto 2C, arquivo “06_Anexo XV com fórmulas.xlsx”, itens não digitalizáveis) e reduziu o valor estimado para a indenização de R\$ 309,3 milhões (Produto 2A, peça 191, p. 64) para R\$ 182,8 milhões (Produto 2C, peça 399, p. 88). Registra-se que, por meio dos comentários dos gestores, a própria agência anuiu com a utilização de projetos de engenharia para a obtenção de valores de referência nos itens de maior materialidade e risco.

801.3.2. Não obstante o caso concreto, face à existência de outros processos de relicitação no âmbito da ANTT, entende-se necessário propor **determinar à ANTT que considere na quantificação de eventuais valores associados à indenização por bens reversíveis, ao menos para os itens de maior materialidade, risco e relevância, como usualmente é o caso para as obras relativas às praças de pedágio, duplicações e recuperação, os valores obtidos de projetos de engenharia precificados e de sistemas oficiais de referência da Administração Pública, como o SICRO e o SINAPI, verificando-se também a aderência dos projetos às obras e aos serviços efetivamente executados.** (item III.2.2.3.3)

801.4. Em relação aos investimentos relacionados ao grupo “Praças de Pedágio”, em instrução precedente (peça 214, p. 39-41), constatou-se que a estimativa referencial da KPMG, constante do Anexo II do Produto 2A (peça 148, itens não digitalizáveis), apresentava indícios de irregularidades de quantitativos e de referências de preço, resultando em potencial superestimativa no orçamento de referência para avaliar a equidade dos investimentos aos valores de mercado. Esses apontamentos resultaram em proposta de determinação à agência no sentido de que corrigisse as impropriedades constatadas, precedida de oitiva com fundamento no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

801.4.1. Em que pese haja manifestação da ANTT contrárias a alguns apontamentos em relação ao grupo de investimentos referentes à implantação das praças de pedágio, constatou-se que o

verificador independente retificou suas avaliações em relação às condições equitativas de mercados, bem como os valores históricos validados (peça 399, p. 75) e reduziu o valor estimado para a indenização de R\$ 352,116 milhões - ref. fevereiro/2022 (Produto 2A, peça 191, p. 66) para R\$ 284,732 milhões - ref. agosto/2023 (Produto 2C, peça 399, p. 88). Dessa forma, a despeito da ausência de justificativa de haver adicional de 35,92% a título de “indiretos” no orçamento referencial do verificador independente, entendeu-se que o ajuste no valor indenizável englobaria os apontamentos iniciais não justificados.

801.4.2. Contudo, considerando a necessidade de se aprimorar os mecanismos de quantificação dos valores indenizáveis, entende-se pertinente **determinar à ANTT que oriente os processos de cálculo da indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados de modo a assegurar que as obras e os serviços considerados indenizáveis se restrinjam àqueles que o acompanhamento contratual e a fiscalização da própria agência tenham atestado como concluídos no devido marco contratual correspondente.** (item III.2.2.4.3).

801.5. Por fim, em relação à validação dos investimentos vinculados aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados para fins de indenização, apontou-se (peça 214, p. 43-51; e peça 211) indício de subestimativa no ajuste de depreciação, constantes do Anexo XV do Produto 2ª (arquivo 8024794-Anexo_XV-cálculo indenização dos bens reversíveis.zip, peça 148, itens não digitalizáveis), resultando em proposta de determinação de correção, precedida de oitiva com fundamento no art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

801.5.1. Apesar de as manifestantes alegarem que as divergências apontadas seriam em razão de utilização de unidade de medida de tempo diferentes para a vida útil dos bens, o verificador independente procedeu ao ajuste no cálculo de vida útil dos bens, conforme Anexo XX do Produto 2C, guia “Cálculos Expandido Fator” (peça 433, arquivo “11. Anexos XX com fórmulas.xlsx”, itens não digitalizáveis), restando saneada a irregularidade inicialmente apontada (item III.2.2.5.3).

802. Noutro tópico desta instrução (item III.2.3), tratou-se dos montantes a serem deduzidos no cálculo da indenização, resultando em proposta de determinação, precedida de oitivas apontados na instrução precedente (peça 214, p. 51-58) relativas a: multas aplicadas à concessionária e ainda não quitadas, independentemente da existência ou não de recursos em andamento; danos verificados sobre o sistema rodoviário; arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados; arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo; e arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário durante o processo de relicitação. A conclusão das análises dessas oitivas é:

802.1. multas aplicadas à concessionária e ainda não quitadas, independentemente da existência ou não de recursos em andamento: concordou-se com os argumentos trazidos pela ANTT no sentido de que a melhor solução para a questão das multas sem trânsito em julgado seria a celebração de um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), que viabilizaria o encerramento das controvérsias afetas às sanções. A agência informou, ainda, que estaria em tratativas com a concessionária para a celebração de um TAC, que permitiria a dedução, com determinado desconto, das multas ainda sem trânsito em julgado. Todavia, até o final dos trabalhos de fiscalização, o referido TAC não havia sido celebrado. Ademais, não se observou nas estimativas produzidas pela agência a consideração das multas já com trânsito em julgado, razão pela qual é proposto **determinar à ANTT que, no cálculo do montante líquido a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis, proceda o abatimento dos valores das multas devidas pela concessionária à União, particularmente aquelas relativas aos processos administrativos da ANTT com trânsito em julgado administrativo, independentemente de estarem ou não inscritas em dívida ativa, salvo casos de suspensões judiciais ou arbitrais** (item III.2.3.1.3)

802.2. danos verificados sobre o sistema rodoviário: apesar de reconhecer razão quanto ao fato de que a Resolução-ANTT 5.926-2021 ser aplicável à apuração de haveres e deveres, permaneceu a

ausência de regulamentação do cálculo do montante líquido da indenização por investimentos em bens reversíveis a ser ressarcido à concessionária, em complemento à metodologia de cálculo da indenização constante da Resolução-ANTT 5.860/2019, de forma a contemplar as deduções das multas e outras somas de natureza não tributária determinadas tanto na Lei 13.448/2017 (art. 15, § 2º) quanto no Decreto 9.957/2019 (art. 11, inciso I). Assim, propõe-se **dar ciência à agência que a não regulamentação da metodologia de cálculo dos montantes a serem abatidos do valor associado aos bens reversíveis infringe o dever de calcular corretamente a importância a ser ressarcida à concessionária no processo de relicitação**; (item III.2.3.2.3)

802.3. arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados: esse apontamento se relaciona ao disposto no item 9.1.5 do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário. A metodologia do cálculo do Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT), que visa restituir a relação de equilíbrio econômico-financeira do contrato de concessão em razão de exclusão de obras, é definida pela Resolução-ANTT 5.850/2019.

802.4. Os argumentos trazidos pela agência tiveram o condão de demonstrar a inadequabilidade de aplicação direta do CAT; entretanto, a inexistência de um mecanismo regulamentado para a correção de um desequilíbrio reconhecido (arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados previamente a celebração do termo aditivo de relicitação), não se confunde com a ausência do referido desequilíbrio. Assim, é pertinente a propor **determinar à ANTT que quando da definição de eventual valor a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis considere a necessidade de se recuperar as receitas previamente auferidas em relação a investimentos não executados**; (item III.2.3.3.3)

802.5. arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo: esse apontamento também se relaciona ao disposto no item 9.1.5 do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário. Reconhece pertinência à alegação de existência do Procedimento Arbitral 23932/GSS/PFF, bem como da alteração a alteração da Lei 13.448/2017, por intermédio da Lei 14.368/2022, foi incluído o § 6º ao art. 31 daquela lei de relicitação. Todavia, considerando-se o caráter preliminar da medida cautelar, sobre a qual se baseiam as manifestações, entende-se que a proposta original deve ser mantida, porém, ajustada com vista a conciliá-la com o *decisum* arbitral. Assim, propõe-se **determinar à agência que, caso não haja impedimentos judiciais ou arbitrais, promova o abatimento desse excedente tarifário do montante indenizável vinculado aos bens reversíveis**; (item III.2.3.4.2)

802.6. arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário durante o processo de relicitação: com o encaminhamento do EVTEA da nova licitação (vide item III.1), e a inclusão do valor do excedente tarifário no cálculo do saldo de indenização (peça 398), entende-se que, na atual fase processual, também não permanecem os motivos da proposta inicial. (item III.2.3.5.4)

803. Quanto ao excedente tarifário (peça 214, p. 58-61), apontou-se ainda aparente conflito entre as disposições do Decreto 9.957/2019 e da Lei 13.448/2017. Após avaliação da argumentação, concluiu-se que a Lei 13.448/2017 não excepcionou a obrigatoriedade de que as tarifas de pedágio sejam compatibilizadas com os benefícios auferidos pelos usuários, disposta na Lei 10.233/2001. Ademais, a sistemática do excedente tarifário, adotada pela ANTT, tem uma deficiência intrínseca, pois consiste em continuamente remunerar a concessionária em montantes a serem futuramente abatidos da indenização sem que se saiba qual o valor total de tal indenização, o que pode causar prejuízos irreversíveis ao Poder Público. Assim, face à ausência de amparo legal para a cobrança de tarifa de pedágio em valores superiores à tarifa calculada como justa para a remuneração pelos serviços executados, bem como o risco real que representa aos recursos públicos, propõe-se **determinar à ANTT que se abstenha de pactuar novos termos aditivos de contratos de concessão de rodovias federal que autorizem a cobrança de tarifa de pedágio em valor superior ao da tarifa calculada**. (item III.2.4.1.3)

804. Outro ponto abordado ainda em relação ao excedente tarifário, apontou-se divergência entre o inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e o art. 7º da Resolução-ANTT 5.926/2021 em relação ao fato de que o decreto regulamentador teria fixado o valor da tarifa de pedágio “cheia” como teto, enquanto a resolução da agência estabelece a tarifa de pedágio então vigente como piso, podendo a nova tarifa ser superior ao limite estabelecido pelo decreto. A título de exemplo, citou-se o processo da concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG - Concebra (TC 006.189/2022-9), no qual se observou aumento tarifário de até 130%, após a celebração do termo aditivo de relicitação. Além da ilegalidade da cobrança do excedente tarifário (vide item III.2.4.1.3, anterior), de forma acessória, concluiu-se que a Resolução-ANTT 5.926/2021, a agência ignorou tal limite, ilegitimamente avocando-se a competência irrestrita de fixar a tarifa em qualquer valor que entendesse adequado. (item III.2.4.2.3)

805. Quanto ao descumprimento de obrigação contratual (Cláusula 24.3) em relação ao patrimônio líquido (peça 214, p. 61-67), segundo a qual a concessionária não poderia permanecer com patrimônio líquido inferior à terça parte (33,33%) do seu capital social, devido ao regular trâmite dos processos administrativos de apuração instaurados para a verificação da irregularidade apontada, entende-se não serem necessárias as deliberações propostas. Porém, considerando a informação no sentido de que haveria alteração regulamentar, no âmbito da terceira norma do Regulamento de Concessões Rodoviárias, no sentido de dispensas as concessões em processo de relicitação da manutenção de Patrimônio Líquido mínimo, bem como buscando-se meios alternativos de proteção dos recursos públicos, entende-se necessário propor **determinar à ANTT que, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, incorpore cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após à extinção dos contratos de parceria.** (item 2.5.3)

806. Adicionalmente, cabe propor a reclassificação da restrição de acesso da peça 473 de sigiloso para público, com fundamento no art. 4º da Resolução-TCU 294/2018, haja vista que a restrição de acesso foi atribuída em atenção à orientação constante da Parte V do Anexo Único da Portaria-Segecex 9/2020, com fundamento no inciso VIII do art. 23 da Lei 12.527/2011, face à apuração em andamento. Com a emissão do relatório final por parte desta secretaria e consequente pronunciamento do TCU, não permanecem os motivos para a classificação com restrição de acesso.

VI) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

807. Em face do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo encaminhar este processo ao Ministro-Relator com as propostas de:

a) determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU,

a.1) com relação à pretendida concessão da BR-040/495/MG/RJ, que:

a.1.1) no cálculo do montante associado ao excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija:

a.1.1.1) as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente, em respeito ao inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e à cláusula 5.4 do 1º aditivo ao contrato de concessão da Via040; (III.1.1.1)

a.1.1.2) o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022; (III.1.1.1)

a.1.2) ajuste o valor mínimo do Fator de Reclassificação Tarifária, constante da subcláusula 19.3.4.i da minuta contratual, alterando o valor inferior do intervalo de variação de 0,18 para 0,16, de modo a adequá-lo ao regramento previsto na subcláusula 19.3.5 da minuta contratual; (III.1.2.1)

a.1.3) ajuste o Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita de modo a não permitir que a futura concessionária venha a receber os valores correspondentes à conclusão das obras abrangidas pela reclassificação tarifária, sem que essas estejam efetivamente finalizadas e abertas ao tráfego, em consonância com a subcláusula 19.3 da minuta contratual; (III.1.2.3)

a.2) com relação ao processo de relicitação do contrato de concessão atualmente vigente da BR-040/DF/GO/MG – Concessionária Via040, que:

a.2.1) faça constar do edital de licitação da concessão da BR-040/495/MG/RJ dispositivo que restrinja os valores a serem efetivamente ressarcidos à concessionária anterior àqueles para os quais tenha sido comprovado o atendimento dos parâmetros de desempenho exigíveis pelo PER no marco contratual correspondente, conforme aferido em medições tão próximas quanto possível da transição para a nova concessão, em observância ao inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019 e ao inciso VII, § 1º, art. 17 da Lei 13.448/2017 e ao art. 11 do Decreto 9.957/2019; (III.2.2.1)

a.2.2) restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente tenham sido executados até marco contratual correspondente e estejam aderentes às condições equitativas de mercado, particularmente em relação aos dispêndios associados à fase de “Recuperação” no item “Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança” que, até o momento (Produto 2C do Verificador Independente), estão sendo validados como indenizáveis sem que sejam observados os normativos vigentes, uma vez que:

a.2.2.1) o Parecer 170/2019/COINFMG/URMG, produzido ao final do prazo dos trabalhos de recuperação, considerou o completo desatendimento dos parâmetros de desempenho para sinalização horizontal e vertical, o que significa que eventuais valores associados a esses serviços não seriam indenizáveis, nos termos do inciso IX, art. 2º, Resolução-ANTT 5.860/2019; (III.2.2.2)

a.2.2.2) não foi realizado o comparativo entre os custos da base contábil e valores obtidos de sistemas de referências, de modo que não se procedeu a avaliação acerca da aderência do valor registrado no ativo às condições equitativas de mercado do ativo, em infração ao inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019; (III.2.2.2)

a.2.3) proceda, no cálculo do montante líquido a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis, o abatimento dos valores das multas devidas pela concessionária à União, particularmente aquelas relativas aos processos administrativos da ANTT com trânsito em julgado administrativo, independentemente de estarem ou não inscritas em dívida ativa, salvo casos de suspensões judiciais ou arbitrais, em respeito ao § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017; (III.2.3.1)

a.2.4) considere a necessidade de se recuperar as receitas previamente auferidas em relação a investimentos não executados, quando da definição de eventual valor a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis, em respeito à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, positivada na Lei 8.987/1995, §§ 2º e 4º do art. 9º e caput do art. 10; (III.2.3.3)

a.2.5) promova o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo, caso, por ocasião da fixação definitiva do valor reconhecido do ressarcimento associado à indenização pelos bens reversíveis, não haja impedimentos judiciais ou arbitrais, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017; (III.2.3.4)

a.3) com relação aos processos de relicitação em geral, regidos pela Lei 13.448/2017, que:

a.3.1) considere como limite superior do montante a ser indenizado em relação a cada investimento àquele previsto originalmente nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental que embasou a licitação original da concessão, quando da verificação acerca das condições equitativas de mercado das contratações dos investimentos cuja execução tenha sido efetivamente comprovada, sem prejuízo da realização de verificações adicionais com em base em projetos de engenharia e sistemas de referência oficiais, em respeito ao previsto no art. 7º, VI, da Resolução-ANTT 5.860/2019 e inciso VII do art. 17 da Lei 13.448/2017; (III.2.2.1)

a.3.2) considere na quantificação de eventuais valores associados à indenização por bens reversíveis, ao menos para os itens de maior materialidade, risco e relevância, como usualmente é o caso para as obras relativas às praças de pedágio, duplicações e recuperação, os valores obtidos de projetos de engenharia precificados e de sistemas oficiais de referência da Administração Pública, como o SICRO e o SINAPI, verificando-se também a aderência dos projetos às obras e aos serviços efetivamente executados, em atendimento ao art. 9º, §§ 2º e 4º e art. 10 da Lei 8.987/1995, e aos Acórdãos 1.473/2017-TCU-Plenário, 2.175/2019-TCU-Plenário e 290/2018-TCU-Plenário; (III.2.2.3)

a.3.3) oriente os processos de cálculo da indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados de modo a assegurar que as obras e os serviços considerados indenizáveis se restrinjam àqueles que o acompanhamento contratual e a fiscalização da própria agência tenham atestado como concluídos no devido marco contratual correspondente, em respeito ao inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019, ao inciso VIII do art. 24 da Lei 10.233/2001 e ao inciso VII do art. 17 da Lei 13.448/2017; (III.2.2.4)

a.3.4) abstenha-se de pactuar novos termos aditivos de contratos de concessão de rodovias federais que autorizem a cobrança de tarifas de pedágio em valores que excedem àqueles calculados como adequados para remuneração pelos serviços prestados, em respeito ao inciso II do art. 24 e ao § 2º do art. 26, da Lei 10.233/2001; (III.2.4.1)

a.3.5) incorpore, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após à extinção dos contratos de parceria, de forma a mitigar o risco de que o resultado final do processo relicitatório se observe uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente, em inobservância ao art. 10 da Lei 8.987/1995; (III.2.5.3)

b) recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, com relação à pretendida concessão da BR-040/495/MG/RJ, que ajuste a subcláusula 22.2.4 da minuta contratual de modo a identificar inequivocamente as circunstâncias nas quais alterações jurisprudências possam ser consideradas como risco do Poder Concedente, com vista a dotar o futuro contrato de regramento claro quanto aos direitos e obrigações de cada parte, em respeito ao inciso X do art. 35 da Lei 10.233/2001 e inciso V, art. 23, Lei 8.987/1995; (III.1.2)

c) dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com fundamento no art. 9º, I, de que a não regulamentação da metodologia de apuração e cálculo dos montantes a serem abatidos do valor associado aos bens reversíveis, previstos no art. 15, § 2º, da Lei 13.448/2017 e no art. 11, inciso I, do Decreto 9.957/2019, constitui transgressão ao dever da agência de calcular corretamente a importância a ser ressarcida à concessionária no processo de relicitação, conforme disposto no art. 17, § 1º, inciso VII, da

Lei 13.448/2017 e no caput do art. 11 do Decreto 9.957/2019, de forma tendente a majorar o valor líquido a ser pago à concessionária; (III.2.3.2)

d) alterar a classificação de restrição de acesso da peça 473 (Relatório Preliminar) para público, com fundamento no art. 4º da Resolução-TCU 294/2018;

e) encaminhar cópia deste relatório de fiscalização, bem como da decisão que vier a ser proferida aos interessados.”

É o relatório.

VOTO

Examina-se Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios relativos ao encerramento do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG (que é objeto do processo de relicitação da Lei 13.448/2017) e ao novo processo de desestatização da BR-040/495/MG/RJ.

- I -

I.1 Contextualização: o encerramento do contrato vigente – BR-040/DF/GO/MG

2. Assinada em março de 2014, a concessão da BR-040/DF/GO/MG previu, por um período de 30 anos, prorrogáveis por mais 30, a exploração da infraestrutura e a recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço do sistema rodoviário, no prazo e nas condições estabelecidos no contrato e no Programa de Exploração da Rodovia (PER), mediante cobrança de pedágio.
3. O sistema rodoviário concedido abrange 936,8 km de extensão e, nos termos do ajuste celebrado, a Concessionária Via 040 assumiu, dentre outras obrigações, a incumbência de realizar obras de ampliação de capacidade numa extensão de 714,5 km (duplicação dos trechos em pista simples e conversão de multifaixas para vias duplicadas) ao longo dos cinco anos iniciais do contrato.
4. De acordo com os estudos de viabilidade que embasaram o certame vencido pela Via 040, estimou-se a realização de investimentos de R\$ 8,1 bilhões no sistema rodoviário, destacando-se obras de melhoria e de ampliação de capacidade (R\$ 2,782 bilhões), que se daria nos cinco anos iniciais de contrato, a manutenção da rodovia (R\$ 2,479 bilhões) ao longo de 25 anos depois de sua restauração (R\$ 925 milhões). Todos esses valores na data-base de novembro de 2012.
5. Há que se destacar que o certame foi vencido pela Invepar, grupo controlador da Concessionária Via 040, com um deságio de 61,13% sobre a tarifa-teto estipulada pelo edital.
6. Em nota técnica, a ANTT indicou que, após mais de 6 anos do contrato, o nível dos investimentos realizados pela Concessionária foi bastante inferior ao inicialmente pactuado: 70,1 km de duplicação, 2 passarelas, 3 retornos em nível, 11 praças de pedágio, 1 centro de operações, 21 bases operacionais, 6 postos de pesagem e 12 bases da Polícia Rodoviária Federal, além de equipamentos operacionais (postos de mensagem variável fixos e móveis, câmeras, estações meteorológicas, sistemas de detecção de altura, radares fixos e móveis) e sistema de radiocomunicação. Tais investimentos correspondem, essencialmente, aos exigidos contratualmente para o primeiro ano de concessão e como requisito para iniciar a cobrança de pedágio.
7. Após a edição da Lei 13.448/2017, que estabeleceu diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, a Via 040 protocolou, em setembro de 2017, pedido de adesão ao programa de devolução amigável, que foi indeferido um ano depois, em razão da ausência de regulamentação da referida Lei. Com o advento do Decreto 9.957/2019, a Concessionária protocolou, em agosto de 2019, novo requerimento de qualificação do empreendimento para fins de relicitação.
8. Por meio da Deliberação 1.015, de novembro de 2019, a ANTT atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação da concessão da Rodovia BR-040/DF/GO/MG e submeteu a proposta ao então Ministério da Infraestrutura, nos termos do art. 5º do Decreto 9.957/2019.
9. Em dezembro de 2019, foi aprovada a Resolução ANTT 5.860, que estabelece a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais. Em fevereiro de 2020, o Decreto 10.248 qualificou, no âmbito do Programa de Parcerias de

Investimentos da Presidência da República (PPI), o trecho administrado pela Via 040 para fins de relicitação.

10. Em julho de 2020, por meio da Deliberação 329, a ANTT aprovou o primeiro termo aditivo (1º TA) ao contrato da Via 040, estabelecendo as obrigações relativas à devolução amigável, e fixou prazo de 45 dias, improrrogáveis, para que as partes assinassem o mencionado 1º TA.

11. A atuação do Tribunal no presente processo de acompanhamento se iniciou logo após a qualificação do trecho rodoviário para fins de relicitação pelo Decreto 10.248/2020. Os indícios de irregularidades identificados na minuta do 1º TA ensejaram a adoção de medida cautelar referendada pelo Acórdão 2.611/2020-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), nos seguintes termos:

9.1. determinar, cautelarmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres que suspenda os efeitos da Deliberação 329/2020, abstendo-se de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que:

9.1.1. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados contemple as normas contábeis aplicáveis à espécie – contidas no ICPC01 – que preveem serão os bens reversíveis apurados por meio do ativo intangível da concessionária;

9.1.2. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados considere um teto ao valor das indenizações, a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA);

9.1.3. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que os valores arrecadados a maior dos usuários do serviço público (excedente tarifário decorrente da diferença entre R\$ 5,30 e R\$ 2,54), durante a vigência do termo aditivo, sejam reajustados pela combinação da atualização monetária (IPCA) com a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (FCM), nos termos do contrato original da concessão, ou outra taxa que reflita os riscos da concessionária, a exemplo das constantes dos empréstimos pontes da concessão;

9.1.4. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que a parcela dos valores arrecadados a maior dos usuários do serviço público que superar o valor das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados (excedente tarifário decorrente da diferença entre R\$ 5,30 e R\$ 2,54), durante a vigência do termo aditivo, seja devolvida à concedente;

9.1.5. haja previsão, no termo aditivo, no sentido de que a retirada de obrigações do contrato original seja vinculada à redução da contrapartida financeira correspondente, especialmente referente à aplicação dos Fatores C e D e do Coeficiente de Ajuste Temporal.

9.2. determinar a oitiva da Agência Nacional de Transportes Terrestres e da Concessionária BR-040 S.A. – Via040, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifestem sobre os indícios de irregularidade apontados nestes autos, alertando-as quanto à possibilidade de este Tribunal vir a determinar a adoção de providências corretivas no processo de relicitação da concessão BR-040/DF/GO/MG – Via040, com vistas ao exato cumprimento da lei. (grifos acrescidos)

12. Irresignadas, a Agência e a concessionária interpuseram agravo contra a decisão. Em outubro de 2020, por meio do Acórdão 2.924/2020-Plenário (Relatora: Ministra Ana Arraes), o TCU revogou a medida cautelar, ante a descaracterização do pressuposto do perigo da demora.

13. Abrindo breve adendo quanto à medida cautelar concedida pelo Acórdão 2.611/2020-Plenário, cabe antecipar que, de início, a ANTT não se opôs aos subitens 9.1.3 e 9.1.4 desta decisão, e, após o relatório preliminar, em sede de comentário dos gestores, a Agência propôs a aplicação do subitem 9.1.2 para endereçar solução à controvérsia com a unidade técnica quanto à aceitação de indenização dos trabalhos iniciais da Via 040, o que foi aceito pela Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil e consignado em seu relatório final. Quanto ao subitem 9.1.1, a unidade instrutora reviu sua posição após análise dos comentários dos gestores. Por fim, no que se refere ao subitem 9.1.5, o 1º TA, previu o “fator D”, todavia não contemplou o “fator C” e o Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT). Quanto ao primeiro, após analisar

as respostas das oitivas, a unidade instrutora não o contemplou em seu encaminhamento final. Quanto ao segundo, conforme será apresentado na seção II.3.3, entendo que não seria razoável impor tal mecanismo, sobretudo em uma relicitação, sob pena de violar o princípio *pacta sunt servanda* e colocar em risco o instituto da devolução amigável. Desse modo, todos os dispositivos do Acórdão 2.611/2020-Plenário foram atendidos ou afastados tecnicamente.

14. Retomando os principais marcos do histórico deste processo, em novembro de 2020, após a revogação da medida cautelar, a ANTT e a Via 040 firmaram o 1º TA ao contrato de concessão, que dispõe acerca do procedimento de relicitação. A partir daí, a ANTT iniciou, com base no prescrito pela sua Resolução 5.860/2019, os procedimentos para o cálculo da indenização eventualmente devida à Concessionária pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, tendo sido contratada, em dezembro de 2020, a empresa KPMG para a apuração dos valores envolvidos.

15. A Auditoria Especializada submeteu o relatório preliminar aos comentários dos gestores, cabendo destacar que houve significativa convergência de posicionamentos entre ela e a ANTT, após esta etapa do processo, culminando na elaboração do relatório definitivo (peças 477-479).

16. Registro, finalmente, que deferi o pleito da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) no sentido de habilitá-la como *amicus curiae* no presente processo.

17. Feita esta necessária contextualização sobre o encerramento da atual concessão (relicitação), apresento, a seguir, breves considerações sobre o processo de seleção do novo concessionário, que sucederá a Concessionária Via 040 na prestação do serviço público em discussão.

I.2 Contextualização: o novo processo de desestatização – BR-040/495/MG/RJ

18. Inicialmente, importa esclarecer que, por opção do Poder Concedente, o novo segmento a ser licitado corresponde apenas parcialmente ao trecho rodoviário original. O contrato atualmente vigente da Via 040 compreende os 936,8 km da rodovia BR-040 de Brasília/DF a Juiz de Fora/MG, enquanto a nova concessão pretendida abrangerá apenas parte desse contrato – de Belo Horizonte/MG a Juiz de Fora/MG – somado ao trecho da BR-040 entre Juiz de Fora/MG e Rio de Janeiro/RJ (administrado por outra concessionária – Concer), além de um pequeno segmento da BR-495/RJ.

19. Com 450,7 km de extensão, os segmentos envolvidos no novo projeto de desestatização são:

- a) Rodovia BR-040/MG, trecho do entroncamento com a BR-356/MG, em Belo Horizonte/MG, até a divisa Minas Gerais/Rio de Janeiro, no Estado de Minas Gerais;
- b) Rodovia BR-040/RJ, trecho da divisa Minas Gerais/Rio de Janeiro até o entroncamento com a BR-116/RJ (p/ Trevo das Missões), no Estado do Rio de Janeiro;
- c) Rodovia BR-495/RJ, trecho do entroncamento com a BR-040/RJ até o entroncamento com a BR 040 ARJ10(B) (Itaipava), no Estado do Rio de Janeiro.

20. A duração da concessão da BR-040/495/MG/RJ será de 30 anos, com a possibilidade de extensão por mais cinco. O certame será realizado na modalidade leilão mediante critério de julgamento híbrido, com a combinação do menor valor de tarifa com a maior outorga. Nas propostas, será admitido um desconto máximo de 24,41% sobre o valor de referência da tarifa de pedágio. Da cifra ofertada como lance, 25% constituirão o valor da outorga, depositados na conta única do Tesouro, e 75% serão destinados a conta específica (recursos vinculados da concessão).

21. Com o objetivo de promover o gerenciamento do tráfego, optou-se pelo sistema *Free Flow* na região metropolitana do Rio de Janeiro, pelo qual ocorre a cobrança eletrônica da tarifa, de maneira proporcional ao trecho percorrido, sem que o veículo necessite parar ou diminuir a velocidade.

22. Na modelagem econômico-financeira descrita no plano de outorga, foi obtido o valor da tarifa de referência de R\$ 0,1925/km, sendo que, ao longo do presente processo de fiscalização, as modificações promovidas nos estudos culminaram na alteração da referida tarifa para R\$ 0,19471/km. Nesse sentido, foi atribuída a cada praça de pedágio a mesma extensão de cobertura (68,77 km), de modo que todas terão a mesma tarifa de face inicial no valor de R\$ 13,908 por praça (peça 448).

23. Com vistas a criar incentivos para a conclusão de investimentos relevantes, o Poder Concedente previu duas reclassificações tarifárias – cada uma delas representado um adicional de 20% da tarifa –, associadas à conclusão das duas principais obras da futura concessão, elencadas abaixo:

a) Nova Subida da Serra de Petrópolis: conjunto de obras que deverão ser concluídas até o ano 5 do contrato e que envolvem o término das obras não concluídas pela Concessionária Concer, destacando-se três túneis com extensão de 4,6 km, 0,35 km e 0,27 km;

b) adequação de multivias: conformação de 146 km de pista multivias para pista duplicada com separador central, nos trechos da BR-040 no estado de Minas Gerais, até o ano 7.

24. Ainda em relação às tarifas de pedágio, cabe mencionar que o contrato estabelecerá a aplicação de dois tipos de descontos: Desconto de Usuário Frequente (DUF) e Desconto Básico de Tarifa (DBT). O DUF tem por objetivo minimizar o impacto da introdução do pedágio nos custos totais de transporte daqueles que utilizam as rodovias para a realização de deslocamentos frequentes, sendo aplicável a veículos das categorias 1, 3 e 5 (automóvel e camionete, com semirreboque ou com reboque). O percentual do desconto concedido dependerá da periodicidade com que o usuário transita em determinada praça, seguindo fórmula estabelecida em anexo do contrato. Por sua vez, o DBT é direcionado aos usuários do sistema de pagamento automático (veículos com TAGs eletrônicos acoplados aos veículos), beneficiando-os com o desconto automático de 5% em cada cobrança, independentemente da categoria veicular e da quantidade de viagens realizadas.

25. Quanto aos desembolsos do futuro concessionário do serviço, estão previstos **R\$ 15,7 bilhões nos 30 anos de contrato**, subdivididos entre custos operacionais (R\$ 6,5 bilhões) e investimentos (R\$ 9,3 bilhões), destacando-se, em relação aos últimos: 186,15 km de duplicações, 135,22 km de faixas adicionais, 5,22 km de túneis, e 30,17 km de vias marginais.

26. Ainda com relação às intervenções do futuro concessionário, são previstas as chamadas “obras de manutenção do nível de serviço”, que consistem em intervenções de ampliação de capacidade no sistema rodoviário (especificamente, a implantação de faixas adicionais, condicionadas ao volume de tráfego), cuja execução dependerá do atingimento de gatilhos volumétricos contratualmente pré-definidos para trechos específicos da rodovia.

27. Por fim, a taxa real de desconto do fluxo de caixa não alavancado do projeto é de 9,88% a.a.

28. Cabe destacar que, em relação ao novo processo de desestatização, desde a elaboração do relatório preliminar, a Auditoria Especializada e a ANTT convergiram quase que integralmente quanto aos encaminhamentos. Das 5 propostas de mérito do relatório preliminar, em quatro delas a Agência concordou plenamente e em uma houve concordância parcial, com o acolhimento pela unidade instrutiva da solicitação da ANTT de converter a determinação em recomendação.

29. Feita esta breve apresentação sobre a nova concessão e suas peculiaridades, procedo ao exame de mérito, iniciando minha análise, por motivos didáticos, pelo futuro processo de desestatização.

- II -**II.1 Exame do edital do novo processo de desestatização**

30. Consoante o disposto no art. 11 da Lei 13.448/2017 e no art. 3º da Instrução Normativa TCU 81/2018, a ANTT submeteu ao TCU os estudos de viabilidade técnica, econômico e ambiental (EVTEA), bem como das minutas do edital, do contrato e de seus anexos, que incluem o Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborados com o objetivo de subsidiar o processo de seleção do novo concessionário que, conforme mencionado, explorará a rodovia BR-040/MG/RJ, no trecho entre Belo Horizonte e o Rio de Janeiro, além de segmento da BR-495/RJ.

31. Cabe destacar a profícua interação havida entre a AudRodoviaAviação e a ANTT, por meio de diversas reuniões e diligências, o que resultou em substancial aprimoramento da documentação originalmente apresentada. Dessa forma, restam poucos ajustes a serem promovidos, para os quais antecipo que já houve integral concordância da Agência, quando de sua manifestação na etapa de “comentários dos gestores”. Passo, a seguir, ao exame sumário desses pontos residuais e das correspondentes medidas saneadoras.

32. A unidade técnica identificou que persistem falhas na memória de cálculo que aumentariam o excedente tarifário (que é abatido da futura indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados), no montante de aproximadamente R\$ 28 milhões, propondo a expedição de determinações para a correção da impropriedade. Conforme antecipado, a ANTT reconheceu os apontamentos e manifestou-se favoravelmente à manutenção da determinação.

33. Acolho a proposta da unidade técnica, pelos próprios fundamentos, no sentido de determinar à ANTT que, no cálculo do excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija: (i) as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente; e (ii) o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022.

34. Na mesma seara, a AudRodoviaAviação constatou inconsistência entre as cláusulas 19.3.4 e 19.3.5 da minuta de contrato, que cuidam do Fator de Reclassificação Tarifária (FRT). Trata-se de coeficiente aplicado no cálculo da tarifa de pedágio que incrementa esse valor em 20% quando da conclusão de cada um dos dois conjuntos de obras de maior magnitude do projeto concessório, as já mencionadas Nova Subida da Serra de Petrópolis e a Adequação dos Trechos em Multivias.

35. A aplicação das regras previstas na cláusula 19.3.5 faz com que o valor do FRT varie numa faixa que vai de 0,16 a 0,40, a depender do nível de completude das obras. Entretanto, a cláusula 19.3.4 prevê valores de 0,18 a 0,40, o que beneficiaria a concessionária em desfavor dos usuários. A unidade instrutora propõe, assim, a expedição de determinação para correção da falha identificada na minuta de edital, no que obteve a concordância por parte da Agência Reguladora.

36. Alinho-me às análises e à proposta sugerida pela AudRodoviaAviação e incluo, na minuta de acórdão, determinação à Agência para que ajuste o valor mínimo do Fator de Reclassificação Tarifária para 0,16, adequando as cláusulas contratuais correspondentes.

37. Outro aspecto que mereceu proposta de encaminhamento pela unidade instrutora foi a cláusula 22.2.4 da minuta contratual, que prevê a alocação ao Poder Concedente do risco de “alterações na legislação e regulamentação ou a superveniência de jurisprudência vinculante”. Por considerar o texto vago, o relatório final da equipe de auditoria propõe recomendar à ANTT que ajuste essa cláusula, de modo a identificar inequivocamente as circunstâncias nas quais alterações jurisprudências possam ser consideradas como risco do Poder Concedente, com vista a aclarar o futuro contrato de regramento quanto aos direitos e obrigações de cada parte.

38. Acolho os fundamentos da unidade técnica e incorporo a proposta de recomendação.

39. Um último aspecto a ser tratado no exame das minutas de edital, contrato e seus anexos, diz respeito ao Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita. Trata-se de dispositivo contratual a ser ativado na hipótese de a receita acumulada em determinado ano da concessão ser inferior às bandas de receita mínima ou superior às bandas de receita máxima previstas, situações em que cabe a realização de compensações (para mais ou para menos) à concessionária ou ao Poder Concedente.

40. Ocorre que o cálculo da receita de referência para aplicação deste mecanismo não contempla os incrementos tarifários decorrentes das conclusões dos dois principais investimentos previstos (a Nova Subida da Serra de Petrópolis e a Adequação dos trechos em Multivias). A AudRodoviaAviação aponta, com bastante propriedade, que há o risco de uma frustração da receita da concessionária, decorrente da não conclusão de um investimento pactuado, vir a ser compensada utilizando-se o Mecanismo de Mitigação do Risco de Receita. Isso representaria uma distorção do mecanismo, uma vez que a sistemática concebida com o propósito de mitigar o risco de tráfego poderia ter efeito tendente a neutralizar outro regramento cujo propósito é justamente incentivar a execução contratual.

41. Assim, propõe determinar à ANTT que ajuste o Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita de modo a não permitir que a futura concessionária venha a receber os valores correspondentes à conclusão das obras abrangidas pela reclassificação tarifária sem que essas estejam efetivamente finalizadas e abertas ao tráfego.

42. Assiste plena razão à unidade instrutora. O que se pretende com o já mencionado mecanismo da Reclassificação Tarifária é condicionar, de forma objetiva, o recebimento pela concessionária dos incrementos tarifários de 20% à efetiva conclusão e liberação das obras ao uso. Na eventualidade de a contratada não concluir os investimentos, não é admissível que se aproveite de cláusula de mitigação de risco de demanda para manter seu nível de receita. Aceitar isso significaria impor aos usuários o pagamento de uma obra que não foi executada e que, portanto, não lhes beneficia.

43. Por essas razões, acolho a proposta de determinação alvitrada.

44. Concluo, dessa forma, a análise dos aspectos residuais que inspiraram a expedição das determinações e recomendações para aperfeiçoamento das minutas de edital e contrato do processo de seleção da nova concessionária BR-040/495/MG/RJ.

45. Passo, a seguir, a analisar o encerramento do contrato vigente com a Via 040.

II.2 Encerramento do Contrato Vigente: validação dos investimentos para fins de indenização

46. Após a classificação dos bens em reversíveis e não reversíveis, o Verificador Independente (empresa KPMG), estimou em 930 milhões o valor indenizável, a valores históricos (peça 482, p.4).

47. Os principais grupos de ativo da Concessionária Via 040 que compõe este montante são: a) Duplicações; b) Trabalhos Iniciais; c) Recuperação; e d) Praças de Pedágio.

48. Examino o montante relativo à indenização do item Duplicações.

II.2.1 – Das obras de duplicação

49. Inicialmente, a Auditoria Especializada constatou que teria sido adotado o Custo Médio Gerencial (CMG) do DNIT para quantificar os dispêndios com a duplicação da rodovia. Por ser um instrumento impreciso (utilizado para análises de viabilidade iniciais) e contrário à jurisprudência do TCU, concluiu-se ser inapropriada a utilização do CMG para tal finalidade. Assim, foi proposto preliminarmente determinar a ANTT que, ao proceder a validação dos investimentos em obras de

duplicação, verifique os valores indenizáveis, com base nos projetos *as built* (“como construído”) e no sistema Sicro.

50. Em resposta às oitivas, em síntese, a ANTT e a Via 040 defenderam a utilização do CMG para mensurar a indenização dos investimentos com base nos seguintes argumentos: a) a utilização do CMG seria questão de julgamento profissional do auditor independente (escolha da KPMG); b) os Acórdãos 1.473/2017, 2.175/2019 e 290/2018, todos do Plenário, que tratam do CMG nas concessões de rodovias, não seriam aplicáveis ao caso em apreço; e c) a estimativa dos valores indenizáveis, pelo CMG, seria próxima da baseada nos projetos executivos e nos sistemas oficiais de preços.

51. Em manifestação, a unidade instrutora desconstruiu cada um dos pontos acima e, em especial quanto à alegação da equivalência entre a estimativa da indenização pelo CMG e pelos sistemas de referência oficiais, demonstrou que a quantificação dos custos para duplicar um trecho de 65,2 km da BR-040 seria R\$ 182,859 milhões, utilizando o Sicro e os projetos executivos, e R\$ 326 milhões pelo CMG. Em outras palavras, a aplicação dos sistemas referenciais de preços (Sicro e Sinapi), incontrovertidamente mais precisos, acarretaria uma redução de 43% na indenização do trecho, em relação à estimativa inicial da KPMG.

52. Ao cabo da fase de relatório preliminar, a KPMG refez os seus cálculos utilizando-se dos projetos *as built* e dos sistemas de referência oficiais. Superadas as impropriedades apontadas no cálculo da indenização, a Auditoria Especializada entendeu que seria pertinente uma nova determinação, no sentido de que a ANTT se abstivesse de utilizar o CMG nas futuras relitações.

53. Nos comentários dos gestores, a ANTT defendeu que o TCU não inviabilize a utilização de procedimentos menos precisos e que demandem menos recursos, como o CMG, quando a avaliação de risco e da materialidade assim o permitirem. Propôs determinação alternativa no sentido de que a Agência oriente os verificadores independentes a adotar procedimentos de auditoria em extensão e detalhamento compatíveis com o nível de risco e materialidade identificados em cada caso.

54. No relatório final, a Auditoria Especializada incorporou as considerações da ANTT e propôs nova redação para a determinação, no sentido de que a Agência, ao quantificar a indenização por bens reversíveis, ao menos para os itens de maior materialidade, risco e relevância, como usualmente é o caso das obras relativas às praças de pedágio, duplicações e recuperação, utilize os valores obtidos pelos projetos de engenharia precificados por sistemas oficiais de preços da Administração.

55. Ao prever projetos de engenharia e sistemas de custos oficiais para quantificar a indenização por bens reversíveis “ao menos para os itens de maior materialidade, risco e relevância”, entendo que a Auditoria Especializada conciliou a preocupação da ANTT, de poder utilizar métodos paramétricos em situações de baixo risco ou materialidade, com a pacífica jurisprudência do TCU, que apregoa a utilização dos sistemas oficiais de preços, inclusive para as concessões de serviços públicos. Por outro lado, por ser muito ampla, a proposta da Agência possibilita que o Verificador Independente utilize métodos simplificados de precificação, em situações que este Tribunal entenda ser incabíveis.

56. Portanto, incorporo à minha proposta o encaminhamento da unidade de instrução.

II.2.2 – Da implantação das praças de pedágio

57. Em relação aos valores de investimento vinculados à implantação das praças de pedágio, a AudRodoviaAviação inicialmente apontou que o valor pleiteado para esse grupo de investimentos estaria superior aos de construção de praças de pedágio em outras concessões. Em manifestações preliminares, apontaram-se indícios de duplicidade, superestimativas de quantitativos e sobrepreço.

58. Em decorrência disso, a KPMG elaborou novo orçamento paradigma, com base nos *as built* e nos preços unitários dos sistemas de preços oficiais, e corrigiu as inconsistências apontadas.

Após os ajustes, a estimativa da indenização do item passou de R\$ 289,4 milhões para R\$ 228,5 milhões (ambos a valores de novembro/2020), ou seja, houve uma redução de 21%.

59. Superadas as impropriedades, a unidade técnica propôs, preliminarmente, determinar para os futuros casos de relicitação que a ANTT proceda, para os principais itens de indenização, a conferência do valor indenizável com base no exame crítico dos projetos executivos, compreendendo a análise dos custos apresentados e a verificação acerca da efetiva execução dos serviços descritos.

60. Na manifestação dos gestores, a ANTT discordou da proposta, sob o argumento de que não lhe caberia refazer os trabalhos do Verificador Independente e que já estariam sendo adotadas providências adequadas para mitigar eventuais riscos de falhas no cálculo da indenização.

61. No relatório final, a Auditoria Especializada incorporou as considerações da ANTT e propôs determinação no sentido de, ao calcular a indenização dos bens reversíveis, assegurar que as obras e os serviços considerados indenizáveis se restrinjam àqueles que o acompanhamento contratual e a fiscalização da Agência tenham atestado como concluídos no marco contratual correspondente.

62. Entendo que a determinação é pertinente e que mitiga o risco do cálculo incorreto da indenização, em decorrência do desalinhamento entre as informações produzidas pela Agência, no curso de suas atividades de fiscalização das concessões, e aquelas utilizadas pelo Verificador Independente, cujos trabalhos se focam na conferência de dados produzidos pelas concessionárias.

63. Cabe frisar que, além do apontamento feito quanto à Recuperação da Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança, a KPMG quantificou em mais de R\$ 500 milhões a Recuperação do pavimento em documento preliminar. Entretanto, no curso da fiscalização do contrato, a ANTT apontou o completo desatendimento dos parâmetros de desempenho correspondentes.

64. No mesmo sentido, a determinação proposta não conflita com o disposto na manifestação dos gestores, uma vez que não obriga a Agência a refazer os cálculos e procedimentos realizados pelo Verificador Independente, o que, sem dúvida, seria inviável, ineficiente e contraproducente.

65. Por fim, entendo que alguns ajustes devem ser feitos no encaminhamento da unidade técnica, que originalmente contempla a seguinte redação:

“(...) assegurar que as obras e os serviços considerados indenizáveis se restrinjam àqueles que o acompanhamento contratual e a fiscalização da própria agência tenham atestado como concluídos no devido marco contratual correspondente” [destaques e grifos acrescidos]

66. A referência a investimentos atestados como concluídos no marco contratual correspondente não está de acordo com o disposto no art. 2º, inciso IX, da Resolução 5.860/2019 e geraria um efeito perverso sobre o concessionário, que não teria incentivo de executar, durante o período de relicitação, um investimento que não foi executado durante a execução contratual, porque este investimento não poderia ser incluído na futura indenização de bens reversíveis.

67. E, de fato, isso ocorreu no caso da Via 040. Essa Concessionária instalou, durante a relicitação, passarelas em locais apontados como de alto risco de atropelamentos pela ANTT e tais investimentos foram acertadamente contabilizados na base de ativos pelo Verificador Independente.

68. Neste contexto, explico que a restrição “ao marco contratual correspondente” se refere apenas aos investimentos em Recuperação (e consequentemente Trabalhos Iniciais), conforme a literalidade do art. 2º, inciso IX, da Resolução 5.860/2019. Tal diferenciação de tratamento decorre do fato de a Agência não conseguir obter uma correlação precisa entre a contabilidade e o investimento físico, em vista de eles serem aferidos por parâmetros de desempenho.

69. Nesses casos, precisou fixar-se um marco temporal para dar segurança na definição do valor justo desses investimentos. Por exemplo, uma obra de Recuperação, prevista no terceiro ano, só será considerada indenizável se ela for executada até o terceiro ano. Se o concessionário a entregar no

quarto ano, ela não será contabilizada como indenizável. Do contrário, seria possível pagar gastos feitos no quarto e quinto ano, sem que exista uma correlação com a obra prevista no terceiro ano.

70. Por sua vez, os demais investimentos, como uma duplicação, a construção de uma Praça de Pedágio, uma via marginal, uma passarela, ou a construção de uma balança, estes podem ser aferidos, independentemente se foram ou não executados no momento contratual previsto. Por isso, para eles, o art. 2º, inciso IX, da Resolução 5.860/2019 não fixou o referido marco contratual.

71. Feita esta breve ponderação, incorporo ao meu encaminhamento a proposta de determinação da unidade instrutora, fazendo os necessários ajustes na redação.

II.2.3 – Dos Trabalhos Iniciais

72. Como apontado, os Trabalhos Iniciais constituem percentual relevante dos valores dos bens reversíveis a serem indenizados à Concessionária Via 040. Nos termos do contrato de concessão vigente, tais serviços constituem diferentes intervenções no sistema rodoviário, que ocorrem nos 12 primeiros meses da concessão, com vistas a restabelecer as características mínimas de segurança e conforto para os usuários e como requisito a ser atingido para o início da cobrança do pedágio.

73. Inicialmente, a AudRodoviaAviação entendeu que, como não foram apresentados projetos de engenharia nos investimentos em Trabalhos Iniciais, considerando o disposto no inciso VI do art. 3º c/c inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019, não seria possível considerá-los como bens indenizáveis. Em razão disso, foi proposto determinar à ANTT que, quando do cálculo da indenização relativa ao processo de relicitação em apreço, não incluísse como investimentos em bens reversíveis os dispêndios com Trabalhos Iniciais no pavimento.

74. Em sua manifestação, a ANTT alegou que a falta de determinado documento não poderia constituir óbice à atuação do Verificador Independente e empecilho à indenização de investimento, sob pena do enriquecimento sem causa do Estado em desfavor do particular. Na fase de comentários dos gestores, acrescentou que o EVTEA, que foi submetido ao TCU, estimou em R\$ 316 milhões os investimentos a título de Trabalhos Iniciais e que esse valor seria 55% maior do que o valor quantificado para ser indenizado (R\$ 203 milhões). Assim, a Agência entendeu que o valor obtido do EVTEA seria uma referência aceitável para validar os montantes, a título de indenização pelos investimentos reversíveis de Trabalhos Iniciais da Via 040, particularmente em relação a serviços cuja execução foi atestada por ela própria e para os quais não estejam disponíveis meios mais precisos de quantificação (como projetos de engenharia e orçamentação por sistemas de referências oficiais).

75. No que se refere ao terceiro termo aditivo da Via 040 (3º TA), que reduziu o nível de parâmetro de desempenho do pavimento em um trecho de 82 km da concessão, durante o período de relicitação, a ANTT consignou que, caso seja estritamente seguido o estabelecido no aditivo contratual, a concessionária não faria jus a ser remunerada pelos dispêndios realizados no referido trecho, a título de Trabalhos Iniciais no pavimento, em decorrência de ter pactuado a sua devolução ao Poder Concedente em parâmetros de desempenho inferiores ao previsto no contrato.

76. A Concessionária Via 040 defendeu que, do ponto de vista funcional e estrutural, os parâmetros de desempenho da fase de Trabalhos Iniciais seriam estabelecidos por metodologias internacionalmente aceitas, que não poderiam ser substituídas por projetos.

77. A ABCR, em síntese, defendeu que não poderia o TCU vincular o pagamento de indenização a provas do atendimento de critérios que não tenham sido previstos nos contratos.

78. Incorporo às minhas razões de decidir a argumentação da Auditoria Especializada em sua derradeira manifestação. Dos argumentos trazidos sobre os Trabalhos Iniciais, pode-se dividir a problemática em duas questões. A primeira concerne à possibilidade de se indenizarem dispêndios

para os quais não foram apresentados projetos de engenharia pela concessionária; e a segunda está relacionada ao 3º TA do contrato de concessão.

79. Quanto à possibilidade de validar valores dispendidos sem que se tenha por base projeto de engenharia, como foi o caso das intervenções no pavimento na fase de Trabalhos Iniciais, tal fato já havia sido levantado nestes autos, tendo posicionamento favorável tanto da unidade técnica como da então Relatora deste feito. A decisão cautelar do Acórdão 2.611/2020-Plenário, posteriormente revogada pelo Acórdão 2.924/2020-Plenário, conforme já mencionado, dispôs nos seguintes termos:

9.1. determinar, cautelarmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres que suspenda os efeitos da Deliberação 329/2020, abstendo-se de assinar o termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que:

(...)

9.1.2. a metodologia de pagamento das indenizações pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados considere um teto ao valor das indenizações, a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA);

[grifos acrescentados]

80. Desse modo, entendo haver um consenso entre os pronunciamentos pretéritos do TCU (do Plenário e da unidade técnica) e a manifestação dos gestores da ANTT, no sentido de que o valor obtido a partir do EVTEA constitui uma referência aceitável para a validação dos montantes pleiteados a título de indenização pelos investimentos reversíveis, particularmente em relação a serviços cuja execução tenha sido atestada pela Agência e para os quais não estejam disponíveis meios mais precisos de quantificação (como projetos de engenharia e orçamentação por sistemas de referências oficiais), como foi o caso dos Trabalhos Iniciais realizados pela Via 040.

81. Em relação aos demais processos de relicitação, ante o entendimento de que o EVTEA original constitui um instrumento válido na verificação das condições equitativas de mercado para limitar o valor a ser indenizado, não vislumbro razão para que não seja utilizado, ao menos como meio complementar, quando da apuração da indenização em relação aos demais investimentos em bens reversíveis, nas situações em que a Agência Reguladora tenha devidamente reconhecido a sua execução, sem prejuízo da realização de verificações mais precisas como a análise dos projetos e a sua quantificação por sistemas de referências oficiais como Sicro e Sinapi.

82. Assim, considero necessário um pequeno ajuste de redação na proposta de encaminhamento da unidade técnica, no sentido de deixar claro o caráter subsidiário desse mecanismo, a ser aplicado apenas nos investimentos para os quais seja justificável a ausência dos projetos de engenharia e do respectivo orçamento fundamentado em sistemas oficiais. Desse modo, proponho determinar à ANTT que, na quantificação de valores associados a investimentos cuja execução tenha sido regularmente atestada pela entidade reguladora, mas não disponham de projetos de engenharia e respectivos orçamentos, oriente os verificadores independentes a adotar medidas efetivas para avaliar se os investimentos se deram em condições equitativas de mercado, a exemplo da limitação do valor a ser indenizado àquele previsto originalmente nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental que embasou a licitação original da concessão.

83. Quanto ao segundo aspecto, relativo ao 3º TA ao ajuste da concessão, cabe destacar que, conforme o contrato original, ao final da Fase de Trabalhos Iniciais, todo o trecho concedido deve possuir um valor máximo de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI) no pavimento de 4,0 m/km. Ocorre que o mencionado aditivo estabeleceu como aceitável o IRI 6,0 m/km (que é um desempenho inferior ao previsto contratualmente), em um segmento específico de 82 km da rodovia.

84. Pelo disposto na Resolução-ANTT 5.860/2019, os investimentos em recuperação da rodovia só serão indenizáveis caso, quando da devolução da concessão, os parâmetros de desempenho correspondentes ao respectivo marco contratual estiverem sendo atendidos pelo concessionário:

“Art. 2º Serão considerados reversíveis, para a finalidade desta Resolução, os bens utilizados na prestação de serviços de conservação, manutenção, monitoração e operação rodoviários, bem como a própria infraestrutura rodoviária sob concessão, tais quais: (...)”

IX - investimentos em recuperação da rodovia, executados até a data prevista contratualmente, desde que mantidos os parâmetros de desempenho correspondentes ao marco contratual na extinção antecipada do contrato. [destaques e grifos acrescidos]

85. Desse modo, nesses 82 km em que o parâmetro de desempenho foi flexibilizado pelo 3º TA, nos termos da mencionada Resolução, a Concessionária não fará jus a ser remunerada pelos dispêndios realizados a título de Trabalhos Iniciais no pavimento, uma vez que devolverá ao Poder Concedente trecho em condições inferiores aos previstos no contrato de concessão original.

86. Enfatiza-se que não se pretende aqui emitir juízo sobre a conveniência e oportunidade do relaxamento no parâmetro de desempenho. Todavia, deve-se deixar claro que a devolução do mencionado trecho, com IRI de 6,0 m/km, e não 4,0 m/km, corresponde a um dano sofrido pelo pavimento, durante a administração da Via 040, e por essa razão não é cabível a indenização.

87. Em decorrência disso, no relatório preliminar, a unidade técnica propôs determinação no sentido de que a parcela da indenização relativa aos Trabalhos Iniciais do pavimento não contemple os dispêndios realizados nos 82 km da BR-040/MG nos quais o 3º TA ao contrato de concessão estabeleceu o limite de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI) de 6,0 m/km.

88. Nos comentários dos gestores, a ANTT concordou com necessidade de que fossem glosados valores indenizáveis em segmentos que os parâmetros de desempenho dos Trabalhos Iniciais não estivessem sendo atendidos ao final da concessão. Todavia, entendeu que a determinação seria desnecessária, uma vez que se trataria de mero cumprimento dos normativos aplicáveis.

89. Em que pese a pertinência do argumento da ANTT, entendo oportuno, após ajustes de forma, manter o encaminhamento da unidade técnica por duas razões. Primeiro porque, embora a Agência tenha concordado que, como os parâmetros de desempenho não foram alcançados ao final do contrato, não caberia indenização à Concessionária, no que se refere à Recuperação da sinalização horizontal e vertical (tratada na seção seguinte), ela se insurgiu contra a proposta de glosa da unidade técnica de serviços que ela própria atestou que não foram executados ou que não atenderam aos parâmetros de desempenho pactuados, no respectivo marco contratual. Segundo, porque não se pode olvidar que esta deliberação servirá de referência não apenas para as futuras relitações de rodovias concedidas, como para outros setores de infraestrutura e até para outros entes federados.

90. Desse modo, proponho determinar à ANTT que, nos futuros editais de licitação, faça constar dispositivo que restrinja os valores a serem ressarcidos à concessionária anterior àqueles para os quais tenha sido comprovado o atendimento dos parâmetros de desempenho do PER original, conforme aferido em medições tão próximas quanto possível da transição para a nova concessão.

II.2.4 – Do pavimento e da sinalização na fase de Recuperação

91. Na análise dos investimentos vinculados ao grupo “Recuperação”, a unidade técnica destacou a necessidade de aferição acerca da efetiva recuperação da rodovia, com observância às normas de engenharia, de modo a atingir os atributos e prazos previamente pactuados para a concessão.

92. A Auditoria Especializada apontou que não existiriam elementos que evidenciassem a comprovação da execução dos serviços de recuperação do pavimento, uma vez que:

- a) não foram apresentados projetos de engenharia com a indicação das intervenções de recuperação do pavimento, elemento essencial desse serviço, conforme o Manual de Restauração

de Pavimentos Asfálticos do DNIT, que prescreve que tanto a restauração quanto a reabilitação da rodovia devem ser precedidas da elaboração de projeto de engenharia específico;

b) os Relatórios Técnicos-Operacionais Físico-Financeiros (Retoff's) produzidos não consignaram a execução de serviços de recuperação do pavimento que teriam sido realizados;

c) o Parecer 170/2019 da ANTT atestou o total desatendimento dos parâmetros relativos a: “Ausência de flecha nas trilhas de roda, conforme parâmetros de desempenho”; “Cumprimento dos limites de Irregularidade Longitudinal Máxima (IRI)”; “Cumprimento dos limites máximos de áreas trincadas (TR)”; e “Atendimento aos parâmetros de desempenho para sinalização horizontal e vertical”. Além disso, detectou-se a ocorrência de 247 inconformidades em relação ao parâmetro “Ausência de depressões, abaulamentos ou áreas exsudadas na pista ou no acostamento” e 127 inconformidades para o parâmetro “Ausência de desnível entre a faixa de tráfego e acostamento”.

93. Similarmente, a unidade técnica apontou que não existiriam elementos que evidenciassem a execução dos serviços de Recuperação das sinalizações horizontal e vertical, uma vez que:

a) o Parecer 170/2019 da ANTT apontou o completo desatendimento pela Concessionária dos parâmetros de desempenho relativos às sinalizações horizontal e vertical do PER;

b) a Concessionária Via 040 não apresentou relatório de monitoração, à época do marco temporal do contrato de concessão, que comprovasse o atendimento às exigências do PER.

94. Nesse contexto, a AudRodoviaAviação propôs, preliminarmente, determinação à ANTT para que não incluísse como investimentos em bens reversíveis os dispêndios realizados no pavimento e na sinalização horizontal e vertical na fase de Recuperação do contrato.

95. Em sede de oitivas, a ANTT pontuou que não haveria indenização para investimentos em Recuperação (tanto do pavimento como da sinalização horizontal e vertical) e que, por isso, a proposta de determinação não deveria ser acolhida. Ocorre que, mesmo após esta manifestação, o Verificador Independente continuou a incluir na indenização uma parte dos dispêndios da fase de Recuperação, especificamente aqueles relacionados à frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança.

96. Nos comentários dos gestores, a ANTT mudou seu posicionamento e passou a defender a indenização dos dispêndios relacionados à Recuperação dos elementos da frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança, no valor de R\$ 30,6 milhões, com base na seguinte alegação:

“Assim, realmente assiste razão à SeinfraRodoviaAviação quando afirma que os investimentos da fase de Recuperação não devem ser indenizados se somente atendem parâmetros de Trabalhos Iniciais. Isso é a realidade para cerca de 95% dos investimentos feitos pela Via040 nessa fase, que não foram validados pelo Verificador Independente. Contudo, os investimentos da fase de recuperação validados pela KPMG referem-se a itens específicos pactuados no PER da relicitação que atendem a parâmetros da fase de Recuperação previstos originalmente no contrato de concessão.” [grifos acrescentados]

97. A Via 040 argumentou que o contrato de concessão dispensaria os projetos de engenharia nos casos das obras de Recuperação. Assim, não haveria suporte contratual ou legal para a exigência da apresentação dos projetos de engenharia. Argumentou, ainda, que a empresa seguiu o rigor da comprovação das obras de recuperação nos estritos termos do contrato de concessão, com anuência da ANTT, configurando-se ato jurídico perfeito. Em relação aos serviços de sinalização, trouxe argumentações similares, no sentido de concluir pela pertinência da sua indenização.

98. Incorpo às minhas razões de decidir a argumentação da unidade instrutora em sua derradeira manifestação. De início, os argumentos podem ser divididos em dois grupos: a) os que defendem a indenização dos serviços de Recuperação do pavimento; e b) os que defendem a indenização dos serviços de Recuperação da frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança.

99. Com relação ao primeiro grupo, o entendimento da ANTT converge com o da unidade técnica, no sentido de que não caberia indenização pela Recuperação do pavimento, todavia diverge em relação à Via 040, que defende o exato oposto. Com relação ao segundo, a Agência e a Concessionária, em contrariedade à Auditoria Especializada, entendem que caberia a indenização dos serviços relacionados à Recuperação da frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança.

100. Início a minha análise pelos argumentos da Concessionária Via 040, que defendem a indenização dos serviços que teriam sido executados a título de Recuperação do pavimento.

101. Primeiramente, não merecem ser acolhidos os argumentos que apontam que o contrato dispensaria projetos de engenharia. Isso porque a subcláusula 6.5 do contrato dispõe que apenas as obras de “pequeno porte” ou de “baixa complexidade” poderiam ter seus projetos executivos dispensados de apresentação à ANTT. Essa regra pode ser entendida, tendo em vista o objetivo de reduzir o fardo regulatório, uma vez que a Agência ficaria, em princípio, desincumbida de avaliar projetos de investimentos de menor relevância. Além disso, o regramento acerca da apresentação dos projetos não se confunde com a obrigação de elaborar os projetos, trazida pela subcláusula 6.1, e que não foi derogada pela subcláusula 6.5 do ajuste. De fato, a ANTT não tem sequer competência legal para dispensar a Concessionária da elaboração de projetos, não sendo isso temática regulatória, mas sim de engenharia, regulada pelos órgãos e entidades competentes, como sistema CONFEA/CREA (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia e Conselhos Regionais de Engenharia), a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e o DNIT. Por fim, não é razoável enquadrar as obras de Recuperação, que teriam abrangido mais de 900 km de rodovia, ao suposto custo de centenas de milhões de reais, como obras de “pequeno porte” ou de “baixa complexidade”.

102. De todo modo, ao assinar o 1º TA, aderindo à Resolução-ANTT 5.860/2019, a Concessionária Via 040 anuiu com os regramentos do normativo, incluindo a obrigatoriedade de apresentar os projetos de engenharia a partir dos quais os bens e serviços indenizáveis foram avaliados.

103. Em segundo, não merece prosperar a tese de que a Via 040 seguiu o rigor da comprovação das obras de Recuperação, com anuência da ANTT, configurando-se ato jurídico perfeito. Ao contrário do alegado, o Parecer 170/2019 da ANTT atestou o total desatendimento dos principais parâmetros de desempenho e apontou centenas de inconformidades no pavimento da rodovia.

104. Passo a analisar os argumentos da ANTT e da Via 040 que defendem a indenização dos serviços a título de Recuperação da frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança.

105. De início, não merece ser acolhida a alegação de que os itens validados pela KPMG se refeririam a itens específicos, que atenderiam aos parâmetros de desempenho, da fase de Recuperação, previstos originalmente no contrato de concessão. Isso porque, conforme demonstrou a unidade instrutora, os parâmetros de desempenho associados à sinalização e elementos de segurança estabelecidos pelo 1º TA foram iguais ou inferiores aos parâmetros de desempenho da fase de Trabalhos Iniciais e claramente abaixo das exigências da fase de Recuperação. Por exemplo, ilustra-se o caso dos parâmetros de retrorrefletância da sinalização horizontal e vertical (peça 477, p. 60):

Tabela: Parâmetro de desempenho constante do PER original x PER 1º Termo Aditivo

Parâmetro	Ao final do Trabalhos Iniciais	Ao final da Recuperação	Ao final do 1º Termo aditivo
Ausência total de sinalização horizontal com índice de retrorrefletância menor que:	100 mcd/lx/m² em 100% da Rodovia	130 mcd/lx/m² em 100% da Rodovia	100 mcd/lx/m² para pintura branca e 80 mcd/lx/m² para pintura amarela, em 100% da Rodovia
Ausência de sinalização vertical e aérea com índice de retrorrefletância	80% do valor inicial para as películas tipo II, III-A, III-B	85% do valor inicial para as películas das placas	80% do valor inicial para as películas tipo II, III-A, III-B e III-C e 50% do

inferior ao especificado na NBR 14.644, sendo o índice mínimo de:	e III-C e 50% do valor inicial para as películas tipo I-A, IB e IV	para 100% das placas da Rodovia	valor inicial para as películas tipo I-A, IB e IV
---	--	---------------------------------	---

106. Desse modo, cabe apontar uma aparente incongruência no posicionamento da ANTT. Ao se referir aos 82 km de rodovia que tiveram o parâmetro de desempenho do pavimento (IRI) flexibilizado pelo 3º TA (seção anterior deste voto), a Agência pontuou que a Concessionária não fará jus à correspondente remuneração, uma vez que estará devolvendo ao Poder Concedente trecho em condições inferiores aos previstos no contrato de concessão original. Ocorre que a Via 040 também devolverá itens da frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança abaixo dos padrões contratuais.

107. Além disso, cabe frisar que o montante de R\$ 30,6 milhões, que o Verificador Independente considerou como passível de indenização, foi obtido a partir do Anexo X (peça 433), considerando-se a soma dos valores de 735 contratos. Ocorre que entre eles se encontram ajustes relativos a itens claramente não indenizáveis, como “Serviços de Sinalização Viária Horizontal”, uma vez que a Agência não atestou, quando do término da Recuperação, o atingimento dos parâmetros de desempenho da sinalização horizontal. Tampouco, na manifestação dos gestores, afirmou ser cabível qualquer indenização relativa à sinalização horizontal. Ademais, entre os 735 contratos, encontram-se ajustes associados a “Prestação de serviços de conservação de rotina” ou, simplesmente, “Prestação de serviços”, sem que tenha sido detalhado a quais serviços se referem.

108. Acrescenta-se que não foi observada referência a qualquer análise, seja do Verificador Independente, seja da ANTT, quanto à aderência às condições equitativas de mercado dos supostos R\$ 30,6 milhões que teriam sido dispendidos para instalação do quantitativo remanescente de sinalização e dispositivos de segurança. Tal análise poderia ser realizada a partir da precificação, por meio do Sicro, dos quantitativos de defensas novas (excluindo-se aquelas instaladas em substituição a pré-existentes) e de placas educativas/indicativas instaladas (caso, de fato, tivesse sido comprovado o atendimento da retrorefletância exigida no contrato de concessão) – o que também não aconteceu.

109. Portanto, proponho determinar à ANTT que, em relação às fases de Trabalhos Iniciais e de Recuperação, restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente tenham sido executados até o marco contratual correspondente e estejam aderentes às condições equitativas de mercado, particularmente, em relação aos dispêndios associados à Recuperação da frente Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança, que foram considerados indenizáveis, em contrariedade ao inciso IX do art. 2º e ao inciso VI do art. 7º da Resolução ANTT 5.860/2019.

II.3 Encerramento do Contrato Vigente: validação dos investimentos para fins de indenização

110. Ao longo desta seção, serão analisadas as deduções do montante indenizável pelos bens reversíveis da Concessionária Via 040, conforme disposto no §2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.

111. Passo analisar cada um dos aspectos a seguir: a) multas aplicadas; b) danos ao sistema rodoviário; c) arrecadação a maior relativa a investimentos não executados; d) arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo; e) arrecadação a maior relativa ao excedente tarifário vigente durante a relicitação.

II.3.1 – Das multas aplicadas à Concessionária

112. Em relação às multas aplicadas à Concessionária, a unidade técnica apontou, inicialmente, que elas teriam sido estimadas pela ANTT em R\$ 892 milhões. Em razão disso, foi questionado à

Agência acerca da pertinência do abatimento do valor dessas multas sobre o valor da indenização, independentemente da existência ou não de recursos pendentes de julgamento.

113. Em sua manifestação, a ANTT alegou que o valor da indenização para fins de relicitação prevista no § 3º do art. 15 da Lei 13.448/2017 deve ser definido e pago antes da extinção do contrato. Desse modo, as multas, com trânsito em julgado administrativo, deverão ser abatidas da indenização a ser paga à atual concessionária.

114. Em relação às multas pendentes de recursos, ou seja, as não transitadas em julgado, o seu julgamento definitivo poderia vir a ocorrer após a assunção da concessão pelo futuro contratado. Nesse contexto, não só as multas sem decisão definitiva, mas também eventuais créditos e débitos entre as partes (Agência e concessionária antiga), como é o caso de eventual desequilíbrio econômico e financeiro que venha a ser apurado em processo judicial ou arbitral em andamento, será objeto de um segundo encontro de contas, durante a vigência da futura concessão, em processo específico, denominado “apuração de haveres e deveres”, nos termos do art. 16 da Resolução ANTT 5.926/2021.

115. Tal sistemática seria explicada porque, para que o valor líquido (valor da indenização menos multas e valores de natureza não tributária) possa ser pago pelo futuro contratado, é necessário que esta dedução ocorra antes de publicação do edital de licitação da futura concessão. Desse modo, o valor líquido da indenização comporia o modelo econômico-financeiro do novo ajuste, com reflexo significativo nas futuras tarifas, em razão das seguintes disposições do art. 15 da Lei 13.448/2017:

“Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: (...)

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação; (...)

*§ 2º As multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente **deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º deste artigo**, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.*

*§ 3º O pagamento ao anterior contratado da indenização calculada com base no § 2º deste artigo **será condição para o início do novo contrato de parceria**.*” [destaques e grifos acrescidos]

116. Desse modo, segundo a Agência, haveria quatro processos distintos na apuração dos valores da relicitação. O primeiro seria para apuração e pagamento da indenização, quantificada pelo Verificador Independente. Do valor dessa indenização, seriam deduzidas as multas e demais somas devidas com trânsito em julgado (com liquidez e certeza). O segundo seria a apuração de haveres e deveres, que se iniciaria após a última revisão ordinária e se estenderia ao longo do futuro contrato de concessão. No terceiro, haveria cobrança administrativa, execução de garantias ou execução fiscal de valores devidos pela concessionária ou, em caso de dívida do Poder Concedente, pagamento com recursos do Orçamento Geral da União. Em quarto, a execução de decisões judiciais ou sentenças arbitrais, a ocorrer somente após trânsito em julgado de cada um desses processos.

117. Em sua manifestação, a Via 040 reforçou os apontamentos da ANTT e acrescentou que seria errado exigir a compensação de multas não transitadas em julgado na indenização por bens reversíveis, uma vez que elas ainda seriam passíveis de contraditório e ampla defesa.

118. Nesse contexto, a Auditoria Especializada reconheceu que não poderiam ser deduzidas da indenização as multas ainda passíveis de recurso administrativos, judicial ou arbitral. Com vistas à obtenção da memória de cálculo do valor das multas que compuseram o montante de R\$ 535 milhões que seria deduzido da indenização, a Agência informou que estaria sendo objeto de negociação junto à

Via 040 a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Caso assinado, de um lado, a Concessionária reconheceria a responsabilidade pelas multas não transitadas em julgado (de modo a encerrar centenas de processos administrativos em andamento); e de outro, nos termos da Portaria-ANTT 24/2021/SUROD, ganharia um desconto de 40% sobre as multas até então estimadas em R\$ 892 milhões, o que resultaria na quantia final de R\$ 535 milhões a ser deduzida da indenização.

119. Com base nas informações supramencionadas, a Auditoria Especializada indicou, ainda no relatório preliminar, que não existiriam razões para ações adicionais do TCU quanto ao tema.

120. Ocorre que, quando da apresentação dos comentários dos gestores, a ANTT apresentou nova projeção do valor total das multas que seriam considerados no TAC, reduzindo a estimativa do desconto da indenização de R\$ 535 milhões para R\$ 149,7 milhões. Em síntese, a Agência alegou ter anulado grande parte dos processos sancionatórios em razão de duplicidade das penalidades. Dessa forma, após as anulações dos autos de infração, a estimativa inicial das multas que era R\$ 892 milhões passou a ser R\$ 249,6 milhões e, caso o TAC seja assinado, o valor a ser descontado da indenização passará a ser R\$ 149,7 milhões, em razão da aplicação do desconto de 40%.

121. Sem ter tempo hábil para analisar exaustivamente as alterações promovidas no montante das multas, a Auditoria Especializada consignou que, conforme a regulamentação do TAC Multas (Portaria ANTT/SUROD 24/2021), o instrumento não se aplica às multas já transitadas em julgado na esfera administrativa. Nesse contexto, a unidade técnica apontou que existem R\$ 18,5 milhões em multas transitadas em julgado, sendo que algumas delas já estão inscritas na dívida ativa.

122. Questionada como se daria o abatimento de tais valores da indenização, a ANTT afirmou que os processos citados não poderão integrar o TAC. Todavia, os que ainda não foram inscritos na dívida ativa, por não serem exigíveis, não serão descontados da indenização, mas sim nos haveres e deveres (encontro de contas seguinte), desde que não haja óbices judiciais ou arbitrais para tanto.

123. Assim, a Auditoria Especializada propôs determinar à ANTT que proceda o abatimento dos valores das multas devidas pela concessionária à União, particularmente aquelas relativas aos processos administrativos da ANTT com trânsito em julgado administrativo, independentemente de estarem ou não inscritas em dívida ativa, salvo casos de suspensões judiciais ou arbitrais.

124. Incorpo às minhas razões de decidir a argumentação da Auditoria Especializada. Como indicado pela ANTT, não devem ser incluídas no TAC as multas que já tenham decisão definitiva de mérito, cabendo o abatimento integral delas quando do cálculo do valor líquido indenizável, sem o desconto a que a concessionária faria jus com a celebração do TAC. Todavia, o § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 é claro no sentido que as multas devidas devem ser abatidas da indenização pelos bens reversíveis, o que inclui as multas com trânsito em julgado administrativo, independentemente de já estarem ou não inscritas em dívida ativa. De fato, seria um contrassenso pagar a concessionária uma indenização, que inclusive pode ser custeada com recursos diretos da União (§ 5º do art. 15 da Lei 13.448/2017), sendo que empresa já tem uma dívida líquida e certa com o referido ente.

125. Assim, não vislumbro fundamento válido para a pretensão de excluir dos abatimentos as multas inscritas em dívida ativa, de modo que incorpo, com pontuais ajustes, a proposta da unidade técnica.

126. Quanto à mencionada redução das multas a serem abatidas da indenização, conforme explicado, a Auditoria Especializada não teve oportunidade de aprofundar os exames, visto que tal informação foi apresentada ao final do prazo de instrução por ocasião da manifestação dos gestores. Cabe frisar que não existem indícios de irregularidades nos autos que ensejam medidas por este Tribunal para paralisar o presente feito e comprometer todo o planejamento estatal que está em curso. Pelo contrário, eventual decisão, em sentido contrário, deve ser avaliada à luz do art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 que preceitua que, inclusive na esfera controladora, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

127. Entretanto, em vista da materialidade dos valores envolvidos, da relevância dos mecanismos de multas para o *enforcement* da Agência e da repercussão desse instrumento sobre as futuras relicações, proponho determinar à Segecex que inclua, no seu plano de fiscalização, ação de controle para avaliar os procedimentos internos relacionados à aplicação e julgamento das multas impostas pela ANTT às concessionárias de rodovias.

128. Quanto às futuras relicações, entendo que duas medidas favorecerão a racionalização administrativa e operacional da ANTT e mitigarão incertezas inerentes ao processo de relicação. De início, antecipo que entendo as ditas devoluções amigáveis como um momento único para pacificar conflitos que drenam importantes recursos, não só da ANTT, como também do Poder Judiciário e da Procuradoria-Geral Federal.

129. Destaco a seguinte passagem do memorial acostado pela ANTT à peça 483, p.18:

“esforço incomedido que se lança à já assobrada procuradoria federal e aos gestores e servidores em novos processos e litígâncias que demandam tempo e dedicação que poderiam ser direcionados a outros interesses. A litígância atrasa a aplicação de decisões por anos, arrasta-se e quem perde são os usuários.” [grifos acrescidos]

130. Essa mesma litígância que consome importantes recursos da ANTT e da sua Procuradoria também contribui para o aumento do estoque de processos judiciais, para o aumento do prazo médio que um feito judicial é julgado e para a sobrecarga do sistema judicial, em todas as suas instâncias.

131. No âmbito dos processos judiciais e arbitrais, penso ser oportuno um encaminhamento no sentido de, antes da assinatura dos futuros termos aditivos de relicação, que a ANTT busque a desistência de processos judiciais ou arbitrais em curso. Como a rescisão amigável é marcada pela consensualidade e não há lei ou regulamento que obrigue esse tipo de negociação pela Agência, penso que este encaminhamento não poderia vir na forma de determinação, mas sim de recomendação.

132. Do contrário, seria possível inviabilizar certas relicações (que constituem um objetivo estatal), em que o concessionário não tenha interesse em renunciar a suas ações judiciais ou arbitrais. Sem prejuízo de considerar inafastável o poder-dever de a ANTT buscar a concretização do interesse público de forma ampla, inclusive, se possível, com a finalização de todos os processos pendentes, será assinado o aditivo de relicação com a empresa que atender os requisitos da Lei 13.448/2017 e, devo reconhecer, um único processo judicial ou arbitral eventualmente solucionado já poderá representar economia de recursos para a Agência, sua Procuradoria e o Poder Judiciário. Portanto, proponho recomendar à ANTT que, antes da assinatura de futuros termos aditivos de relicação, busque a desistência por parte do concessionário, do todo ou de parte, dos processos judiciais ou arbitrais em trâmite.

133. No âmbito dos processos administrativos, o TAC merece ser incentivado, pois permite a Agência encerrar inúmeros autos de infração, que perdem o sentido de serem julgados ante a saída do concessionário. Caso não assinado, esses processos precisarão ser instruídos e julgados.

134. Desse modo, assim como nos processos judiciais e arbitrais, cabe proposta, no sentido de que, antes da assinatura dos futuros termos aditivos de relicação, a Agência busque a adesão do concessionário a possível termo de ajustamento de conduta (TAC). Nesse sentido, cabe lembrar que, depois que o termo aditivo foi assinado, o parceiro privado tem menos incentivos para aderir ao ajuste, uma vez que ele reduz o correspondente valor líquido da sua indenização, vale dizer, o momento mais propício para extrair um acordo dessa natureza é antes da assinatura do termo aditivo.

135. Ante a natureza consensual do instituto e a falta de norma cogente, entendo novamente que a proposta não pode ser endereçada como determinação para não inviabilizar certas relicações.

136. Assim, proponho recomendar à ANTT que, antes da assinatura de futuros termos aditivos de relicação, busque a adesão do concessionário a possível termo de ajustamento de conduta (TAC).

II.3.2 – Dos danos sobre o sistema rodoviário

137. No relatório preliminar, a unidade técnica apontou que a Resolução-ANTT 5.860/2019 regulamentou a metodologia de cálculo dos valores associados aos créditos da concessionária junto ao Poder Concedente (indenização pelos bens reversíveis), mas não regulamentou como seriam calculados os débitos da concessionária, parte indispensável da equação para a apuração do montante líquido a ser ressarcido à empresa, nos termos da Lei 13.448/2017 e do Decreto 9.957/2019.

138. Considerando que a ANTT não trouxe justificativas para o presente vácuo normativo, incorporo à minha proposta a íntegra do encaminhamento da Auditoria Especializada, no sentido de dar ciência à Agência de que a não regulamentação de metodologia de apuração e cálculo dos montantes a serem abatidos do valor associado aos bens reversíveis, previstos no art. 15, § 2º, da Lei 13.448/2017 e no art. 11, inciso I, do Decreto 9.957/2019, constitui transgressão a seu dever de calcular corretamente a importância a ser ressarcida às concessionárias no processo de relicitação.

139. Sobre esse aspecto, estando o processo pautado e este voto já disponível no sistema informatizado de apoio às sessões dos colegiados, recebi valiosa contribuição do gabinete da Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), Cristina Machado. Em linhas gerais, a Exma. Procuradora defendeu que, em vista da importância desta omissão regulatória e do fato de a presente deliberação orientar as futuras relicitações do setor rodoviário, endereçar este encaminhamento na forma de determinação seria mais efetivo do que a mera ciência de que a não regulamentação viola dispositivos legais.

140. Acolho a argumentação da Exma. Procuradora de que a mencionada omissão normativa é, de fato, relevante e de que uma determinação não extrapolaria o controle de segunda ordem do TCU. Todavia, entendo que, por hora, a ciência é mais oportuna, visto que, além de ela também ter o caráter cogente, ao contrário da determinação, nos termos do art. 2º da Resolução TCU 315/2020, para ela não se fixa um prazo para a sua implementação. Considerando que a superveniente normatização só será aplicável às futuras relicitações, vale dizer, àquelas que nem tiveram o correspondente termo aditivo assinado, fixar, agora, um prazo para elaborar o referido normativo pode interferir indevidamente na gestão e na discricionariedade regulatória da ANTT, especialmente quanto ao momento ideal para a sua elaboração. Isso porque, considerando que a futura regulamentação demandará recursos regulatórios, que são escassos, é factível que o Regulador entenda que exista outras normas que precisem ser elaboradas com maior prioridade. De qualquer modo, entendo que a discussão pode ser novamente retomada caso a Auditoria Especializada aponte eventual negligência da Agência Reguladora na sua edição.

II.3.3 – Da arrecadação a maior relativa à remuneração por investimentos não executados

141. No relatório preliminar, a Auditoria Especializada apontou que, previamente à celebração do termo aditivo de relicitação, a Via 040 vinha sendo remunerada por investimentos não executados, resultando em arrecadação a maior na tarifa de pedágio. Defendeu-se que, nos termos da Resolução-ANTT 5.850/2019, essa arrecadação a maior seria mitigada pela aplicação do Fator D, juntamente com o Coeficiente de Ajuste Temporal (CAT). Conforme disposto nessa resolução, o CAT é um valor pré-fixado com vista “a recuperar as receitas auferidas anteriormente à exclusão da obrigação, mantendo a neutralidade do Fator ‘D’ no caso de exclusão de obrigações contratuais”.

142. Ao celebrar o 1º TA, a ANTT previu o Fator D, todavia não previu o CAT, entendendo que:

“o CAT é previsto na Resolução ANTT nº 5.850/2019 para o caso de exclusão de obrigações contratuais previstas no PER. Entretanto, considerando que o inciso XIII do Art. 8º do Decreto nº 9.957/2019 prevê, em caso de desqualificação do empreendimento, o restabelecimento automático dos encargos, das

obrigações e das condições vigentes antes da celebração do TA, entendemos não se tratar de situação de exclusão de investimentos, mas sim de suspensão de investimentos” [grifos acrescidos]

143. No voto do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário, em que se concedeu medida cautelar para que a ANTT se abstivesse de praticar atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação, a Ministra-Relatora Ana Arraes manifestou-se contrariamente a esse argumento:

“94. Em relação ao coeficiente de ajuste temporal, resta clara a necessidade de aplicá-lo. Não há que se falar em suspensão de investimentos, como pretende a ANTT. Os investimentos serão excluídos do contrato original por ocasião da relicitação. Portanto, ao desonerar o concessionário original dessa obrigação, é clara a necessidade da contrapartida financeira, consubstanciada pela devolução da parcela das tarifas arrecadadas a título de pagamento por investimentos futuros que não chegarão a se materializar no âmbito do contrato original.”

144. Conforme já exposto, o Acórdão 2.924/2020-TCU-Plenário revogou a referida medida cautelar, com base na ausência do pressuposto do perigo da demora. Nesse contexto, a controvérsia com relação ao CAT continuou ao longo da instrução processual: de um lado a ANTT, contrária à aplicação do mencionado dispositivo; do outro, a unidade técnica a favor.

145. Com as devidas vênias discordo do posicionamento da unidade instrutora.

146. Antes de adentrar nas razões da minha discordância, antecipo que concordo com a argumentação da unidade técnica de que o CAT atenua os efeitos financeiros anteriores a exclusão de um investimento não executado do fluxo de caixa, por ocasião da aplicação do Fator D.

147. Como o Fator D tem apenas efeitos prospectivos, uma vez que ele é aplicado quando da apuração da inexecução de um investimento (retirando-o do fluxo de caixa) e o concessionário entra no negócio recebendo a tarifa cheia, de fato, existem receitas por investimentos não executados, anteriores a aplicação do fator de desconto, que precisam ser compensadas, e o instrumento adequado para isso é o CAT.

148. Todavia, em que pese esta compensação não acontecer sem o CAT, cabe frisar que os contratos da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe), como é o caso da Via 040, da Concebra e da MS Vias (que aderiram às relicitações da Lei 13.448/2017) não previram este instrumento, vale dizer, o CAT foi introduzido apenas nos contratos da 4ª etapa do Procrofe.

149. Desse modo, embora entenda que o CAT represente uma importante evolução no modelo regulatório, concordo com a ANTT que a sua aplicação aos contratos da 3ª Etapa do Procrofe romperia o princípio *pacta sunt servanda* e colocaria em risco o instituto da relicitação.

150. Quanto ao *pacta sunt servanda*, que preceitua que não se pode obrigar alguém a cumprir um contrato do qual não é signatário, entendo que impor o CAT, no procedimento de relicitações, a concessões que não previram este mecanismo em seus ajustes iniciais representaria violação não só a este princípio basilar do Direito Contratual, como também à segurança jurídica e previsibilidade dos atos Poder Público, o que, inevitavelmente, será precificado pelos *players* nas futuras licitações. No mesmo sentido, cito o art. 10 da Lei 8.987/1995, que preceitua que “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

151. Quanto ao risco do instituto da relicitação, ao impor o CAT a concessões que não o previram, se romperia o vínculo consensual, uma vez que a alteração unilateral de cláusulas do termo aditivo interferiria no cálculo final da indenização, de modo a favorecer o retorno à disputa judicial e arbitral, em prejuízo a continuidade dos serviços, que é justamente o que se busca evitar com as relicitações.

152. Por fim, em que pese discordar da aplicação do CAT a procedimentos de relicitação das concessões da 3ª Etapa do Procrofe pelas razões que expus, entendo que este instrumento deve ser

previsto em eventuais devoluções amigáveis de concessões da 4ª Etapa do Programa, uma vez que, nesses contratos, tal instrumento foi previsto e aceito consensualmente.

153. Portanto, deixo de acolher o encaminhamento da unidade técnica.

II.3.4 – Da arrecadação a maior em razão do excedente tarifário entre 10/10/2018 e o 1º TA

154. Conforme apontou a Auditoria Especializada, o Poder Concedente faria jus a crédito referente a valores arrecadados a maior pela Via 040 (excedente tarifário) no período entre 10/10/2018 e a celebração do 1º TA, no valor de R\$ 430 milhões, atualizados até março/2022.

155. Tal valor decorreria de a Via 040 ter obtido medida cautelar junto à Seção Judiciária do Distrito Federal, determinando a manutenção da tarifa de pedágio de R\$ 5,30, sem a redução prevista na Deliberação 523, até decisão do juízo arbitral, ou até que fosse solucionado o pedido de relicitação.

156. Quanto à referência da decisão judicial ao juízo arbitral, esta decorre do fato de a Via 040 ter instaurado junto à Câmara de Comércio Internacional (CCI) o Procedimento Arbitral 23932/GSS/PFF, questionando, entre outras demandas, a aplicação do Fator D. No âmbito desse procedimento arbitral teria sido prolatada a Ordem Processual 03/2020 (peça 242), mantendo a cautelar adotada com consequente manutenção da base tarifária até nova análise procedimental.

157. Nesse contexto, preliminarmente, a Auditoria Especializada considerou necessário incluir esse excedente tarifário nas deduções da indenização devida à Concessionária Via 040.

158. Em sua manifestação, a ANTT alegou que o valor da indenização para fins de relicitação prevista no § 3º do art. 15 da Lei 13.448/2017 deve ser definido e pago antes da extinção do contrato. Por isso, assim como nas multas pendentes de recursos, eventual desequilíbrio econômico e financeiro que venha a ser apurado em processo judicial ou arbitral em andamento, será objeto de um segundo encontro de contas, durante a vigência da futura concessão, em processo específico, denominado “apuração de haveres e deveres”, nos termos do art. 16 da Resolução ANTT 5.926/2021.

159. Em outras palavras, como a discussão sobre o excedente tarifário decorrente de tarifas praticadas a maior no período entre 10/10/2018 e a assinatura do 1º TA (de relicitação) está sendo tratada no âmbito do juízo arbitral e a sua decisão final de mérito, muito provavelmente, ocorrerá após a publicação do edital da futura licitação, entendo que o excedente tarifário em apreço não poderia ser abatido a tempo da indenização e, por isso, sua quantificação ficaria para o segundo encontro de contas, a ser realizado no processo específico denominado “apuração de haveres e deveres”, nos termos do art. 16 da Resolução ANTT 5.926/2021.

160. Nesse contexto, a Auditoria Especializada concordou com a impossibilidade de deduzir o presente excedente tarifário da indenização por bens reversíveis e apresentou nova proposta de encaminhamento, no sentido de determinar à ANTT que, caso, por ocasião da fixação definitiva do valor reconhecido do ressarcimento associado à indenização pelos bens reversíveis, não haja impedimentos judiciais ou arbitrais, promova o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data de 10/10/2018 e a celebração do 1º TA.

161. No âmbito de comentários dos gestores, a ANTT considerou que a proposta seria dispensável, em vista de se tratar do mero cumprimento de dispositivo legal. No relatório final, a AudRodoviaAviação manteve a determinação, com o argumento de que não se trataria de determinar o mero cumprimento da lei, mas sim de orientar sua aplicação em um caso concreto.

162. Já com os autos em meu gabinete, a Via 040 protocolou memorial (peça 487), ponderando que a presente deliberação deveria indicar como marco para o abatimento do excedente tarifário em apreço o encerramento do processo arbitral, pois apenas neste momento haveria uma definição definitiva quanto aos valores a serem deduzidos (p. 5). Assim, transcrevo o seguinte excerto (p.6):

“A adoção do marco referente ao encerramento do processo arbitral atende não só à segurança jurídica e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas também ao princípio da economicidade processual, afastando a possibilidade de deduções precoces, nutridas de incertezas que certamente demandarão aos prejudicados (Poder Concedente ou Concessionária) novas demandas judiciais e/ou arbitrais para revisão desses valores.” [destaques e grifos acrescidos]

163. Feita estas breves considerações, passo ao exame do mérito.

164. De início, considerando a materialidade dos R\$ 430 milhões envolvidos e o ineditismo das relitações, concordo com a unidade técnica e entendo pertinente determinação para orientar a aplicação da lei no caso concreto. Em segundo, concordo com a Via 040 que estabelecer o trânsito em julgado do processo arbitral como marco para o abatimento do presente excedente tarifário trará segurança jurídica e mitigará risco que, caso concretizado, poderá inviabilizar a presente relitação.

164. Caso a decisão cautelar que mantém a tarifa da Via 040 em R\$ 5,30 seja revogada antes da publicação do edital da nova concessão, inevitavelmente surgirá um imbróglio se os R\$ 430 milhões do excedente tarifário em apreço deveriam ou não ser abatidos da indenização do futuro contratado. Por si só, essa dúvida atrasaria o certame, uma vez que não seria possível comparar a proposta de um agente que considerou esse abatimento de R\$ 430 milhões no seu lance e o outro que não considerou.

165. Além disso, caso se entenda que, mesmo diante de uma decisão precária do juízo arbitral, tal valor deva ser abatido da indenização do concessionário, esta que, hoje, está estimada em R\$ 120 milhões a favor da Via 040 segundo a ANTT (peça 482, p. 4), passaria a ser de mais de R\$ 300 milhões negativos.

166. Concorro com a Via 040 que eventual decisão não definitiva de mérito desfavorável à empresa não poderia ensejar a dedução do excedente tarifário em apreço ou de qualquer outra dívida da indenização por bens reversíveis, uma vez que, neste caso, inexiste direito líquido e certo do Poder Concedente, que é o pressuposto teleológico do §2º do art. 15 da Lei 13.448/2017.

167. A dúvida que surge é a a partir de quando uma decisão definitiva de mérito, desfavorável a uma concessionária qualquer, não poderia mais implicar na dedução da garantia dos bens reversíveis, sob pena de atrasar ou até inviabilizar a licitação da futura concessão. Essa dúvida surge porque a Lei 13.448/2017 não fixou um marco temporal e cabe lembrar que o seu §3º do art. 15 fixou o pagamento do valor líquido (valor da indenização menos multas e valores de natureza não tributária), pelo futuro concessionário, como requisito para o início do novo contrato de parceria.

168. Como intérprete e aplicador do direito, cabe ao TCU colmatar o presente vácuo normativo. Considerando o impacto significativo do valor líquido da indenização sobre o valor das tarifas e a proposta dos licitantes da futura concessão, ou seja, sobre a própria licitação, penso que seria lógico estabelecer este prazo a partir da publicação do edital de licitação da futura concessão. Do contrário, caso uma decisão judicial ou arbitral definitiva seja proferida, entre essa data e a assinatura do novo contrato, implicaria na paralização do certame por prazo indefinido, em prejuízo à continuidade do serviço.

169. Desse modo, proponho fixar o marco temporal de fechamento do valor líquido a ser indenizado, nos termos do §2º do art. 15 da Lei 13.448/2017, como a data de publicação do edital de licitação da futura concessão. Assim, incorporo à proposta da Auditoria Especializada as contribuições da Via 040 e proponho determinar à ANTT que promova o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data 10/10/2018 e a celebração do 1º termo aditivo, caso decisão definitiva de juízo arbitral ou judicial, anterior a publicação do edital da futura concessão, reconheça o direito do Poder Concedente frente à atual contratada.

II.3.5 – Da arrecadação a maior em razão do excedente tarifário do processo de relitação

170. Conforme apontou a Auditoria Especializada, o excedente tarifário decorrente do 1º TA é da ordem de R\$ 590 milhões, para o período de 1002 dias, entre o início do aditivo de relicitação, em 20/11/2020, e o seu término previsto para 19/8/2023. Cabe destacar que este excedente tarifário decorre da diferença entre a tarifa estabelecida (R\$ 2,54), que foi reduzida em relação à tarifa obtida no certame em vista do atraso de investimentos, e a tarifa efetivamente arrecadada (R\$ 5,30).

171. **É incontroverso que este valor deverá ser abatido da indenização dos bens reversíveis ou restituída no processo de haveres e deveres**, após sua correção pelo IPCA e a sua remuneração pela taxa do fluxo de caixa marginal do projeto, ou seja, não se trata de recursos adicionais incorporados ao patrimônio da concessionária, mas apenas da antecipação de valores a serem, posteriormente, restituídos ao Poder Público. A justificativa para essa antecipação é a necessidade de dotar a contratada de liquidez para fazer frente aos investimentos essenciais para manutenção da rodovia em condições de utilização.

172. Antes de adentrar nas análises pertinentes, antecipo que a unidade instrutora propôs determinação à ANTT para que se abstenha de pactuar novos termos aditivos de contratos de concessão de rodovias federais que autorizem a cobrança de tarifas de pedágio em valores que excedem àqueles calculados como adequados para remuneração pelos serviços. Sem concordar com a proposta, a ANTT entende que este encaminhamento inviabilizaria o instituto das relicitações.

173. Início a análise com os argumentos que defendem que a proposta inviabilizaria o instituto.

174. No âmbito de comentário dos gestores, a ANTT consignou que:

“A questão tratada neste tópico – excedente tarifário – já foi amplamente discutidas nestes e em outros autos no âmbito do Tribunal e, na visão da Agência, sua solução é fundamental para permitir o prosseguimento dos processos de relicitação em concessões de rodovias, de forma que se reputa importante tentar fazer o Tribunal entender as razões pelas quais a ANTT defende que a manutenção deste mecanismo é condição sine qua non para prosseguimento deste e de outros processos de devolução amigável.” [grifos acrescidos]

175. Acrescentou que haveria “basicamente três fontes possíveis de recursos financeiros para prover o serviço público: receitas tarifárias, aportes dos acionistas (*equity*) e financiamento com credores (dívida)”. As condições fáticas de uma concessão em processo de relicitação inviabilizariam a obtenção de novos financiamentos junto a terceiros, de modo que os recursos para custear os dispêndios associados à concessão teriam que advir das outras duas fontes, sendo que seria inviável exigir que a totalidade dos recursos fosse originária de aportes dos acionistas (peça 452, p. 27).

176. Nesse contexto, apontou ainda que a não arrecadação do excedente tarifário ocasionaria a falta de recursos para a manutenção das rodovias, causando a deterioração do patrimônio da União. Além disso, a sua proibição, na prática, inviabilizaria a celebração de relicitações, o que causaria significativo “prejuízo econômico e o número de vidas perdidas” (peça 452, p. 28).

177. Ainda com relação à imprescindibilidade do excedente tarifário para a viabilidade das relicitações, em memorial acostado à peça 483, a agência trouxe as seguintes considerações.

178. Primeiramente, a ANTT enfatizou que, nos termos do art. 13 da Lei 13.448/2017, o objetivo das relicitações é assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Citou que, nos termos do art. 15 desta Lei, a relicitação estaria condicionada à celebração de termo aditivo, do qual constaria, além da previsão da suspensão de certas obrigações de investimentos, a obrigação de manter as condições mínimas em que os “serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento” [destaque do original] – p. 12.

179. Acrescentou que a realidade social é dinâmica e, por isso, demandam-se soluções de engenharia que recaem sobre as rodovias como o acesso a cidades e bairros e a adoção de medidas de

segurança viária como a instalação de passarelas, em razão do constante crescimento da população e do tráfego. Nesse contexto, trouxe argumentação que entendo oportuno transcrever (p.12):

“Inclusive, o que é amplamente percebido pelos gestores em audiências públicas cujo objeto são trechos em relicitação são os pedidos por celeridade, para que os contratos antigos cheguem a seu fim e as comunidades lindeiras possam ser beneficiadas com contratos modernos, sem as limitações de investimentos advindas dos termos aditivos da concessão em devolução, o que leva a uma baixa performance no período de transição em cotejo ao esperado pelo contrato original. Reclames como esses foram a tônica nas audiências públicas de Rota dos Cristais e Rota Sertaneja, havendo, portanto, prioridade na realização dos novos contratos, para suprir solucionar gargalos logísticos, reduzir índice de acidentes fatais, manter a prestação do serviço à comunidade.” [destaques e itálico do original]

180. Nesse sentido, a ANTT defende que o excedente tarifário seria uma ferramenta regulatória que contribui para a viabilidade e o sucesso do processo licitatório, uma vez que torna mais factível o cumprimento contratual por parte dos concessionários após o termo aditivo de devolução amigável.

181. Desse modo, para a Agência, o excedente tarifário seria o instrumento regulatório que viabilizaria o cumprimento de obrigações contratuais mínimas para manter a segurança dos usuários e a conservação do patrimônio público, ao longo do período de relicitação, em razão das dificuldades financeiras das concessionárias que aderiram ao instituto da devolução amigável. Consequentemente, para a ANTT, travar as tarifas de pedágio nos valores atuais, que estão sujeitas a descontos significativos (da ordem de 52% no caso da Via 040), engessaria o procedimento, bem como impediria que fosse garantido ao usuário a prestação do serviço de forma adequada, com regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária (peça 235, p. 90).

182. Ainda quanto à imprescindibilidade do mecanismo, a Via 040 consignou que excedente tarifário não representaria um benefício indevido à empresa e seria um pressuposto essencial para a continuidade do serviço público. Partindo da premissa de um contrato inexecutável, que seria típico dos processos de relicitação, apontou que manter a tarifa inicial seria o mínimo para se garantir as condições para a prestação do serviço adequado e seguro aos usuários do sistema rodoviário. Assim, “não teria sentido, nesse cenário, reduzir a receita tarifária aquém desse mínimo, o que seria o mesmo que inviabilizar a concessão, violando a lógica do processo de relicitação” (peça 243, p. 49).

183. No mesmo sentido, a ABCR consignou que “o afastamento do excedente resultaria em repentina queda nos valores percebidos pelos usuários e, assim, colocaria em risco à modicidade tarifária da nova concessão” e a “eventual redução repentina da TBP poderia colocar em risco a operação e manutenção da concessão durante o processo de relicitação” (peça 424, p. 15).

184. Primeiramente, cabe antecipar que a Auditoria Especializada não se contrapõe ao argumento da necessidade de recursos financeiros para viabilizar uma conservação mínima do sistema rodoviário e a segurança dos usuários. Todavia, ela entende que essa fonte poderia vir do aporte dos acionistas. Nesse sentido, a unidade técnica argumentou que a opção de remunerar a Via 040 com um excedente tarifário mitigou a necessidade de aportes pelos controladores, o que aumentaria o capital social da empresa e disponibilizaria recursos adicionais para a preservação do ativo (peça 477, p. 111).

185. Nessa linha argumentativa, mencionou o caso da relicitação do Aeroporto de São Gonçalo dos Amarantes (Asga) – TC 028.391/2020-9; Relator: Ministro Aroldo Cedraz –, em que teria sido observado nas demonstrações financeiras da Sociedade de Propósito Específico (SPE) que, desde o início do processo de relicitação em 2020, os controladores aportaram recursos na concessão, incrementando seu capital social, de forma a propiciar meios, além dos provenientes das receitas tarifárias, para a realização das atividades tendentes ao cumprimento das exigências contratuais pactuadas. Mencionou ainda que, só no exercício de 2021, os controladores do ASGA aportaram cerca de R\$ 15 milhões, por meio da integralização do capital social (peça 477, p. 102-103).

186. No mesmo sentido, a unidade instrutora registrou a diferença de conduta das Agências Reguladoras dos modais rodoviários e aeroaviários quanto a esse ponto. Enquanto os aditivos de

relicitação celebrados pela ANAC – aeroportos de Viracopos e ASGA – teriam mantido a política tarifária então vigente, no caso da ANTT chegou-se a observar um incremento de até 130% nas tarifas da Concessionária Concebra (BR-060/153/262/DF/GO/MG) - TC 006.189/2022-9.

187. Com relação ao primeiro ponto, apresento a tabela a seguir acostada à peça 489:

Aporte de Capital (Relicitação) - Em milhares de reais			
2020	2021	2022	Total Relicitação
64.776	16.000	0	276.649
45.000	0	119.000	187.000
0	0	0	0
5.500	0	0	5.500

Fonte: ANTT – com base nas demonstrações Financeiras Auditadas

188. A tabela acima apresenta os montantes integralizados pelos controladores em todas as concessões de rodovias que se sujeitaram ao processo de devolução amigável, desde o início de cada relicitação. Desse modo, no que se refere à Concessionária Via 040, foram aportados mais de R\$ 276 milhões para fazer frente aos investimentos mínimos ao longo do seu período de relicitação. Desse modo, os controladores dessa empresa não só aportaram mais recursos do que o Asga em 2021 e do que outras concessionárias do setor, como a Concebra e a Fluminense, que ou não aportaram nada, ou aportaram muito pouco ao longo do período de suas respectivas relicitações.

189. Quanto ao argumento da diferença de tratamento entre a ANTT e a Anac, em relação às suas concessionárias, ao longo do período de relicitação, este também deve ser afastado. De fato, ao contrário da ANTT, a Anac não adotou o excedente tarifário nas suas devoluções amigáveis. Contudo, ao contrário das concessões de rodovias, as concessionárias de aeroportos não praticam tarifas com significativo deságio. No caso da Via 040, o Fator D, aplicado em razão do atraso investimentos, reduz em 47% a tarifa de pedágio, ao passo que o Fator Q, aplicado, em razão do não alcance de parâmetros de desempenho, reduz a tarifa do Asga em apenas 7,5% (peça 482, p. 19).

190. Desse modo, não merecem prosperar os argumentos de que os acionistas do Asga aportaram capital próprio e os da Via 040 não. Da mesma forma, deve-se afastar a alegação de um tratamento regulatório mais favorável às concessionárias, no período de relicitação, da ANTT em relação à Anac.

191. Das informações trazidas até aqui pela AudRodoviaAviação, pela ANTT, pela Via 040 e pela ABCR, extraio que, independentemente se o contrato foi bem modelado ou não, se a Concessionária deu um lance agressivo ou não, na prática, o sistema rodoviário precisa de recursos financeiros para atender aos requisitos mínimos de segurança dos usuários e da preservação do patrimônio público, de modo a viabilizar intervenções mínimas como a recuperação do pavimento ou da sinalização, a manutenção das obras de arte especiais e garantir a operação da rodovia.

192. Nesse contexto, são três as fontes de recursos de uma concessão: a) financiamentos; b) aporte dos acionistas (*equity*); e c) tarifas. Ocorre que, no caso de uma relicitação de uma concessão de rodovia, existem peculiaridades que precisam ser consideradas. Primeiramente, em razão da insolvência dos parceiros privados, os bancos podem não emprestar novos recursos temendo inadimplência. Em segundo, também em razão da dificuldade financeira, o particular simplesmente não tem interesse de aportar recursos próprios em um negócio que lhe gera prejuízo e que ele tenta devolver ao Poder Concedente. Em terceiro, em razão dos inadimplementos contratuais do setor, as tarifas se encontram significativamente descontadas em relação aos valores obtidos por ocasião da licitação.

193. Considerando que os acionistas da Via 040 aportaram R\$ 276,6 milhões desde o início da relicitação e que, pelas estimativas da unidade técnica, o montante do excedente tarifário é de

R\$ 590 milhões, logo serão necessários investimentos da ordem de R\$ 866 milhões para preservar o sistema rodoviário e proteger a segurança dos usuários ao longo desta devolução amigável.

194. Concorde com a ANTT que não é razoável esperar que um parceiro privado, combatido financeiramente, aporte tal monta de recursos. Ainda que o Estado tivesse mecanismos institucionais para obrigar este aporte, que, na prática, não existem, ainda assim seria factível a hipótese de o parceiro privado simplesmente não dispor de tais valores. Ante a falta de recursos, a degradação do sistema rodoviário será inevitável e a consequente repercussão sobre a segurança dos usuários também.

195. Portanto, entendendo que o excedente tarifário constitui elemento relevante para garantir as fontes de recursos financeiros para as concessões de rodovias federais ao longo da relicitação, sem prejuízo da necessária avaliação de sua legitimidade em cada caso concreto.

196. Passo analisar a seguir os argumentos da Auditoria Especializada contrários ao excedente tarifário, bem como os correspondentes contra-argumentos da ANTT, da Via 040 e da ABCR. Em síntese os argumentos contrários ao excedente tarifário são: a) a ilegalidade deste instrumento regulatório; e b) a insuficiência da indenização pelos bens reversíveis para deduzir o excedente.

197. Iniciando pela ilegalidade do instrumento, a unidade técnica defendeu que a Lei 13.448/2017 não previu o excedente tarifário. Assim, ao prevê-lo, o Decreto 9.957/2019 teria extrapolado o caráter regulamentador da Lei 13.448/2017. Por fim, ao suprimir a previsão do mencionado Decreto, que restringiu o pagamento do excedente tarifário ao limite da tarifa teto de pedágio, a Resolução ANTT 5.926/2021 novamente teria extrapolado o seu caráter regulamentador.

198. Nesse contexto, a Agência alegou que a Lei 13.448/2017 teria conferido ao Poder Executivo, no exercício de sua competência regulamentar (inciso IV do art. 84 da CF/1998), a discricionariedade para definir os termos e prazos relacionados ao processo de relicitação (art. 14 da Lei 13.448/2017). Afirmou ainda que a ANTT estaria submetida aos normativos emanados pela autoridade competente, os quais se presumiriam legais e constitucionais. Assim, o excedente tarifário definido no inciso 11 do Decreto 9.957/2019, a ser descontado da indenização de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei 13.448/2017, não sobrepujaria o poder regulamentar do chefe do Poder Executivo, “(...) mormente quando se verifica que ela constitui uma ferramenta regulatória à disposição do regulador para ponderar, em prol do interesse público, os interesses dos *players* do setor” (peça 235, p. 85).

199. Passando para a minha análise, entendo que, sobretudo nos casos mais complexos e sensíveis, como é o caso das relicitações, que envolvem a prestação de serviço público, em diferentes setores, é imperioso conferir certa autonomia decisória ao Poder Concedente, sob pena de impor excessiva rigidez, em prejuízo direto aos usuários do serviço público prestado. Nesse contexto, lembro que a Lei 13.448/2017 não só trata de diferentes e complexos institutos jurídicos, como as prorrogações antecipadas e as relicitações das concessões de serviços públicos, como o faz para três setores completamente distintos da infraestrutura: rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Desse modo, não seria razoável esperar que o legislador ordinário pudesse, em um mesmo normativo, tratar ou prever peculiaridades e complexidades inerentes a um determinado instituto ou modal.

200. Além disso, é preciso interpretar a legislação de maneira sistemática. Primeiramente, com base no princípio da indisponibilidade do interesse público, que é pilar do regime jurídico administrativo, o *caput* e o inciso IV do art. 175 da CF/88 dispõem, conjuntamente, que é um dever constitucional do Estado prestar ou garantir a prestação do serviço adequado. Nesse mesmo sentido, o art. 6º da Lei 8.987/1995 estabelece que “toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”. Por sua vez, conforme o disposto no art. 13 da Lei 13.448/2017, o objetivo da relicitação é assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

201. Desse modo, entendo que o conjunto de normas que regem as concessões possuem forte vetor axiológico que orienta o Poder Concedente, bem como todos os intérpretes do direito, ao longo do processo de relicitação, no sentido de preservar a continuidade do serviço público.

202. Por essa razão, entendo que as ações dos gestores no processo de relicitação, ao interpretarem a legislação, ao elaborarem os normativos infralegais e ao pactuarem os ajustes que materializam esse processo, não podem ser descartadas do instituto da devolução amigável da concessão, de modo a manter a “coerência” legislativa e preservar a continuidade e a segurança do serviço público prestado.

203. Desse modo, com as devidas vênias à unidade instrutora, discordo do posicionamento pela ilegalidade do excedente tarifário, com base na mera alegação de que o Decreto 9.957/2019 e a Resolução ANTT 5.926/2021 extrapolaram o poder regulamentador da Lei 13/448/2017.

204. Trago ainda duas importantes ponderações sobre o encaminhamento proposto.

205. Primeiramente, o art. 20 da LINDB prescreve que, inclusive na esfera controladora, não se decidirá sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Nesse contexto, por dever legal, cabe ao TCU avaliar os possíveis efeitos do encaminhamento proposto, no sentido de impedir o excedente tarifário para as futuras relicitações. Como demonstrado, este instrumento constitui fonte fundamental de recursos para a preservação do sistema rodoviário e da segurança dos usuários. Portanto, uma eventual decisão do TCU nesse sentido necessitaria avaliar não apenas os riscos de dano ao patrimônio público e a segurança dos usuários, como os efeitos sobre o instituto da relicitação, uma vez que não seria factível esperar que concessionárias deficitárias aceitassem, em um procedimento negocial, realizar investimentos mínimos sem que a tarifa exigida cubra tais custos.

206. Em segundo, considero frágeis os fundamentos legais avocados para impedir o excedente tarifário, quais sejam o inciso II do art. 24 e o § 2º do art. 26, da Lei 10.233/2001, que dispõem que:

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

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; (...)

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: (...)

§2º a elaboração dos editais de licitação, para o cumprimento do disposto no inciso VI do caput deste artigo, a ANTT promoverá a compatibilização da tarifa do pedágio com as vantagens econômicas e o conforto de viagem proporcionados aos usuários em decorrência da aplicação dos recursos de sua arrecadação no aperfeiçoamento da via em que é cobrado, bem como a utilização de sistema tarifário que guarde maior proporcionalidade com o trecho da via efetivamente utilizado.”

207. Nesse contexto, entendo que o motivo do fundamento apresentado foi eventual descompasso entre a tarifa praticada, em razão do excedente tarifário, e a tarifa que seria justa, levando em consideração as inexecuções das concessionárias do setor. Concordo com este ponto de vista, porém, entendo que ele precisa ser avaliado em uma perspectiva mais ampla. Ainda que se considere injusto os usuários pagarem uma tarifa mais elevada que a devida, durante o período de relicitação, deve-se ponderar que, caso os investimentos mínimos não sejam feitos em razão da falta de recursos, o sistema rodoviário se deteriorará e serão os próprios usuários que arcarão, via tarifa, com maiores cifras para recuperar a rodovia, após um longo processo de caducidade. Nesse mesmo sentido, a ANTT acostou, à peça 235, p. 99, estudo apontando que a deterioração do sistema rodoviário cresce exponencialmente com o tempo ante a falta de investimentos mínimos para a sua manutenção.

208. Passo a analisar o segundo argumento da unidade instrutora contrário ao excedente tarifário, qual seja a insuficiência da indenização pelos bens reversíveis para deduzir o excedente.

209. De início, antecipo que a ANTT, a Via 040 e a ABCR não apresentaram argumentos para desconstruir este apontamento e que concordo integralmente com a preocupação da unidade técnica.

210. Nesse contexto, transcrevo a seguinte passagem do relatório definitivo (peça 477, p. 104):
- “A sistemática do excedente tarifário, adotada pela ANTT, tem uma deficiência intrínseca, pois consiste em continuamente remunerar a concessionária em montantes a serem futuramente abatidos da indenização sem que se saiba qual o valor total de tal indenização, ou mesmo se esta seria positiva ou negativa, considerando-se que o valor final viria de um encontro de contas.”* [grifos acrescidos]
211. Sem embargo de concordar com a Auditoria Especializada quanto a esse aspecto, destaco que ela própria consignou que não existe esse risco no caso em apreço (peça 477, p. 105):
- “De todo modo, entende-se claramente caracterizado o risco – senão no caso concreto, em outros processos de relicitação – de que o total pago em excedente tarifário, somado às multas e demais abatimentos, venha a superar o valor da indenização pelos bens reversíveis.”* [grifos acrescidos]
212. De fato, conforme os cálculos da ANTT, o valor líquido da indenização da Via 040 está estimado hoje em R\$ 120 milhões (peça 483, p. 16), vale dizer, após apuração da indenização em R\$ 930 milhões e a realização das deduções correspondentes, como multas transitadas em julgado e o presente excedente tarifário resta um saldo positivo de R\$ 120 milhões a favor da Concessionária.
213. Para além do caso concreto, apresentarei na seção seguinte breves considerações sobre o TC 006.189/2022-9 (Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), que trata de outra relicitação no setor rodoviário, na qual realmente existe o risco de a indenização não ser suficiente para abater o excedente tarifário. Até aqui, cabe deixar claro que este risco não existe no processo de relicitação da Via 040.
214. De qualquer modo, penso que é fundamental criar mecanismos para conciliar a aplicação do excedente tarifário, para viabilizar investimentos mínimos no sistema rodoviário, com o risco da insuficiência da indenização para deduzir a antecipação de recursos concedidos ao concessionário.
215. Nesse contexto é imprescindível que a ANTT, previamente à assinatura do termo aditivo de relicitação, condicione a cobrança do excedente tarifário pelo concessionário, ao oferecimento de garantias líquidas apropriadas, em cada caso, para, efetivamente, resguardar o montante estimado, com relativo grau de confiança, dos valores antecipados ao contratado a título de excedente tarifário, que serão insuficientes para serem abatidos da futura indenização pelos bens reversíveis.
216. Com relação a este aspecto, trago algumas considerações.
217. Primeiramente, cabe à Agência, em cada caso concreto, avaliar quais são as medidas adequadas para realmente resguardar o patrimônio. Entendo que, em que pese à discricionariedade, esta escolha não é livre, devendo ser devidamente estudada, evidenciada e fundamentada. Além do seguro garantia e da fiança bancária, deve ser avaliada a possibilidade de exigir garantias reais ou mesmo garantias corporativas, a exemplo do processo que analisou o caso da Rumo Malha Oeste (TC 009.432/2021-3).
218. Em segundo, destaco que, para a garantia ser efetiva, é imprescindível demonstrar que o contrato não foi cumprido. Para tanto, é fundamental que o termo aditivo de relicitação discrimine suficientemente as obrigações da concessionária, seus prazos e o valor financeiro associado a cada descumprimento, ou seja, é preciso definir, de maneira clara, o evento e o valor segurado.
219. Tal medida, caso bem implementada, não só viabilizará investimentos mínimos para a preservação do sistema rodoviário e a segurança dos usuários ao longo das futuras relicitações, como assegurará a restituição ao Poder Concedente dos recursos que forem antecipados aos concessionários via excedente tarifário.
220. Diante de todos esses elementos, proponho determinar à ANTT que condicione o pagamento de excedente tarifário ao oferecimento da garantia que, fundamentadamente, entender ser a mais efetiva, em cada caso, para resguardar, com relativo grau de segurança, a parcela dos valores

antecipados ao concessionário via excedente tarifário, que superarem o montante estimado da futura indenização pelos bens reversíveis.

II.3.6 – Descumprimento de obrigação contratual em relação ao Patrimônio Líquido

221. Finalmente, a unidade instrutora identificou descumprimento de obrigação contratual por parte da atual concessionária (Via 040) em relação à exigência de manutenção de patrimônio líquido em valor equivalente a, pelo menos, um terço (33,33%) de seu capital social. O objetivo de tal dispositivo é assegurar que a contratada disponha de recursos para arcar com eventuais valores devidos ao Poder Público após a extinção do contrato.

222. A AudRodoviaAviação aponta, de forma acertada, que o termo aditivo de relicitação ratificou as disposições do contrato originário que não tenham sido expressamente alteradas por aquele instrumento. Assim, para o caso específico do contrato de concessão da Via 040, a exigência contratual deverá ser atendida. Nada obstante, uma vez constatado o trâmite regular de dois processos administrativos sancionadores referentes a esse tema no âmbito da ANTT, desnecessária a expedição de medidas orientativas por parte do Tribunal.

223. Em relação às futuras relicitações, a unidade especializada externou preocupação ante a informação trazida pela ANTT de que há estudos visando à alteração regulamentar, a ser promovida pela próxima revisão do Regulamento de Concessões Rodoviária, que dispensaria as concessões em processo de relicitação da manutenção de Patrimônio Líquido Mínimo.

224. Argumenta a Unidade de Auditoria que isso representaria risco de o Poder Concedente não vir a recuperar eventuais créditos que lhe sejam de direito, fazendo com que, ao final do processo relicitatório, se observe uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente. Propõe, assim, determinar à ANTT que, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, incorpore cláusulas específicas voltadas à mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após a extinção dos contratos.

225. Acompanho a oportuna e acertada identificação de riscos pela AudRodoviaAviação. Com efeito, mesmo no cenário extraordinário da relicitação, cabe ao regulador acerrar-se de medidas para proteger o erário da concreta ameaça de prejuízo. Não obstante, essa mesma natureza extraordinária impede a definição por esta Corte, *a priori* e sem expressa determinação legal, de qual mecanismo deve ser implementado para essa finalidade.

226. Assim, considero mais adequada a redação sugerida pela ANTT, na etapa de “comentários dos gestores”, no sentido de recomendar à agência que, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, negocie com os parceiros privados a incorporação de cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após a extinção dos contratos de parceria.

227. Entendo que, dessa forma, o risco apurado será adequadamente endereçado, por meio da obtenção de garantias dos acionistas ou de outros operadores, sem descaracterizar a natureza negocial da relicitação, que constitui mecanismo amigável de devolução do ativo.

- III -

228. No âmbito do TC 006.189/2022-9, no dia 15 de março, acolhendo a proposta do Exmo. Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, o Acórdão 451/2023-Plenário, além da realização de oitivas, determinou cautelarmente à ANTT que efetue a retenção do excedente tarifário arrecadado

pela Concessionária Concebra, em conta bancária de movimentação restrita, indisponível à empresa, a ser definida pela Agência, até que o TCU se pronuncie acerca do mérito naqueles autos.

229. Considerando a relação destes autos com o TC 006.189/2022-9, tendo em vista que ambos tratam, em alguma medida, da antecipação dos recursos da indenização dos bens reversíveis, que é concedida aos concessionários, no período de relicitação, por meio do excedente tarifário, entendendo oportuno trazer ponderações para evidenciar que não estão presentes, no caso da Via 040, os riscos que foram apontados com muita propriedade pelo Exmo. Ministro-Relator naqueles autos.

230. Nesse contexto, o subitem 9.1 do Acórdão 451/2023-Plenário determinou a retenção do excedente tarifário arrecadado pela Concebra, em conta restrita, visando a mitigar dois riscos.

231. Em primeiro, o risco de a futura indenização não ser suficiente para abater os valores que estão sendo antecipados à Concessionária em razão do excedente tarifário (peça 139, p. 13):

“(…) a ANTT ao analisar a tarifa da relicitação do contrato de concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG, i) sem definir previamente o valor da indenização, uma vez que seu montante não foi devidamente estimado, tampouco certificado por auditoria independente (art. 7º, parágrafo único, e art. 11, § 3º, do Decreto 9.957/2019) e ii) sem pactuar o detalhamento dos serviços essenciais a serem executados o que seria necessário para demonstrar a insuficiência da tarifa que vinha sendo praticada para conclusão do processo de relicitação (art. 5º, inciso I, c/c art. 7º, caput, da Resolução ANTT 5.926/2021), assumiu o risco de estar a anuir à constituição de débito da Concebra para com a União, haja vista os fortes indícios de que o excedente tarifário será superior ao valor da indenização devida à concessionária.” [grifos do original e destaques acrescidos]

232. Quanto a este ponto, quando analisei o excedente tarifário, na seção II.3.5 deste voto, expus que é baixo o risco de a indenização pelos bens reversíveis da Via 040 ser insuficiente para abater o excedente que receberá ao longo da relicitação. Isso porque o valor líquido da futura indenização da empresa está positivo em R\$ 120 milhões, vale dizer, após a quantificação da indenização em R\$ 930 milhões e deduzidos o excedente tarifário, as multas transitadas em julgado, e eventual TAC a ser assinado pela Concessionária, ainda lhe restarão R\$ 120 milhões (peça 483, p. 16).

233. O segundo risco, pertinentemente apontado, pelo nobre Ministro-Relator, está relacionado a possível desvio de recursos do excedente tarifário aos sócios da Concessionária (peça 139, p. 9):

“16. Não se pode olvidar ainda as irregularidades encontradas no TC 041.030/2018-4, onde se verificou que diretores e gestores da ANTT (entre os anos de 2014 e 2016) recebiam vantagens indevidas de diretores da Concebra, prática essa que ocorria em paralelo à degradação da BR060/153/262.

17. Além do mais, segundo as conclusões desta Unidade Técnica nos autos do TC 039.581/2019- 5, a concessionária praticou uma série de graves irregularidades ao longo da concessão, que vão desde o desvio de recursos financiados pelo BNDES, para finalidades diversas da concessão, passando pela produção de notas fiscais simuladas de serviços de restauração, até a produção de relatórios de monitoração fraudulentos, os quais levaram à não-aplicação de descontos tarifários, bem como a não-aplicação de multas pela agência reguladora.” [grifos do original]

234. No caso da Via 040, entendo também que esse risco é baixo por duas razões.

235. Primeiramente, o 1º TA ao contrato da Via 040 (peça 121) estabelece a impossibilidade de a empresa distribuir dividendos ou juros sobre o capital próprio, ou qualquer operação que configure remuneração dos acionistas (p.8) e que o descumprimento desse comando será considerado infração grave sujeita a desqualificação do empreendimento (p. 10). Em segundo, ainda que se cogite eventual transferência de recursos, por meio de contratos de terceirização, cabe destacar que a Via 040 não possui, ao contrário da Concebra, partes relacionadas, vale dizer, os seus principais acionistas são os fundos de pensão, que possuem mais de 75% da participação do capital social da SPE (peça 490).

236. Assim, com o devido respeito as preocupações e a decisão do Exmo. Ministro-Relator nos autos do TC 006.189/2022-9, entendo que a situação desse processo tem peculiaridades próprias, razão

por que proponho, pontualmente, medidas diversas sem que, contudo, verifique qualquer contradição com aquela decisão.

- IV -

237. Tratando-se do primeiro processo de relicitação rodoviária submetido à apreciação deste Tribunal, conduzi este trabalho sob duas perspectivas. A primeira delas para afastar falhas do atual processo que cuida da BR-040 e a segunda para fixar medidas voltadas ao aprimoramento das relicitações vindouras, sempre atento ao interesse público subjacente a essa natureza de processo administrativo. Aqui, o particular e o Poder Público buscam solução para rescisão de um contrato incompleto por natureza, como são as concessões de serviços públicos.

238. Nesse objetivo, uma relevante dificuldade imposta diz respeito ao momento de atuação da Corte de Contas, que aprecia os elementos relacionados à descontinuidade da concessão vigente quando já assinado o termo aditivo de relicitação, com obrigações recíprocas fixadas sem a avaliação do TCU. Nesse contexto, destaco que, após a assinatura do termo aditivo de relicitação, são imensamente maiores as dificuldades para ajustes contratuais voltados ao aprimoramento do negócio jurídico.

239. Em razão do exposto, proponho ordenar à Segecex que oriente as unidades de auditoria especializada em infraestrutura a, desde a publicação dos decretos de qualificação de projetos para fins de relicitação nos termos da Lei 13.448/2017, acompanhar o correspondente andamento dos procedimentos preparatórios no âmbito das agências reguladoras, especialmente aqueles que antecedem a assinatura do termo aditivo de relicitação.

240. No mesmo contexto, acrescento ainda que a Instrução Normativa TCU 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, estabeleceu em seu primeiro artigo:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete fiscalizar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado.”

241. Embora a Lei 13.448/2017 seja anterior à IN 81/2018, reconheço que esse último normativo não inclui de forma expressa em seu escopo os processos de relicitação, de forma a aplicá-los peremptoriamente os ritos e a sistemática impostos à generalidade dos processos de desestatização.

242. Não tenho dúvidas, contudo, de que, para o exercício efetivo das competências constitucionais e legais do TCU, a atuação da Corte Contas antes da assinatura dos respectivos termos aditivos nas relicitações seria medida a assegurar segurança jurídica às partes envolvidas, maior eficácia à decisão de mérito e efetividade às futuras relicitações fundadas na Lei 13.448/2017.

243. Assim, proponho ao Tribunal recomendar à Segecex que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar anteprojeto para alteração da Instrução Normativa 81/2018, de forma a incluir expressa previsão de que as relicitações observem, no que couber, o rito e os critérios afetos às desestatizações em geral.

- V -

244. Registro que para confecção do presente voto também recebi valiosas contribuições do gabinete do Ministro Jhonatan de Jesus, as quais incorporei em minha minuta de acórdão.

245. Refiro-me às determinações tratadas nas seções II.2.1, II.2.2, II.2.3, II.3.1 e II.3.5, todas relativas a procedimentos a serem observados pela ANTT em futuros processos de relicitação regidos pela Lei 13.448/2017.

246. Acolho as ponderações de Sua Excelência para convertê-las em ciências, com fundamento no art. 9º da Resolução-TCU 315/2020, tendo em vista que todas elas possuem o condão de orientar a atuação administrativa do jurisdicionado.

247. Ademais, também acompanho sugestão quanto à redação do encaminhamento que decorre da análise contida na seção II.2.3, a respeito da quantificação de valores associados a investimentos cuja execução tenha sido regularmente atestada pela entidade reguladora, mas que não disponham de projetos de engenharia e respectivos orçamentos.

248. Considero não haver reparos a fazer na análise apresentada nos parágrafos 72 a 82 deste voto, segundo a qual, para o presente caso concreto, os valores originalmente constantes nos Estudos de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental (Evtea) que embasaram a licitação original da concessão poderiam ser utilizados, subsidiariamente, como limite referencial, para estimativa do custo dos serviços que não disponham de projetos de engenharia. Conforme mencionei, essa compreensão, para o caso em apreço, foi objeto de concordância entre a unidade técnica e a agência reguladora, além de ter sido acolhida pelo Plenário, ao proferir o Acórdão 2.611/2020.

249. Todavia, em linha com as ponderações de Sua Excelência, penso que esse não seja o único, ou mesmo o melhor parâmetro a ser utilizado em outros ativos. Assim, acolho a sugestão para adoção de uma redação mais ampla, que oriente a ANTT a adotar medidas efetivas para avaliar se os investimentos se deram em condições equitativas de mercado, devendo a agência examinar, caso a caso, as melhores práticas de orçamentação disponíveis.

250. De igual modo, agradeço a declaração de voto que me fez chegar o Eminentíssimo Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sua Excelência demonstra justa preocupação com o mecanismo de “contas vinculadas”, já contemplado em outras concessões do setor rodoviário. Propõe que o tema seja tratado em processo apartado, em que se possa examinar o impacto dessas considerações e, se for o caso, estudar eventual modulação dos efeitos de decisão de mérito.

251. Acompanho a sempre prudente e equilibrada manifestação do Ministro Decano e incorporo a proposta de Sua Excelência à minuta de deliberação que ora submeto ao descortino deste Colegiado.

252. Desse modo, agradeço as ricas contribuições endereçadas, que certamente aperfeiçoarão a decisão que estamos a adotar.

- VI -

253. Em comunicado acostado às peças 495 e 496 em 15/4, a Agência Nacional de Transportes Terrestres apontou a possibilidade de reduzir o escopo da futura concessão da BR-040.

254. Tendo em vista que o presente processo não trata apenas da licitação da futura concessão da BR-040, mas também da relicitação da Via 040 e que a presente decisão trará segurança e previsibilidade jurídica, não apenas para os atores deste feito administrativo, mas para todo o setor de rodovias concedidas, uma vez que sinalizará importantes diretrizes para todas as demais relicitações, entendo que há interesse público em apreciar, com celeridade, a matéria aqui submetida.

255. No mesmo sentido, considerando o disposto no art. 20 da LINDB, condicionar a presente deliberação ao exame de eventual alteração no objeto da futura concessão pode comprometer a

continuidade do serviço, a segurança dos usuários e a preservação do patrimônio público no trecho rodoviário da BR-040. Isso porque o contrato de concessão vigente expirará em agosto de 2023 (peça 193, p. 2) e, sem a presente decisão, haverá significativo prejuízo à segurança jurídica da presente relicitação bem como incertezas graves em relação ao valor líquido da indenização.

256. Levando-se em conta o prazo para o Poder Concedente implementar eventuais ajustes no EVTEA e os prazos da IN TCU 81/2018 para a unidade técnica avaliá-los, muito provavelmente este Tribunal não proferirá uma decisão de mérito antes do fim da vigência do aditivo de relicitação, o que aumentará a probabilidade de se romper o vínculo consensual e de se ter início a nova disputa judicial, que é justamente um dos principais aspectos que se buscou evitar com o instituto da devolução amigável.

257. Por fim, uma futura redução do escopo contratual poderá ser analisada pela Agência Reguladora e posteriormente pelo TCU, observada a IN 81/2018, tendo por base os entendimentos agora firmados pela Corte, de modo a tornar o processo mais célere e atender ao interesse público que conduz todo processo de desestatização. Certamente, a apreciação deste processo no exato escopo em que atualmente delineado, permitirá que a futura avaliação aproveite diretrizes e parâmetros ora analisados, o que resultará em celeridade e eficiência para todo o trâmite processual.

- VII -

258. Para concluir, não posso deixar de destacar a importância que vislumbro nos presentes autos.

259. O acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios relativos ao encerramento do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG é o primeiro caso de relicitação rodoviária submetido ao exame desta Corte e, ousado dizer, apresenta discussão em nível de profundidade bastante superior ao processo que tratou da relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, apreciado recentemente pelo TCU.

260. Anoto, ainda, a relevância da estratégia de regulação e de controle no sentido de analisar, em um mesmo processo, o encerramento do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG e o novo processo de desestatização daquela rodovia. É medida que confere harmonia e compatibilidade lógico-jurídica, além de reforçar a segurança jurídica.

261. Em relação ao processo de seleção da nova concessionária BR-040/495/MG/RJ, destaquei que houve convergência majoritária entre as avaliações da agência reguladora e as propostas da unidade instrutiva. Pontualmente, apresento ao plenário medidas para aprimoramento do processo das minutas de edital e contrato.

262. De maior sensibilidade e complexidade técnica foram as análises relativas ao encerramento da concessão vigente. Após numerosas discussões com a agência reguladora, com a unidade instrutiva, com outros atores envolvidos no processo e com a equipe de meu gabinete, apresento ao plenário diversas providências destinadas ao cálculo da indenização devida pela atual concessionária da rodovia. Aspectos como a legitimidade dos investimentos passíveis de indenização, regras aplicáveis ao excedente tarifário, forma de quantificação dos investimentos realizados, procedimentos para eventual abatimento das multas aplicadas foram minuciosamente analisados, sempre tendo como diretriz a satisfação do interesse público.

263. Além disso, tive sempre por norte, pelo ineditismo do processo, a fixação de orientações que ultrapassem o caso concreto e permitirão, por certo, aperfeiçoar os procedimentos a serem adotados nas futuras relicitações.

264. Ao finalizar, parabenizo a Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, na pessoa da auditora-chefe Laura Berlinck e dos demais auditores envolvidos, como também ao assessor do meu gabinete Ricardo Abdalla, pela qualidade do trabalho desenvolvido.

Ante todo o exposto, VOTO nos termos do acórdão que ora apresento ao colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 19 de abril de 2023.

JORGE OLIVEIRA
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Nada teria que objetar quanto ao voto apresentado pelo E. Ministro Jorge Oliveira, em razão do cuidado, ponderação e lucidez com que tratou as questões levantadas neste processo.

Manifesto, porém, certa preocupação com o mecanismo de “contas vinculadas” instituído pela ANTT que, em alguns casos, dependendo da ótica com que se lhe examine, pode revelar-se absolutamente contrário à lei e à constituição.

As assim denominadas “contas vinculadas” são mecanismo de prevenção de possíveis inadimplências, congêneres da *escrow account*, usualmente definida como espécie de conta de garantia, formada pelo depósito de uma ou de ambas as partes contratantes, com o objetivo de assegurar o cumprimento das obrigações acordadas.

Assim como a *escrow account*, a conta vinculada é usualmente gerida por instituição financeira, que atua como agente de custódia e providencia a transferência ou movimentação desses recursos nos termos previstos em contrato.

A adoção desse mecanismo nos contratos de concessão é deveras interessante, pois, em havendo o depósito das receitas da concessionária em contas de movimentação restrita, o poder concedente poderia assegurar a existência de recursos para custear determinadas obrigações assumidas pelo concessionário.

A ANTT, porém, adotou mecanismo híbrido, em que procura reservar recursos para custear, também, obrigações da União, a exemplo de indenizações e reequilíbrios econômico-financeiros do contrato de concessão, na hipótese de materialização de riscos alocados ao Poder Concedente.

Assim, o mecanismo concebido prevê que, do valor proposto no lance vencedor da licitação, 25% sejam recolhidos à conta única do Tesouro e 75%, depositados em conta específica (recursos vinculados da concessão).

Em verdade, na forma em que concebido o mecanismo de contas vinculadas, há mistura de receitas da concessão (recursos privados obtidos com a exploração da concessão) com valores que deveriam ser pagos ao poder concedente (receita pública decorrente da outorga da concessão), o que ocasiona perplexidades.

Não há óbices para que receitas advindas da exploração da concessão sejam depositadas em contas vinculadas para garantir o cumprimento de obrigações do concessionário. Todavia, não existe respaldo jurídico para que valores, devidos pela outorga, sejam destinados, por contrato, para conta vinculada, em vez de serem recolhidos à conta única do Tesouro. Tal poderia estar a ocorrer ao arrepio de normas e princípios de Direito Financeiro.

Recordo-me da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 568, proposta pela Procuradoria-Geral da República, em que se apontava, como ato **atentatório a preceito fundamental**, a tentativa de **alocação de receitas públicas sem passar pelo orçamento público**, que envolvia a destinação de recursos para fundação, que seria criada por membros do MPF, integrantes da força-tarefa da Lava-Jato.

Ao deliberar sobre a questão, o Relator, E. Ministro Alexandre de Moraes, asseverou que, nos termos da legislação brasileira, aqueles recursos possuíam natureza de **receita pública**, “*com a consequente e inexorável atração da incidência das regras constitucionais de Direito Financeiro e Orçamento Público, em especial os princípios da unidade e universalidade orçamentária (art. 165, § 5º, da CF), da unidade de caixa (art. 164, § 3º, da CF) e da própria competência constitucional do Congresso Nacional para deliberar sobre orçamento público (art. 48, I e II, da CF)*”.

Nenhuma dúvida de que estamos a tratar, aqui, não apenas de recursos oriundos da exploração da rodovia – recursos de natureza privada que podem ser depositados em contas vinculadas – mas também de valores devidos à União pela outorga da concessão, que constituem **receita pública**, acarretando, inexoravelmente, **a incidência das regras constitucionais** de Direito Financeiro e Orçamento Público, em especial os princípios da unidade e universalidade orçamentária, da unidade de caixa e da competência constitucional do Congresso Nacional para deliberar sobre orçamento público.

Obviamente, a previsão contratual de vinculação de determinada receita pública a gastos da preferência de determinado órgão não se sobrepõe à obrigatoriedade de observância do regramento jurídico aplicável às receitas e despesas públicas, que incluem a necessidade de autorização orçamentária, o princípio da unidade de caixa, a contabilização no teto de gastos etc., sob pena de instituição de orçamentos paralelos, em prejuízo ao controle e à responsabilidade na gestão fiscal (art. 1º da LRF).

Não sou avesso à ideia de que recursos gerados por desestatizações venham a ser revertidos em favor do próprio setor, nem de que sejam destinados ao cumprimento das obrigações contratuais e legais contraídas pelo Poder Concedente. Porém, decidir onde, quando e quais recursos serão utilizados para custear essas despesas não competiria ao TCU, ao Ministério, nem à ANTT.

Por mais justificada que seja a pretensão de assegurar recursos para cumprimento de obrigações contratuais do Poder Concedente, a modelagem da desestatização não seria instrumento legítimo para tal. Para a vinculação de receitas específicas a determinados objetivos ou serviços, os arts. 167, inciso IX, da Constituição Federal e 71 da Lei 4.320/1964 preveem a possibilidade de instituição de fundo especial.

Os valores pagos pela concessionária, destinados a servirem de fonte de recursos para a realização de dispêndios da responsabilidade do poder concedente, possuem, sim, natureza pública, não podem ser depositados em conta aberta e mantida pela Concessionária, nem tampouco podem ser utilizados ao arrepio do processo legislativo-orçamentário.

Esse, aliás, o teor do voto condutor do Acórdão 245/2023, de minha relatoria, no processo de desestatização do Porto de Itajaí/SC.

Em se tratando de tema delicado, complexo, com profundo impacto na modelagem de desestatização atualmente em vigor nas concessões rodoviárias, que adota **diversos mecanismos de mitigação de riscos com o emprego de contas vinculadas**, algumas absolutamente legítimas, outras com utilização irregular de receitas públicas, submeto ao descortino do Plenário a sugestão de tratar essa questão em processo distinto, desvinculado de certame específico, em que se possa examinar o impacto dessas considerações e, se for o caso, estudar eventual modulação dos efeitos de decisão de mérito.

Semelhantemente, deve ser aproveitada a oportunidade para investigar a natureza jurídica e possibilidade de instituir, contratualmente, cobrança de “Verba de Fiscalização”, recolhida em conta vinculada, em vez de adentrar ao caixa único do Tesouro, com o intuito de custear despesas com a fiscalização da Concessão, atividade que o STF considera exercício de poder de polícia e, portanto, passível de ser remunerada apenas mediante taxa.

São essas as considerações e sugestões que apresento ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 19 de abril de 2023.

tagRedator
Redator

ACÓRDÃO Nº 752/2023 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 008.508/2020-8
- 1.1. Apensos: 031.463/2022-3; 001.473/2023-9; 004.925/2023-8
2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Fiscalização
3. Interessados: Agência Nacional de Transportes Terrestres (04.898.488/0001-77); Concessionária BR-040 S.A. (19.726.048/0001-00)
4. Unidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)
5. Relator: Ministro Jorge Oliveira
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação)
8. Representação legal: Carlos Antonio Vieira Fernandes Filho (34.472/OAB-DF), Izabella Mattar Moraes (58.035/OAB-DF) e outros, representando Concessionária Br-040 S.A.; Cristina Yoshida (23.658/OAB-GO), representando Concebra - Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A.; Guilherme Henrique Magaldi Netto (4.110/OAB-DF), Antônio Henrique Medeiros Coutinho (34.308/OAB-DF) e outros, representando Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam do Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos relativos ao encerramento do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, objeto de processo de relicitação nos termos da Lei 13.448/2017, bem como ao novo processo de desestatização da BR-040/495/MG/RJ.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno, com os arts. 4º, inciso II, 9º e 11 da Resolução-TCU 315/2020 e com o art. 4º da Resolução-TCU 294/2018, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, com relação à pretendida concessão da BR-040/495/MG/RJ:

9.1.1. no cálculo do montante associado ao excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija:

9.1.1.1. as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente, em respeito ao inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e à cláusula 5.4 do 1º aditivo ao contrato de concessão da Via040 (Seção II.1 do Voto);

9.1.1.2. o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022 (Seção II.1 do Voto);

9.1.2. ajuste o valor mínimo do Fator de Reclassificação Tarifária, constante da subcláusula 19.3.4.i da minuta contratual, alterando o valor inferior do intervalo de variação de 0,18 para 0,16, de modo a adequá-lo ao regramento previsto na subcláusula 19.3.5 da minuta contratual (Seção II.1 do Voto);

9.1.3. ajuste o Mecanismo de Mitigação do Risco da Receita, de modo a não permitir que a futura concessionária venha a receber os valores correspondentes à conclusão das obras abrangidas pela reclassificação tarifária, sem que essas estejam efetivamente finalizadas e abertas ao tráfego, em consonância com a subcláusula 19.3 da minuta contratual (Seção II.1 do Voto);

9.1.4. no que se refere às fases de Trabalhos Iniciais e de Recuperação previstas nos contratos, faça constar no futuro edital de licitação da concessão da BR-040/495/MG/RJ dispositivo que restrinja os valores a serem efetivamente ressarcidos à concessionária atual àqueles para os quais tenha sido comprovado o atendimento dos parâmetros de desempenho exigíveis pelo PER original no

marco contratual correspondente, conforme aferido em medições tão próximas quanto possível da transição para a nova concessão, em observância ao inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019 e ao inciso VII, § 1º, art. 17 da Lei 13.448/2017 e ao art. 11 do Decreto 9.957/2019 (Seção II.2.3 do Voto);

9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, com relação ao processo de relicitação do contrato de concessão atualmente vigente da BR-040/DF/GO/MG – Concessionária Via 040:

9.2.1. em relação às fases de Trabalhos Iniciais e de Recuperação previstas nos contratos, restrinja os montantes indenizáveis àqueles que comprovadamente tenham sido executados até o marco contratual correspondente e estejam aderentes às condições equitativas de mercado, particularmente em relação aos dispêndios associados à fase de “Recuperação” no item “Sinalização e Elementos de Proteção e Segurança” que, até o momento (Produto 2C do Verificador Independente), estão sendo validados como indenizáveis sem que sejam observados os normativos vigentes (Seção II.2.4 do Voto);

9.2.2. proceda, no cálculo do montante líquido a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis, o abatimento dos valores das multas devidas pela concessionária à União relativas aos processos administrativos da ANTT com trânsito em julgado administrativo, independentemente de estarem ou não inscritas em dívida ativa, salvo casos de suspensões judiciais ou arbitrais, em respeito ao § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 (Seção II.3.1 do Voto);

9.2.3. promova o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data 10/10/2018 e a celebração do 1º Termo Aditivo, caso eventual decisão definitiva de juízo arbitral ou judicial, proferida anteriormente à publicação do edital da futura concessão, reconheça o direito do Poder Concedente frente à atual contratada, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 (Seção II.3.4 do Voto);

9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que:

9.3.1. com relação à pretendida concessão da BR-040/495/MG/RJ, ajuste a subcláusula 22.2.4 da minuta contratual, de modo a identificar inequivocamente as circunstâncias nas quais alterações jurisprudenciais possam ser consideradas como risco do Poder Concedente, com vista a dotar o futuro contrato de regramento claro quanto aos direitos e obrigações de cada parte, em respeito ao inciso X do art. 35 da Lei 10.233/2001 e inciso V, art. 23, Lei 8.987/1995 (Seção II.1 do Voto);

9.3.2. antes da assinatura de futuros termos aditivos de relicitação, busque a desistência por parte do concessionário, do todo ou de parte, dos processos judiciais ou arbitrais em trâmite, nos termos dos §2º e 3º do art. 3º da Lei 13.105/2015 e do princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37 da CF/88 (Seção II.3.1 do Voto);

9.3.3. antes da assinatura de futuros termos aditivos de relicitação, busque a adesão do concessionário a possível termo de ajustamento de conduta (TAC), nos termos do caput do art. 2º da Lei 9.784/1999 e do princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37 da CF/88 (Seção II.3.1 do Voto);

9.3.4. incorpore, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após à extinção dos contratos de parceria, de forma a evitar que no resultado final do processo licitatório se observe uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente, o que configuraria inobservância ao art. 10 da Lei 8.987/1995; (Seção II.3.6 do Voto);

9.4. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), de que, com relação aos processos de relicitação em geral, regidos pela Lei 13.448/2017:

9.4.1. a quantificação de eventuais valores associados à indenização por bens reversíveis, ao menos para os itens de maior materialidade, risco e relevância, como usualmente é o caso para as obras relativas às praças de pedágio, duplicações e recuperação, sem a utilização de valores obtidos a

partir de projetos de engenharia precificados e de sistemas oficiais de referência da Administração Pública, como o SICRO e o SINAPI, e sem a verificação da aderência dos projetos às obras e aos serviços efetivamente executados infringe o art. 9º, §§ 2º e 4º e o art. 10 da Lei 8.987/1995, e os Acórdãos 1.473/2017-TCU-Plenário, 2.175/2019-TCU-Plenário e 290/2018-TCU-Plenário (Seções II.2.1 e V do Voto);

9.4.2. ao calcular a indenização dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, incluir obras e serviços que não tenham sido regularmente atestados pela fiscalização da própria Agência como executados e com a possibilidade do seu aproveitamento útil infringe o art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019, o inciso VIII do art. 24 da Lei 10.233/2001 e o inciso VII do art. 17 da Lei 13.448/2017 (Seções II.2.2 e V do Voto);

9.4.3. em complemento ao comando do item 9.4.1 retro, na quantificação de valores associados a investimentos cuja execução tenha sido regularmente atestada pela entidade reguladora, ainda que não disponham de projetos de engenharia e respectivos orçamentos, deixar de adotar medidas efetivas para avaliar se os investimentos se deram em condições equitativas de mercado infringe o art. 7º, VI, da Resolução-ANTT 5.860/2019 e o inciso VII do art. 17 da Lei 13.448/2017 (Seções II.2.3 e V do Voto);

9.4.4. no que se refere às fases de Trabalhos Iniciais e de Recuperação previstas nos contratos, deixar de constar nos editais de licitação dispositivo que preveja que os valores a serem efetivamente ressarcidos à concessionária anterior devem se restringir àqueles para os quais tenha sido comprovado o atendimento dos parâmetros de desempenho exigíveis pelo PER original no marco contratual correspondente, conforme aferido em medições tão próximas quanto possível da transição para a nova concessão, infringe o inciso IX do art. 2º da Resolução-ANTT 5.860/2019 e o inciso VII, § 1º, art. 17 da Lei 13.448/2017 e o art. 11 do Decreto 9.957/2019 (Seções II.2.3 e V do Voto);

9.4.5. em relação às fases de Trabalhos Iniciais e de Recuperação previstas nos contratos, em complemento ao disposto no subitem 9.4.2 retro, incluir nos montantes indenizáveis serviços que não tenham sua execução sido atestada pela fiscalização da Agência até o marco contratual correspondente e que não estejam aderentes às condições equitativas de mercado, infringe o inciso IX do art. 2º, o inciso VI do art. 7º da Resolução-ANTT 5.860/2019 e o inciso VII, o § 1º, art. 17 da Lei 13.448/2017 (Seções II.2.4 e V do Voto);

9.4.6. no cálculo do montante líquido a ser ressarcido à título de indenização pelos bens reversíveis, deixar de fazer o abatimento dos valores das multas devidas pela concessionária à União, relativas aos processos administrativos da ANTT com trânsito em julgado administrativo independentemente de estarem ou não inscritas em dívida ativa, salvo casos de suspensões judiciais ou arbitrais, infringe o § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 (Seções II.3.1 e V do Voto);

9.4.7. permitir, quando os valores antecipados via excedente tarifário possam superar o montante da futura indenização, o pagamento de excedente tarifário desacompanhado do oferecimento de garantia que, fundamentadamente, entender ser a mais efetiva, em cada caso, para resguardar, com relativo grau de segurança, a parcela dos valores antecipados ao concessionário via excedente tarifário que superarem o montante estimado da futura indenização pelos bens reversíveis infringe o inciso VII, do § 1º, do art. 17 da Lei 13.448/2017 e o inciso I do art. 11 do Decreto 9.957/2019 (Seções II.3.5 e V do Voto);

9.4.8. a não regulamentação da metodologia de apuração e cálculo dos montantes a serem abatidos do valor associado aos bens reversíveis, previstos no art. 15, § 2º, da Lei 13.448/2017 e no art. 11, inciso I, do Decreto 9.957/2019, constitui transgressão ao dever da agência de calcular corretamente a importância a ser ressarcida à concessionária no processo de relicitação, conforme disposto no art. 17, § 1º, inciso VII, da Lei 13.448/2017 e no caput do art. 11 do Decreto 9.957/2019, de forma tendente a majorar o valor líquido a ser pago à concessionária (Seção II.3.2 do Voto);

9.5. ordenar à Segecex que:

9.5.1. inclua, em seu plano de fiscalização, ação de controle específica, com o objetivo de avaliar os procedimentos internos relacionados à aplicação e julgamento das multas impostas pela ANTT às concessionárias de rodovias (Seção II.3.1 do Voto);

9.5.2. oriente as Unidades de Auditoria Especializada da SecexInfra a, desde a publicação dos decretos de qualificação de projetos para fins de relicitação nos termos da Lei 13.448/2017, acompanhar o correspondente andamento dos procedimentos preparatórios no âmbito das agências reguladoras, especialmente aqueles que antecedem a assinatura do termo aditivo de relicitação, avaliando a conveniência e oportunidade de elaborar medida normativa ou operacional visando à uniformização, assertividade e tempestividade das ações de controle sobre estes objetos (Seção IV do Voto);

9.5.3. autue processo apartado para examinar o impacto do mecanismo de mitigação de riscos com o emprego de contas vinculadas em desestatizações (Seção V do Voto e Declaração de Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues);

9.6. recomendar à Segecex que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar anteprojeto para alteração da Instrução Normativa 81/2018, de forma a incluir expressa previsão de que as relicitações observem, no que couber, o rito e os critérios afetos às desestatizações em geral (Seção IV do Voto);

9.7. alterar a classificação de restrição de acesso da peça 473 para “público”;

9.8. comunicar esta decisão à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), à Concessionária BR-040 S.A. e à Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias.

10. Ata nº 15/2023 – Plenário.

11. Data da Sessão: 19/4/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0752-15/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira (Relator), Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JORGE OLIVEIRA
Relator

Fui presente:

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