



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DDB

RELATORIA: DDB

TERMO: VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 101/2022

OBJETO: PROCESSO ADMINISTRATIVO ORDINÁRIO DE CADUCIDADE EM FACE DA CONCESSIONÁRIA K-INFRA RODOVIA DO AÇO S.A.

ORIGEM: SUROD

PROCESSO (S): 50500.096903/2021-58

PROPOSIÇÃO **PR** **PAR** **ARECER** n. 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU, Despacho de Aprovação 00076/2022/PF-ANTT/PGF/AGU, Parecer 00210/2022/PF-ANTT/PGF/AGU

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO - DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de processo administrativo de caducidade, instaurado pela Diretoria Colegiada por meio da Deliberação 338/2021, em face da Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S/A, para apurar o descumprimento das obrigações contidas na Tabela 2 do Anexo da Portaria Surod 198/2021.

2. DOS FATOS

2.1. Em 8/10/2021, a Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (Surod), por meio do Despacho (SEI 8397039), informou à Comissão Processante constituída pela Deliberação 338/2021 que foi instaurado o presente processo.

2.2. Em 15/10/2021, pelo e-mail (SEI8438829), foi enviado à Concessionária o Ofício 27623/2021/SUROD/DIR-ANTT (SEI8434344), informando sobre a abertura do processo administrativo e a notificando para, no prazo improrrogável de 45 dias, apresentar defesa prévia.

2.3. A notificação foi recebida no dia 15/10/2021, conforme documento Confirmação de recebimento do Ofício 27623 (SEI 8482566).

2.4. Em 26/11/2021, a Concessionária protocolou, nos autos do processo 50500.112320/2021-81, a sua defesa prévia, contida no Requerimento DT 16.067/2021 (SEI 8942449) e seus 11 Anexos (SEI8942450, SEI8942451, SEI8942452, SEI8942453, SEI 8942454, SEI 8942455, SEI 8942456, SEI 8942457, SEI 8942458, SEI 8942459, SEI 8942464).

2.5. Em 29/11/2021, a documentação foi enviada à Comissão Processante por meio do Despacho (SEI 8960473).

2.6. Em 6/12/2021, a Comissão Processante emitiu o Despacho (SEI9019389), atestando a tempestividade do envio da defesa prévia e a remetendo à Surod, nos termos do art. 9º da Resolução 5.935/2021, para análise dos argumentos da defesa e para descrição do histórico de descumprimento de execução contratual, que consta do processo 50500.014507/2021-11. Além disso, sugeriu a remessa da Carta DT 16.010/2021 (SEI8942449) à Comissão de Planejamento e Fiscalização, constituída pela Portaria Surod 393/2021.

2.7. Nesse mesmo dia, por meio do Despacho (SEI9068154), a Surod remeteu os autos à Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias - Gefir e à Coordenação de Instrução Processual - Cipro para manifestação quanto à defesa prévia. Em resposta, a Cipro emitiu o Despacho (SEI 9272013) e a Gefir o Despacho (SEI 9459392).

2.8. Além dessas considerações sobre a defesa prévia, em resposta ao solicitado pela Comissão Processante e pela Surod, a Gefir aconselhou, no que se refere ao inciso IV do art. 9º e inciso III do art. 15 da Resolução 5.935/2021, a manutenção dos serviços essenciais que garantam a segurança e conforto viário e dos usuários, isto é, a continuidade dos serviços de conservação, manutenção e operação do trecho concedido nos parâmetros mínimos iguais aos atuais, além de manutenção dos relatórios de monitoração que permitam a determinação da obrigação de atendimento de possíveis pendências e aplicação de penalidades, os quais devem possuir parâmetros de desempenho em consonância aos apontamentos e sugestões feitos ao pedido de adesão da K-Infra Rodovia do Aço à relicitação, constantes no Despacho (SEI 8922465).

2.9. Em 12/1/2022, a Surod emitiu o Despacho (SEI9493867), apresentando à Comissão Processante as manifestações de suas unidades técnicas e apresentando alguns complementos.

2.10. Nesse mesmo dia, pelo e-mail (SEI9507110), a Comissão Processante enviou à Concessionária o Ofício 921/2022/SUROD/DIR-ANTT (SEI 9505212), apresentando as manifestações da Surod sobre a defesa prévia e notificando para que apresentasse, no prazo de 20 dias, as alegações finais.

2.11. A notificação foi recebida no dia 13/1/2022, conforme documento Confirmação de recebimento do Ofício (SEI 9524809).

- 2.12. Em 31/1/2022, a Concessionária apresentou suas alegações finais por meio da Carta DG 16.200/2022 (SEI 9834448) e de seu Anexo (SEI 9834449).
- 2.13. Em 28/3/2022, em atenção ao art. 12 da Resolução 5.935/2021, a Comissão Processante apresentou seu relatório final, por meio da Nota Técnica 1452/2022/SUROD/DIR (SEI 10319173), sugerindo a declaração de caducidade da concessão pela União.
- 2.14. Concluída a análise dos argumentos expostos pela Concessionária, a Comissão propôs que, antes de que os autos fossem submetidos à Diretoria Colegiada, a Surod juntasse aos autos o plano de transição operacional no prazo de 20 (vinte) dias, bem como as informações para o cálculo de indenização.
- 2.15. A Surod, por sua vez, em 28/3/2022, por meio do Despacho (SEI10547519), encaminhou os autos à Comissão de Planejamento e Fiscalização do Encerramento para manifestação quanto ao Plano de Transição Operacional e quanto às informações relativas ao cálculo de eventual indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados.
- 2.16. Em 18/4/2022, a Unidade Remota da Coinf/RJ, vinculada à Unidade Regional do Rio de Janeiro - URRJ, elaborou o Despacho (SEI 10892365), por meio do qual encaminhou à Surod a proposta do Plano de Transição Operacional com o Plano de Desmobilização da concessão (SEI10889962 - Processo Administrativo 50500.108613/2021-64), bem como as informações relativas ao cálculo de eventual indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados da referida concessão (SEI 10717472 - Processo Administrativo 50500.108613/2021-64).
- 2.17. Em 19/4/2022, a Superintendente Substituta exarou o Relatório à Diretoria 122/2022 (SEI 10337915), encaminhando à Diretoria Colegiada, com base no Relatório Final da Comissão Processante, proposta à União a decretação da caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia, na forma da minuta de deliberação (SEI10337915). Além disso, por meio do Despacho (SEI10902425), encaminhou os autos à Procuradoria Federal junto à ANTT - PF/ANTT para análise jurídica.
- 2.18. Em 4/5/2022, a PF/ANTT lavrou o Parecer 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 11553701), concluindo pela regularidade jurídico-formal do processo administrativo instaurado em face da Concessionária, razão pela qual não vislumbrou óbices jurídicos para que o Relatório Final apresentado pela Comissão Processante fosse deliberado pelo Colegiado da Agência.
- 2.19. Em 13/5/2022, a Concessionária protocolou nos autos a Carta DG 16.376/2022 (SEI 11297999), endereçada à Diretoria Colegiada desta Agência e ao Superintendente da Surod, manifestando-se acerca do Relatório à Diretoria 122/2022.
- 2.20. Em 25/5/2022, o Subprocurador-Geral em Matéria Regulatória emitiu o Despacho de Aprovação 00076/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI11553701), aprovado pelo Procurador-Geral Substituto, por meio do Despacho de Aprovação 00081/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 11666160), manifestando concordância com o Parecer 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU.
- 2.21. Em 27/5/2022, após ter recebido os autos da Procuradoria, a Assessoria Administrativa e de Apoio do Gabinete do Diretor-Geral remeteu os autos, por meio do Despacho (SEI1155329), à Surod para ciência do teor das manifestações jurídicas e providências decorrentes.
- 2.22. Em 2/6/2022, a Surod, em atendimento à Instrução Normativa 12/2022, emitiu o Despacho de Instrução (SEI11665445), informando ao Apoio Administrativo do Gabinete do Diretor-Geral que "o processo reúne as condições previstas no §1º do art. 39 do Regimento Interno, que o torna apto para ser sorteado entre os Diretores".
- 2.23. Em 24/6/2022, o Gabinete do Diretor-Geral remete os autos à Secretaria-Geral para sorteio, conforme Despacho (SEI12004174), a qual, por sua vez, devolve os autos à Surod para complementação da instrução processual.
- 2.24. Em resposta, no dia 28/6/2022, o Superintendente da Surod expediu o Ofício 19152/2022/CIPRO/GERER/SUROD/DIR-ANTT (SEI12062389), defendendo que, no presente caso, tanto a Análise de Impacto Regulatório - AIR quanto a realização de Processo de Participação e Controle Social - PPCS eram dispensáveis.
- 2.25. Em 28/6/2022, os autos foram distribuídos, mediante sorteio, a esta Diretoria, conforme Certidão de Distribuição (SEI 12071892).
- 2.26. Em 21/7/2022, após análise dos autos, identifiquei alguns pontos que mereciam ser esclarecidos pela Procuradoria Federal junto à ANTT e pela Surod antes da submissão do processo à apreciação da Diretoria Colegiada. Assim, conforme consta nos Despachos (SEI12248283 e SEI 12321640), solicitei que se manifestassem acerca dos seguintes pontos:

a) **PF/ANTT**

I - A quem compete a declaração de caducidade do contrato de concessão em análise: à ANTT, nos termos do art. 13, inciso V, da Resolução 5.935/2021, ou à União, com base no art. 13, inciso VI?

II - Qual a interpretação deve ser dada ao § 4º do art. 13 da Resolução 5.935/2021: a Diretoria deverá emitir dois atos em momentos distintos, sendo o primeiro quanto à declaração de caducidade e o segundo quanto ao cálculo da indenização ou, no mesmo momento, deverá declarar a caducidade e homologar ou determinar correções ao cálculo da indenização?

III - O cálculo da indenização de que trata a Resolução 5.935/2021 deve ser certificado por empresa de verificação independente, nos moldes do estabelecido na Resolução nº 5.860/2019?

IV - Em qual fase processual a Agência deve ter o valor incontroverso da indenização?

V - É possível concluir o processo de caducidade com um valor incontroverso de indenização, deixando a deliberação sobre o valor controverso - após análise da auditoria independente - para momento posterior à extinção do contrato?

VI - Qual a situação das execuções fiscais mencionadas pela Concessionária nas suas alegações finais? Os débitos, de fato, estão garantidos em juízo?

b) Surod:

I - a existência de Análise de Impacto Regulatório, avaliando as possíveis alternativas a serem adotadas em face da situação do contrato de concessão da BR-393/RJ, considerando, entre outros elementos:

1- Impactos de eventuais impedimentos judiciais e/ou arbitrais que impeçam a decretação da caducidade e/ou a aplicação de descontos tarifários, a exemplo do observado nas outras relicitações em andamento;

2- Possibilidade de a União - por intermédio do Dnit - assumir o trecho rodoviário e os impactos para a prestação dos serviços essenciais oferecidos aos usuários;

3- Avaliação qualitativa, sob o ponto de vista do usuário, comparando a prestação do serviço pelo Dnit, sem cobrança de tarifa (cenário de caducidade), com a prestação dos serviços essenciais pela Concessionária, mediante o pagamento de tarifa (cenário de relicitação); e

4- Riscos associados de eventual mora no processo de relicitação da K-Infra, tendo em vista a extensa carteira de projetos de novas concessões em andamento.

II - o andamento e as próximas etapas do processo de relicitação, em trâmite no bojo do Processo Administrativo 50500.106659/2021-49;

III - o cumprimento dos prazos parciais da Tabela 1 da Portaria Surod 198/2021;

IV - o andamento da nova licitação para o trecho rodoviário e a previsão da assunção da nova Concessionária.

2.27. Em 27/7/2022, em atendimento a solicitação feita pela Surod acerca do andamento da nova licitação para o trecho rodoviário, a Superintendência de Concessão de Infraestrutura - Sucon emitiu o Despacho (SEI12493465), informando que os estudos para nova licitação da Rodovia do Aço encontram-se em elaboração pela Empresa de Planejamento e Logística S.A - EPL, atual Infra S/A, com previsão de recebimento para agosto/2023. Dessa forma, concluiu que "não houve qualquer diretriz do Ministério da Infraestrutura quanto ao andamento do projeto".

2.28. Também nesse dia, Gerência de Gestão Contratual Rodoviária - Gecon emitiu o Despacho (SEI12292818), nos autos do Processo Administrativo 50500.106659/2021-49, sugerindo à Surod, com o objetivo de subsidiar a decisão da Diretoria Colegiada quanto declaração de caducidade da concessão ou quanto à continuidade ao processo de relicitação, que fosse realizada consulta junto ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit acerca de suas condições e conveniência para a assunção do trecho explorado pela Concessionária. Assim, pelo e-mail (SEI 12602076), foi enviado ao Departamento o Ofício 23365/2022/SUROD/DIR-ANTT (SEI 12600462).

2.29. Em 28/7/2022, a Coordenação de Informações em Processos Arbitrais e de Controle - Cipac, vinculada à Gerência de Regulação Rodoviária - Gerer da Surod, apresentou o Despacho (SEI 12511737), em que informou que "não há arbitragem em andamento referente à Concessionária K-INFRA Rodovia do Aço S.A, e, portanto, não há nenhuma decisão arbitral que obste o processo de caducidade".

2.30. Em 2/8/2022, a Gecon, também vinculada à Surod, informou, por meio do Despacho (SEI 12513207), o andamento atual e próximas tratativas ao processo de relicitação contratual e os riscos associados de eventual mora nesse processo, haja vista a extensa carteira de projetos de novas concessões em andamento. De acordo com a área técnica, "na presente data, o referido processo encontra-se na Procuradoria Federal junto à ANTT (PF-ANTT) para análise da viabilidade de relicitação da Concessionária" e, no que diz respeito aos riscos de mora, defendeu que, caso haja atraso na nova licitação do trecho concedido em tema, será necessário solicitar a prorrogação do prazo inicialmente fixado termo aditivo a ser firmado entre a ANTT e a Concessionária para vigência durante o período da relicitação, conforme faculta o art. 20, § 2º, da Lei 13.448/2017, o que irá causar "prejuízos aos usuários em virtude de sua oneração pela tarifa de pedágio mesmo com serviços essenciais limitados e ausência de realização de novas obras de melhoria e ampliação de capacidade, por exemplo. Essas obras, à vista disso, serão adiadas porque somente serão possíveis para execução quando novo acionista assumir o trecho".

2.31. Nesse mesmo dia, a Gerência de Fiscalização de Infraestrutura e Operação Rodoviária - Gefop redigiu o Despacho (SEI 12556512), avaliando os pontos relacionados à assunção do trecho pelo Dnit e a avaliação qualitativa entre essa possibilidade e a continuidade da prestação do serviço por meio da relicitação. Em síntese, sustentou que a avaliação desses pontos depende da manifestação do Dnit acerca da possibilidade ou não de assunção do trecho. Além disso, a Coordenação de Instrução Processual - Cipro informou, pelo Despacho (SEI12567383), que "não foram encontrados em nossos registros nenhuma decisão judicial que impeça a decretação da caducidade do Contrato de Concessão e/ou a aplicação de descontos tarifários".

2.32. Em 2/9/2022, a Surod recebeu, por meio do e-mail (SEI13207083), a resposta do Dnit ao Ofício 23365/2022/SUROD/DIR-ANTT (SEI2600462). De acordo com o Ofício 159853/2022/ASSTEC/GAB - DG/DNIT SEDE (SE3220292), que estava anexado ao e-mail, o Dnit informa, em síntese, a possibilidade de assunção do trecho, após a realização de vistorias entre os envolvidos e a reordenamento ou revisões de ações planejadas/em execução, ressaltando a inviabilidade, por falta de previsão orçamentária, de execução de obras de construção rodoviária, como de capacidade/duplicação.

2.33. Em 19/9/2022, a Surod elaborou o Relatório de Análise de Impacto Regulatório (SEI 12498905), concluindo que "a decretação da caducidade é a ação regulatória mais indicada para o caso". No documento, em atenção à solicitação contida no Despacho (SEI12321640), foram apresentadas informações acerca do cumprimento dos prazos parciais da Tabela 1 da Portaria Surod 198/2021.

2.34. Em 20/9/2022, em resposta aos questionamentos feitos no Despacho (SEI12248283), a Procuradoria Federal junto à ANTT exarou o Parecer 00210/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEB529175), apoiado pelo Despacho de Aprovação (SEI13529187). Em síntese, a resposta aos questionamentos foram os seguintes:

I - No caso concreto, cabe à ANTT apurar a inexecução e propor à União a declaração de caducidade;

II - A decisão da Diretoria que propor à União a declaração de caducidade deverá estar acompanhado do valor de indenização que entender devido. Todavia, a Diretoria pode determinar correções ou ajustes sobre os cálculos feitos, oportunidade em que a homologação destes valores dependerá de um segundo ato da Diretoria, posterior àquele que decretou a caducidade;

III - Não há imposição legal ou regulamentar que estabeleça a obrigatoriedade de que a indenização, no caso de decretação de caducidade, seja certificada por verificador independente. Não obstante, nada impede que a ANTT lance mão do trabalho de um verificador independente para tanto, se assim julgar necessário e oportuno;

IV - O valor incontroverso da indenização será fixado de modo que a União o conheça no momento em que tiver de decidir. Todavia, ressaltou que, segundo a Lei 8.987/1995, a caducidade pode ser decretada independentemente de indenização prévia;

V - Não é possível concluir o processo de caducidade com um valor incontroverso de indenização, deixando a deliberação sobre o valor controverso para momento posterior à extinção do contrato; e

VI - Apenas uma das execuções fiscais mencionadas pela Concessionária (5110034-50.2021.4.02.5101), no valor de R\$ 2.610.184,50, que representa 3,60% do total, está com a exigibilidade suspensa.

2.35. É o relatório.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 175, que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.

3.2. Em 14/2/1995, foi promulgada a Lei 8.987/1995, estabelecendo as regras referente ao dispositivo legal. Nos termos do art. 38, a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão.

3.3. Para tanto, é necessário primeiramente que sejam comunicados à Concessionária detalhadamente os descumprimentos contratuais, dando-lhe prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas (§ 3º).

3.4. Caso não sejam corrigidas, deve-se instaurar processo administrativo para verificar a inadimplência, em que será assegurado o direito de ampla defesa (§ 2º).

3.5. Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada pelo Poder Concedente, independentemente de indenização prévia, que será calculada no decurso do processo (§ 4º).

3.6. No âmbito da Agência, a Diretoria Colegiada aprovou a Resolução 5.935/2021, esmiuçando os procedimentos desse tipo de processo.

3.7. De acordo com a norma, o procedimento de comunicação e correção de falhas e transgressões serão iniciados de ofício por Portaria do Superintendente e, caso seja constatado o descumprimento, integral ou de uma das fases do cronograma, a Agência poderá instaurar o processo de caducidade (art. 4º).

3.8. A instauração do processo de caducidade cabe à Diretoria Colegiada, por meio de Deliberação (art. 6º, inciso II), na qual será designada Comissão processante, composta por 3 servidores públicos efetivos e estáveis da Agência, que terá o prazo de até 360 dias, prorrogável por igual período, para concluir os trabalhos (art. 7º).

3.9. Ademais, a partir da decisão do Colegiado da Agência, a Superintendência competente deverá constituir Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão (art. 6º, § 1º), à qual caberá a promoção do cálculo de eventual indenização devida e a elaboração da proposta

de plano de transição operacional.

3.10. A Comissão Processante notificará a Concessionária para apresentar defesa prévia no prazo de 45 dias, juntamente com os documentos destinados a provar suas alegações e com algumas informações para o cálculo de eventual indenização (art. 8º).

3.11. Após, a Superintendência competente terá o mesmo prazo para se manifestar acerca da documentação de defesa, apresentar informações sobre a execução do contrato de concessão ou outros esclarecimentos relevantes ao processo de caducidade, avaliar as medidas a serem consideradas em caso de decretação de caducidade e determinar a realização de novas provas, caso julgue necessárias (art. 9º e 10º).

3.12. Concluída essa etapa da instrução processual, a Comissão Processante deve intimar a Concessionária para apresentação de alegações finais, no prazo de 20 dias (art. 11).

3.13. Decorrido o prazo para apresentação de alegações finais, a Comissão Processante apresentará, em até 45 dias, Relatório Final à Diretoria Colegiada, com proposta de deliberação. Caso a conclusão seja pela declaração da caducidade, os autos deverão ser encaminhados à Superintendência competente para que, no prazo de 20 dias, junte ao processo plano de transição operacional e informações relativas ao cálculo de eventual indenização (art. 12).

3.14. Devidamente instruído o processo com relatório à Diretoria, com o plano de transição operacional e com as informações relacionadas ao cálculo de eventual indenização, os autos serão remetidos à Diretoria, a qual, caso acompanhe a proposta de declaração de caducidade, poderá declarar diretamente a caducidade ou propor à União a decretação de caducidade, nos casos em que o contrato atribua ao Chefe do Poder Executivo poder para decretá-la (art. 13, incisos V e VI). Além disso, deve a Diretoria decidir sobre o cálculo da indenização devida, sem prejuízo de, antes de sua homologação, determinar as correções que entender cabíveis (art. 13, § 3º).

3.15. Declarada a caducidade pela ANTT ou pela União, conforme o caso, a Diretoria Colegiada deverá determinar o início imediato da execução do plano de transição operacional, fixar as condições mínimas de prestação do serviço até a sua integral assunção pelo Poder Concedente e determinar a notificação das seguradoras e dos financiadores quanto à decisão.

3.16. Por fim, concluída a transição operacional, caberá à Diretoria Colegiada declarar extinto o contrato de concessão (art. 15, § 2º).

3.17. Feito esse resumo dos procedimentos a serem seguidos no processo de caducidade, passemos à análise da instrução processual, do ponto de vista do aspecto jurídico-formal e do aspecto jurídico material, avaliando a sugestão contida no relatório de Análise de Impacto Regulatório e os elementos atinentes ao cálculo da indenização e à elaboração do Plano de transição operacional.

Instrução processual à luz da legislação de regência (aspecto jurídico-formal)

3.18. O Superintendente da Surod, por meio da Portaria 198/2021 (SEI7089894), comunicou a Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S/A acerca dos descumprimentos contratuais identificados e fixou prazo para correção das inexecuções.

3.19. Nela contém duas tabelas, a saber:

- a) Tabela 1: lista de obras em atraso de cumprimento de cronograma do PER, as quais abrangem tanto o atingimento de parâmetros de recuperação quanto a execução de obras de melhorias; e
- b) Tabela 2: processos administrativos sancionadores transitados em julgado, cujo pagamento está em atraso.

3.20. A Tabela 1 alinhou os grupos de obras conforme os assuntos listados no PER, sejam parâmetros de pavimento, OAE, e demais obras da recuperação, passando pela operação da rodovia, bem como dos detalhes dos grupos de melhoramento, tais como correções de traçado, trevos, entre outros. A cada conjunto foi estabelecido um prazo diferenciado para resolução de problemas, variando tanto entre prazos máximos para término de alcance de parâmetros, quanto início de obras de melhoramentos.

3.21. Já para a Tabela 2 foi estabelecido o prazo de 30 dias a partir da publicação da Portaria para o pagamento de todas as multas.

3.22. Concluído o prazo fixado na Tabela 2 sem o devido pagamento, a Diretoria Colegiada, por meio da Deliberação 338/2021, decidiu instaurar o processo administrativo de caducidade em desfavor da Concessionária, conforme faculta o art. 38, § 1º, inciso V, da Lei 8.987/1995 e art. 2º, inciso V, da Resolução 5.935/2021.

3.23. Conforme consta na Deliberação, foi designada Comissão Processante, composta por três servidores efetivos e estáveis da Agência, a qual teve prazo de 180 dias para conclusão dos trabalhos, dentro, portanto, do prazo de 360 dias fixado na Resolução.

3.24. Ato contínuo, o Superintendente da Surod publicou a Portaria 393/2021 (SEI 8811397), a Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento do contrato de concessão, também composta por três servidores efetivos da ANTT.

3.25. Conforme consta no Ofício 27623/2021/SUROD/DIR-ANTT (SEI 8434344), de 14/10/2021, a Comissão Processante notificou a Concessionária, que apresentou sua defesa prévia tempestivamente por meio da Carta DT 16.067/2021 (SEI 8942449).

3.26. A seguir, as áreas técnicas da Surod foram instadas a se manifestar, conforme Despacho (SEI9068154), de 6/12/2021, razão pela qual foram acostados aos autos os Despachos (SEI 9272013, de 7/1/2022, SEI 9459392, de 11/1/2022, e SEI 9493867, de 12/1/2022).

3.27. Concluída essa fase, foi remetido o Ofício 921/2022/SUOD/DIR-ANTT (SEI 505212), de 12/1/2022, para apresentação de alegações finais pela Concessionária, a qual foi feita Carta DG 16.200/2022 (SEI 9834448) e Anexo (SEI 9834449), de 31/1/2022.

3.28. Em 28/3/2022, a Comissão Processante apresentou seu relatório final, por meio da Nota Técnica 1452/2022/SUOD/DIR (SEI 10319173).

3.29. Concluída a instrução processual com a sugestão de declaração de caducidade, a Comissão Processante propôs à Surod a juntada aos autos do plano de transição operacional e das informações para o cálculo de indenização.

3.30. Em 18/4/2022, a Unidade Remota da CoinfRJ, vinculada à Unidade Regional do Rio de Janeiro - URRJ, elaborou o Despacho (SEI 10892365), por meio do qual encaminhou à Surod a proposta do Plano de Transição Operacional com o Plano de Desmobilização da concessão (SEI 10889962), bem como as informações relativas ao cálculo de eventual indenização (SEI 10717472).

3.31. Por fim, uma vez os autos devidamente munidos com o relatório da Comissão Processante, com o Plano de Transição Operacional e com o cálculo de eventual indenização, o Superintendente sugeriu à Diretoria Colegiada, por meio do Relatório à Diretoria 122/2022 (SEI 10337915) e da minuta de deliberação (SEI 10337915), propor à União a decretação da caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia.

3.32. **Percebe-se, portanto, que a Agência seguiu, de maneira escorreita, os ditames da legislação que rege a matéria**, entendimento esse com espeque na manifestação da Procuradoria Federal junto à ANTT, contido no Parecer 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 1553701), conforme excertos abaixo:

[...]

6. Após análise detalhada por parte da Comissão Processante, **outro não é o escopo da presente manifestação jurídica senão a verificação da realização regular do contraditório, possibilitando à Concessionária o exercício pleno da sua ampla defesa**, bem como elucidar aspectos jurídicos-formais atinentes ao processo, de modo a que haja controle de juridicidade procedimental, atestando ao final esta PF/ANTT pelo cumprimento do rito previsto pela legislação, de modo a possibilitar a avaliação plena, por parte da Diretoria Colegiada da Agência, acerca da possibilidade jurídica da declaração de caducidade em voga.

[...]

22. Ademais, **a Comissão Processante cumpriu rigorosamente o rito previsto na Resolução nº 5.935, de 2021, tendo assegurado o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa à Concessionária. Vale destacar, inclusive, a clareza e esmero da Comissão Processante no Relatório Final apresentado à Diretoria, tendo enfrentado todos os temas e razões de defesa apresentados de forma exaustiva, sendo mesmo o trabalho digno de nota elogiosa. Desta forma, sob o ponto de vista jurídico-formal, o processo encontra-se em condições de ser apreciado pela Diretoria Colegiada da ANTT.**

[...] (grifos acrescentados)

Da instrução processual conduzido pela Comissão Processante (aspecto jurídico-material)

3.33. Em 26/11/2021, a Concessionária protocolou, nos autos do Processo 50500.112320/2021-81, a sua defesa prévia, contida no Requerimento DT 16.067/2021 (SEI 8942449) e seus 11 Anexos (SEI 8942450, SEI 8942451, SEI 8942452, SEI 8942453, SEI 8942454, SEI 8942455, SEI 8942456, SEI 8942457, SEI 8942458, SEI 8942459, SEI 8942464). Em síntese, a K-Infra sustentou o seguinte:

- a) Dificuldade de a nova controladora, que assumiu a gestão da Concessionária em 23/11/2018, aumentar a qualidade da prestação do serviço, em decorrência da pandemia da COVID-19 e da inviabilidade do modelo previsto na transição do controle acionário;
- b) A existência de tratativas entre a Concessionária e a ANTT para a devolução amigável da Rodovia, iniciada em 10/11/2021, e a demonstração do cumprimento integral dos requisitos exigidos pelos instrumentos normativos;
- c) A falta de proporcionalidade e de razoabilidade de decretação de caducidade com base apenas em multas e a falta de oportunidade de regularizar a situação por meio de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e da execução do seguro garantia; e
- d) As informações exigidas no § 2º do art. 8º da Resolução 5.935/2021 se encontram no bojo do requerimento de adesão ao procedimento à relicitação, anteriormente protocolado na Agência (Carta DT 16.010/2021 - SEI 8942449 - Processo 50500.106659/2021-49).

3.34. Remetidos os autos à Superintendência, a Cipro emitiu o Despacho (SEI 9272013), rechaçando os argumentos da Concessionária, conforme síntese a seguir:

- a) **Dificuldade de a nova controladora, que assumiu a gestão da Concessionária em 23/11/2018, aumentar a qualidade da prestação do serviço, em decorrência da pandemia da COVID-19 e da inviabilidade do modelo previsto na transição do controle acionário: para a correta aferição dos impactos da pandemia, é necessário avaliar as disposições contratuais quanto à responsabilidade pelo risco associado ao evento ocorrido. Nos termos das Cláusulas 4.7 e 4.8 do Contrato de Concessão, o risco de tráfego recai exclusivamente sobre a concessionária. Não obstante isso, a receita anual da concessionária, entre 2016 e 2020, não passou por oscilações significativas e os estudos da ANTT apontam uma redução de tráfego, durante a pandemia, de apenas 6,79%, que não pode servir de justificativa para a generalizada inexecução contratual ora constatada. Ademais, as multas sob análise são anteriores à pandemia, razão pela qual não pode ser usada como justificativa para o descumprimento**

contratual reiterado da concessionária.

b) **A existência de tratativas entre a Concessionária e a ANTT para a devolução amigável da Rodovia, iniciada em 10/11/2021, e a demonstração do cumprimento integral dos requisitos exigidos pelos instrumentos normativos:** a relicitação não depende apenas da apresentação de requerimento e suposto preenchimento de requisitos, mas de acordo entre as partes. Além disso, o requerimento de relicitação não impede a instauração de processo de caducidade.

c) **A falta de proporcionalidade e de razoabilidade de decretação de caducidade com base apenas em multas e a falta de oportunidade de regularizar a situação por meio de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e da execução do seguro garantia:** há previsão expressa na Lei 8.987/1995 para abertura de processo de caducidade nessa situação (art. 38, § 1º, inciso V). Com vistas a sanear inexecuções já verificadas no passado, foram abertos o TAC Plano de Ação (50500.153343/2013-36) e o TAC Multas (50505.066428/2014-16), os quais foram descumpridos. Ao contrário do que a Concessionária alega, as infrações que levaram a aplicação das multas são substanciais, citando alguns exemplos, que prejudicam a segurança viária e, ao final, o usuário. Não bastasse isso, o montante de multas ultrapassa 125 milhões de reais, o que afasta a desproporcionalidade da medida adotada.

3.35. A Gefir, por sua vez, exarou o Despacho (SEI9459392), tecendo, em apertada síntese, as seguintes considerações sobre a defesa prévia:

a) **Dificuldade de a nova controladora, que assumiu a gestão da Concessionária em 23/11/2018, de aumentar a qualidade da prestação do serviço, em decorrência da pandemia da COVID-19 e da inviabilidade do modelo previsto na transição do controle acionário:** a Resolução 5.954/2021, que estabeleceu a metodologia de aferição do reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da pandemia da COVID-19, não havia entrado em vigor ainda, razão pela qual só será considerada nas revisões tarifárias subsequentes. Ratificou que o risco de tráfego foi atribuído contratualmente à Concessionária. Por fim, sustentou que, como a pandemia se iniciou em 2020, ela não justifica os atrasos decorridos antes de seu início. Quanto à inviabilidade do modelo previsto na transição do controle acionário, defendeu que a indevida realização do Relatório Técnico de Monitoração pela administração anterior à da K-Infra não é justificativa plausível para os descumprimentos contratuais, pois são riscos intrínsecos do negócio, os quais foram corridos pela concessionária para a troca do controle acionário e dos quais a ANTT se exige de qualquer responsabilidade. Ademais, afirmou que estudos realizados pela Road Runner Engenharia deveriam ter sido realizados durante a transição de administração e não após à assunção do controle acionário, de modo a apurar e planejar os investimentos que seriam necessários para correto cumprimento contratual da concessão.

b) **A existência de tratativas entre a Concessionária e a ANTT para a devolução amigável da Rodovia, iniciada em 10/11/2021, e a demonstração do cumprimento integral dos requisitos exigidos pelos instrumentos normativos:** informou que o processo de caducidade e o de relicitação são distintos e um não tem preferência em relação ao outro. Além disso, o processo de relicitação não permite suspender de imediato o de caducidade e ele estava ainda em fase de análise para melhor acordo entre as partes.

c) **A falta de proporcionalidade e de razoabilidade de decretação de caducidade com base apenas em multas e a falta de oportunidade de regularizar a situação por meio de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e da execução do seguro garantia:** referiu-se ao contido no Despacho da Cipro.

d) **As informações exigidas no § 2º do art. 8º da Resolução 5.935/2021 se encontram no bojo do requerimento de adesão ao procedimento à relicitação, anteriormente protocolado na Agência (Carta DT 16.010/2021 - SEI 8942449 - Processo 50500.106659/2021-49):** informou que o processo de relicitação está tramitando de maneira distinta deste processo e, por isso, era necessário novo envio dessas informações pela Concessionária.

3.36. Em 12/1/2022, a Surod emitiu o Despacho (SEI9493867), apresentando à Comissão Processante as manifestações de suas unidades técnicas e apresentando os seguintes complementos:

a) é fato incontroverso que as penalidades decorrem de decisão administrativa transitada em julgado e não foram quitadas;

b) as 49 multas totalizam mais de 125 milhões e superam o faturamento anual da Concessionária nos últimos anos, ilustrando a dimensão desarrazoada do passivo de penalidades não adimplidas;

c) os argumentos da defesa prévia não desconstituem o nexo de causalidade entre a atuação da Concessionária e a irregularidade na prestação do serviço;

d) a Concessionária foi instada a pagar as referidas multas, mesmo antes da transferência do controle da concessão e do advento da pandemia;

e) a transferência de controle acionário não isenta a Concessionária do passivo de penalidades até então aplicadas;

f) o instrumento de TAC já foi usado para superar as inexecuções contratuais, mas se demonstrou ineficaz para tal finalidade;

g) parece razoável e proporcional que esta Agência adote medidas mais severas em face da Concessionária, porquanto os instrumentos consensuais (TAC) e punitivo-patrimoniais (multas) não se mostraram suficientes;

h) a coexistência de requerimento de extinção contratual antecipada por relicitação não impede o prosseguimento do presente processo de caducidade, enquanto não publicado o Decreto presidencial de qualificação do empreendimento no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos;

i) a garantia é instrumento acessório ao contrato de concessão e sua mera existência não desobriga a Concessionária de adimplir com suas obrigações, razão pela qual a ANTT está autorizada a empreender os referidos atos de cobrança em face da Concessionária, sem prejuízo da interpelação do garantidor de forma independente.

j) a manifestação da Gefir, quanto ao exigido no inciso IV do art. 9º da Resolução 5.935/2021, pode ser avaliada pela Diretoria com as seguintes alternativas: havendo concretização da caducidade, a reversão do ativo ao Poder Concedente importará submissão da rodovia à gestão do DNIT. Em decorrência disso, a Diretoria pode entender conveniente prever termo futuro de eficácia para que a caducidade seja aplicada, o que dependerá de uma avaliação do tempo de maturação dos referidos estudos e conclusão da nova licitação. Ou, ainda, caso entenda adequado, poderá prever, como condição resolutiva, a realização da futura licitação como causa de extinção do atual contrato de concessão. Esta última proposta asseguraria a imediata transição entre uma concessão e outra, sem necessidade de dispêndio de recursos pelo DNIT, cujo orçamento se encontra sabiamente comprometido, razão pela qual se mostra como a medida mais adequada. Além disso, entendeu adequado determinar que a Concessionária adote as providências inerentes ao encerramento contratual antecipado, conforme disciplinado na Resolução nº. 5.926/2021, mormente quanto à apresentação de plano de desmobilização, atendimento aos deveres de cooperação e participação no termo de arrolamento e transferência de bens (arts. 11, 14 e 15).

3.37. Em 31/1/2022, a Concessionária apresentou suas alegações finais por meio da Carta DG 16.200/2022 (SE19834448) e de seu Anexo (SE19834449), sustentando a necessidade de instrução complementar dos autos, haja vista os seguintes motivos:

a) **Reflexos da pandemia e aumento insuportável dos custos:** Houve um forte erro conceitual na análise da Cipro quanto aos reflexos da pandemia do Covid-19 na operação da Rodovia do Aço, pois não adotou a premissa do modelo de concessão de crescimento progressivo de tráfego e, conseqüentemente, de receita. Assim, ao contrário do que alega a área técnica, qualquer oscilação negativa leva a transtornos financeiros seríssimos e irreversíveis. Além disso, outro equívoco diz respeito ao fato de mencionar que os fatos que ensejaram as multas foram anteriores à pandemia, pois não se discutem os eventos que deram ensejo às multas, mas sim o não pagamento dessas multas em anos anteriores. Assim, é preciso que seja apurado o impacto da pandemia no fluxo de caixa e, por consequência lógica, a capacidade de pagamento das multas que deram ensejo ao processo de caducidade.

b) **Processo de devolução amigável e relicitação em curso:** A extinção do contrato de concessão por caducidade demanda análise de razoabilidade pela ANTT quanto às soluções que melhor atendem ao interesse público, razão pela qual a Agência deve avaliar comparativamente as diversas ferramentas saneadoras previstas no arcabouço técnico e jurídico (sanções, caducidade, relicitação), a fim de decidir sobre qual a melhor a ser adotada para o caso concreto. Percebe-se que a área técnica não apresentou a motivação quanto à adequação e conveniência de se prestigiar a caducidade em desfavor da devolução amigável; pelo contrário, reconheceu a inadequação da interrupção imediata do contrato e, mesmo que implicitamente, defendeu a conveniência da relicitação. Diante disso, entende que concluir o processo de caducidade antes mesmo de analisar o processo de relicitação é conduta temerária e, por isso, defende a complementação da instrução, com a análise comparativa entre a relicitação e a caducidade.

c) **Decretação de caducidade com base exclusivamente em multas:** a Surod está partindo de uma premissa equivocada, pois não se está em discussão os eventos que ensejaram as multas, mas sim o seu pagamento. Ademais, das 45 multas, 28 já estão com execuções fiscais ajuizadas, que foram garantidas por seguro garantia específicos ou por bloqueio judicial, configurando, assim, verdadeiro *bis in idem*. Assim, não é razoável a extinção do contrato por caducidade, seja pela possibilidade de saldar as multas por outros meios, seja pela relicitação.

d) **Informações sobre bens reversíveis indenizáveis:** a Surod defende a remessa das mesmas informações contidas no processo de relicitação, mas, logo depois, usa esses dados para se manifestar sobre os serviços essenciais que devem ser mantidos. Assim, não há qualquer razão para deixar de apreciar documentos já apresentados pela Concessionária e não repetidos nestes autos por economia processual. Apesar disso, informa que juntou aos autos mapa contábil, também apresentou no processo de relicitação, ressalvado o direito de apresentar documentação complementar ao longo do trâmite deste processo. Diante disso, defende que deve ser acostada aos autos a manifestação da Comissão de Planejamento e Fiscalização, mormente quanto às informações relativas aos bens reversíveis indenizáveis.

3.38. Em 28/3/2022, a Comissão Processante apresentou seu relatório final, por meio da Nota Técnica 1452/2022/SUROD/DIR (SE10319173), trazendo, como principais argumentos, os seguintes:

a) **Análise das informações relativas a bens reversíveis indenizáveis pela Comissão de Planejamento e Fiscalização:** sustentou que as informações constantes no requerimento de relicitação estão incompletas para fins de análise no processo de caducidade. Além disso, o cálculo da indenização fica a cargo da Comissão de Planejamento e Fiscalização. Não obstante isso, informa que, nos termos do art. 8º, § 4º, da Resolução 5.935/2021, isso não impede o prosseguimento do processo de caducidade;

b) **Reflexos permanentes da pandemia da Covid-19 na operação Rodovia do Aço e aumento insuportável de custos:** A Comissão manifesta concordância com o posicionamento das unidades técnicas da Surod. A pandemia não pode ser usada como justificativa para o descumprimento contratual reiterado da Concessionária, pois as infrações são anteriores ao evento, que não guarda qualquer nexo de causalidade ao estado grave de inadimplemento das multas. Além disso, os estudos da Agência apontam um impacto da pandemia sobre a Concessão que não pode ser considerado como uma justificativa para a impontualidade severa na quitação das multas. Ainda que fosse, a Concessionária poderia ter pleiteado o parcelamento dos débitos, com base na Resolução 5.830/2018. Sustentou que, contratualmente, a responsabilidade pelo risco de tráfego é da Concessionária e, mesmo que não o fosse, não afasta a responsabilidade de a Agência cobrar as multas não pagas.

c) **Inviabilidade do modelo previsto na transição do controle acionário:** a Comissão manifesta concordância com o posicionamento das unidades técnicas da Surod. Além disso, defende, com base nas disposições editalícias e contratuais, que, da mesma forma que os proponentes interessados na licitação e a própria Concessionária são responsáveis por examinar previamente todos os documentos e informações, os pretensos adquirentes do controle acionário em eventuais operações supervenientes deveriam fazer o mesmo, notadamente pelo profissionalismo e expertise empresarial necessários à exploração da atividade;

d) **Das Tratativas entre Concessionária e a ANTT para relicitação da Rodovia do Aço:** a Comissão manifesta concordância com o posicionamento das unidades técnicas da Surod. Defendeu que o pedido de relicitação foi protocolado posteriormente à abertura do processo de caducidade e que, desde 2019, a Concessionária poderia ter requerido a relicitação e o fez apenas após a instauração deste processo. Aduziu que o art. 6º, § 2º, do Decreto 9.957/2019 é claro no sentido de que os efeitos da relicitação sobre instauração ou andamento de processo de caducidade só se dará após a qualificação do empreendimento, sendo que, até o momento da lavratura do relatório final, não havia, nos autos do processo de relicitação, sequer manifestação conclusiva da Surod quanto à regularidade formal e material do pedido. Além disso, na análise das alegações finais, defendeu que a discricionariedade na escolha entre relicitação e caducidade não procede, haja vista que, uma vez constatada uma irregularidade grave, "*impõe-se a esta Agência processar a investigação quanto ao cabimento da caducidade*".

e) **Impossibilidade de decretação da Caducidade com base apenas em multas cuja satisfação é garantida:** a Comissão manifesta concordância com o posicionamento das unidades técnicas da Surod. Defendeu que há previsão legal e normativa para a declaração de caducidade com base nas multas não quitadas. Quanto à celebração de TAC, sustenta que a Concessionária já teve essa oportunidade em outro momento, mas não o adimpliu em sua integralidade. Ademais, nos termos do art. 4º, inciso II, da Resolução 5.823/2018, não se admite celebração de novo TAC enquanto não apurado o cumprimento de TAC anterior. Menciona que a gravidade reside no valor das multas, que supera toda a arrecadação de um ano de atividades da Concessionária, o que indica a provável dificuldade de pagamento. Por fim, afirma que a mera existência de garantia de execução contratual não implica suspensão da exigibilidade dos débitos da concessionária, estando a Agência autorizada a empreender os atos de cobrança e de promoção da caducidade em caso de não pagamento. Na análise das alegações finais, defendeu que não há normativos legais que impeçam a Agência do exercício do seu dever ainda que os processos avançados em aplicação de multas cheguem à execução fiscal por meio das garantias contratuais. Ademais, a menção à gravidade das irregularidades, sem focar apenas no montante a ser pago, se prestou apenas a reforçar o argumento da incapacidade da Concessionária em prosseguir na prestação do serviço público. Por fim, quanto aos 28 processos que estariam com execuções fiscais ajuizadas, garantidas pelo seguro garantia específico ou por bloqueio judicial, sustentou que se trata de afirmações genéricas desacompanhadas da apresentação de provas a respeito da suspensão da exigibilidade do crédito e que só a suspensão obstaculiza a cobrança de penalidades pela Agência. Não obstante isso, ainda que este argumento fosse acolhido, subsiste um acervo não ignorável de multas ainda pendentes de pagamento na esfera administrativa sem ato de cobrança judicial.

f) **Informações solicitadas pela ANTT no âmbito do Ofício SEI nº 27623/2021/SUROD/DIR-ANTT:** sustentou que as informações constantes no requerimento de relicitação estão incompletas para fins de análise no processo de

caducidade. Além disso, o cálculo da indenização fica a cargo da Comissão de Planejamento e Fiscalização, no bojo do Processo 50500.108613/2021-64. Não obstante isso, informa que, nos termos do art. 8º, § 4º, da Resolução 5.935/2021, isso não impede o prosseguimento do processo de caducidade.

3.39. Feito esse breve resumo dos principais argumentos usados tanto pela Concessionária quanto pela Agência, por meio da Comissão Processante e da Superintendência, tenho as seguintes considerações a tecer.

3.40. Em primeiro lugar, ao contrário do que consta no Relatório da Comissão Processante, a declaração de caducidade não tem natureza sancionatória, mas desconstitutiva. Em outras palavras, o seu objetivo não é punir a Concessionária pela inexecução contratual, mas extinguir o contrato, por entender que a prestação do serviço público não está adequada. Nesse sentido, é o Parecer 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 11553701):

[...]

9. A Lei 10.233/2001, por sua vez, reforça a distinção entre caducidade (forma de extinção do contrato) e penalidades aplicáveis. O art. 35, ao tratar das cláusulas essenciais do contrato de concessão, aponta que o contrato deve prever: "XVII - sanções de advertência, multa e suspensão da vigência do contrato e regras para sua aplicação, em função da natureza, da gravidade e da reincidência da infração" e "XVIII - casos de rescisão, caducidade, cassação, anulação e extinção do contrato, de intervenção ou encampação, e casos de declaração de inidoneidade". Também, a Lei 10.233/2001, elenca de forma expressa as penalidades cabíveis em casos de infração à lei ou descumprimento do contrato de concessão, em rol do qual não consta a caducidade, mantendo a coerência com a Lei 8.987/95, ao classificar a caducidade como forma de extinção do contrato, não como sanção:

10. A declaração de caducidade do contrato de concessão insere-se no âmbito da discricionariedade do poder concedente, o que revela sua clara vinculação ao dever de proteção do interesse público, ou seja, mesmo que haja descumprimento contratual, caberá ao Poder Público, à luz das circunstâncias concretas e das alternativas disponíveis, declarar ou não a caducidade do contrato. Sendo decisão discricionária, não pode ser considerada sanção, cuja aplicação, quando cabível, constitui ato vinculado, de observância obrigatória.

11. De outro lado, as penalidades têm por finalidade criar um "incentivo" ao cumprimento do contrato por meio da coação, ou seja, objetivam reconduzir a parte infratora do contrato ao comportamento contratual cooperativo, para que o contrato possa prosseguir, o que não acontece com a caducidade, que põe fim à própria relação contratual. Aplicada a caducidade, encerra-se o contrato e não há qualquer possibilidade de alteração de comportamento da concessionária, eliminando por completo qualquer finalidade restaurativa do contrato.

[...]

13. De toda a sorte, independentemente de se tratar ou não uma sanção propriamente dita, a caducidade gera como consequência a mais gravosa no âmbito da relação contratual com a Administração Pública, qual seja a extinção da própria concessão. Desta forma, em razão de suas consequências e repercussão jurídica, são aplicadas ao processo de caducidade as mesmas garantias e lógica de um processo administrativo sancionador, chegando mesmo alguns autores a classificá-la como uma verdadeira "sanção rescisória"[1]. Impõe-se, desta feita, prévio processo administrativo, com contraditório, ampla defesa e proporcionalidade em sua aplicação, reservando-se a caducidade apenas para as infrações mais graves ou para a grande reincidência em outras infrações[2].

3.41. Como se observa, dado o caráter discricionário da declaração de caducidade, a Agência deverá avaliar as circunstâncias concretas e as alternativas disponíveis. Em virtude disso, a Surod apresentou Relatório de Análise de Impacto Regulatório, a qual será detalhada em tópico específico.

3.42. Em segundo lugar, a Comissão Processante defende que não se admite celebração de novo TAC enquanto não apurado o cumprimento de TAC anterior. Ocorre que não há esse impedimento no art. 4º da Resolução 5.823/2018. Não obstante isso, entendo que não é cabível a celebração de TAC com a Concessionária com base no inciso III do referido dispositivo (*quando não restar comprovado interesse público na celebração do TAC*), seja porque a Concessionária já celebrou dois TACs com a ANTT e, em nenhum deles, a execução contratual foi restabelecida, seja porque a Agência concedeu prazo para a Concessionária regularizar sua situação previamente à instauração deste processo de caducidade e também não logrou êxito.

3.43. Em terceiro lugar, assiste razão à Concessionária quando sustenta que o objeto do presente processo administrativo não é apurar a causa ou gravidade das multas previstas na Tabela 2 do Anexo à Portaria Surod 198/2021, mas sim avaliar o não pagamento das multas. No entanto, entendo correto o esclarecimento feito pela Comissão em seu Relatório Final ao apontar que o objetivo de apresentar tais elementos aos autos era apenas reforçar o argumento da incapacidade da Concessionária em prosseguir na prestação do serviço público. Isso porque, conforme já apontado, a declaração de caducidade é discricionária e, como a sua consequência é a extinção antecipada do contrato, é fundamental a apresentação de vários elementos para tomada de decisão pela Diretoria Colegiada e pelo Presidente da República.

3.44. Em quarto lugar, creio que a apresentação da relação de processos que estariam com execuções fiscais ajuizadas, com seus respectivos números, não é genérica, haja vista que a Agência, por meio da Procuradoria Federal junto à ANTT, dispõe dessas informações. Assim, no caso concreto, entendo perfeitamente aplicável o disposto no art. 2º do Decreto 9.094/2017, que dispõe o seguinte:

[...]

Art. 2º Exceto se houver disposição legal em contrário, os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal que necessitarem de documentos comprobatórios de regularidade da situação de usuários dos serviços públicos, de atestados, de certidões ou de outros documentos comprobatórios que constem em base de dados oficial da administração pública federal deverão obtê-los diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados, nos termos do disposto no Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, e não poderão exigí-los dos usuários dos serviços públicos.

[...] (grifo acrescentado)

3.45. Diante disso, por meio do Despacho (SEI12248283), solicitei as informações à PF/ANTT,

que, por meio da Nota 00750/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI3529166), informou que apenas uma das 28 execuções fiscais mencionadas pela Concessionária (5110034-50.2021.4.02.5101), no valor de R\$ 2.610.184,50, está com a exigibilidade suspensa, que representa menos de 4% do total. Dessa forma, embora a Comissão Processante não tenha obtido essa informação, ela reforça o argumento usado no relatório de que subsiste um acervo não ignorável de multas ainda pendentes de pagamento na esfera administrativa sem ato de cobrança judicial.

3.46. Em quinto lugar, em 25/5/2022, o Subprocurador-Geral em Matéria Regulatória emitiu o Despacho de Aprovação 00076/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI1553701), aprovado pelo Procurador-Geral Substituto, por meio do Despacho de Aprovação 00081/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 11666160), manifestando concordância com o Parecer 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU e informando que a Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S/A solicitou reunião com a Procuradoria para discussão do caso e apresentação de alguns questionamento, momento no qual foram apresentados memoriais, apontando 5 capítulos nos quais pretendeu demonstrar a ocorrência de vícios procedimentais a serem considerados por ocasião da análise jurídica. Como já havia sido emitido o parecer sobre o caso, o Subprocurador se manifestou nesse Despacho, conforme trechos abaixo:

[...]

4. Foram os seguintes pontos levantados pela concessionária.

5. **Primeiro**, arguiu a "desconsideração quanto aos impactos da COVID", alegando que "os impactos quanto à COVID-19 foram desconsiderados no processo de caducidade". Nos próprios memoriais entregues, entretanto, a concessionária transcreve trecho do processo no qual seus argumentos são analisados, tendo a comissão e a **SUROD concluído, por meio de demonstração matemática, que o tráfego no período da pandemia variou muito pouco, caindo de 108.109 em 2019 para 101.288 em 2020, uma redução de tráfego de apenas 6,79%, insuficiente para justificar o inadimplemento objeto do processo.**

6. **Em seguida**, alegou "desconsideração quanto à devolução do prazo para alegações finais", sustentando que a instrução teria sido insuficiente, por não ter acolhido a alegação de desconsideração dos impactos da COVID. Como se percebe da leitura dos autos, os argumentos da concessionária foram devidamente analisados, de forma extremamente cuidadosa, nada tendo a se reparar na atuação da comissão processante. **A devolução de prazo para alegações finais resultou, de fato, sem substância, sendo fruto de mero inconformismo com o não acolhimento de suas alegações anteriores.**

7. **Como terceiro ponto levantado nos memoriais apresentados, a concessionária questiona "manifestação da SUROD pela caducidade transacionada"**, alegando ser essa uma hipótese não prevista em lei e que constituiria ofensa aos direitos da concessionária. A alegação se baseia em trecho de manifestação da SUROD na qual aquela Superintendência defendeu as vantagens de uma extinção contratual transacionada. A concessionária, porém, não aponta nenhuma consequência concreta da argumentação da Superintendência nos autos, que sequer foi acolhida pela comissão processante, de modo que não pode constituir um vício procedimental. **A mera discordância de uma linha argumentativa da Superintendência, sem qualquer consequência concreta, não deve ser considerada vício do processo.**

8. **O quarto ponto levantado nos memoriais apresentados à PRG trata de discordância quanto ao plano de desmobilização elaborado pela ANTT** o qual, na visão da concessionária, apresenta "riscos à continuidade do serviço público e à segurança dos usuários da rodovia". Sobre o ponto, cumpre registrar que não se trata de vício processual, mas de mera inconformidade da concessionária com tema de interesse público, o qual constitui prerrogativa da ANTT e do Poder Concedente definir. Em outras palavras, **a defesa do interesse público no plano de desmobilização da concessão em razão da caducidade, com a reassunção dos trechos pela União, não constitui matéria inserida no âmbito de discussão da concessionária, mas sim da própria União e da ANTT** Não há qualquer fundamento jurídico para se reconhecer a nulidade do processo de caducidade em razão da discordância da concessionária sobre o pleno de encerramento da concessão, elaborado pela própria Agência. **A discussão do tema simplesmente não compete à concessionária.**

9. **Por fim, o quinto ponto levantado pela concessionária traz alegação genérica de "vícios de instrução"**. Na argumentação, entretanto, nem sequer um elemento é levantado, limitando-se a manifestação a sustentar que "o processo de caducidade foi instaurado exclusivamente com base na tabela II, da Portaria 198/21" e que "esse ponto deve ser corrigido, através do refazimento de atos ou do aumento do prazo para instrução do processo de caducidade, sob pena de violação indevida e injustificada aos direitos da concessionária e ao próprio interesse público". Os argumentos trazidos não encontram base jurídica, pois **o descumprimento das obrigações elencadas na tabela II da Portaria referida constitui fundamento suficiente para a instauração e processamento da caducidade.**

10. **Pelo exposto, entendo que os presentes autos trazem elementos suficientes para demonstrar o inadimplemento contratual da concessionária, que deixou de adimplir as penalidades aplicadas, incidindo na violação prevista no art. 38, §1º, V, da Lei 8.987/95 ("a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos)". O processo de apuração do inadimplemento foi conduzido de forma extremamente zeloso pela comissão constituída, que apurou os fatos e ofereceu à concessionária ampla oportunidade para sua defesa, tendo concluído pela improcedência dos argumentos apresentados e pela efetiva ocorrência dos descumprimentos contratuais, os quais podem dar ensejo à caducidade da concessão.**

[...]

13. Faço ainda registro, nestes autos, da destacada qualidade do trabalho realizado pela comissão processante, que conduziu o processo com o esmero, a cautela e a seriedade exigidos pela natureza do tema tratado. A comissão processante assegurou, em todas as fases do procedimento, o devido contraditório da concessionária, bem como analisou as defesas e argumentos apresentados de forma isenta e minuciosa, garantindo a higidez do devido processo legal. Nesse contexto, sugiro à Diretoria Colegiada, como forma de reconhecimento pelo trabalho de excelência aqui realizado, que registre elogio formal nas fichas funcionais dos componentes da comissão processante, bem como que lhes seja enviada cópia da presente manifestação.

[...] (grifo acrescentados)

3.47. Como se pode notar, a Subprocurador-Geral em Matéria Regulatória considerou, após reunião com a Concessionária, que não há fundamento nas peças de defesa da Concessionária, tendo em vista que os autos "trazem elementos suficientes para demonstrar o inadimplemento contratual da concessionária". Dessa forma,

3.48. Portanto, feitas essas considerações, entendo adequados as manifestações técnicas da Surod e o Relatório da Comissão Processante, haja vista que rechaçaram, ponto a ponto, todos os argumentos da Concessionária, de modo que a instrução processual, em seu aspecto jurídico-material, está adequada.

Relatório de Análise de Impacto Regulatório

3.49. Nos termos do Parecer 00112/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI1553701), a declaração de caducidade é um ato discricionário e, por gerar como consequência a extinção da concessão, deve a Agência avaliar as circunstâncias concretas e as alternativas disponíveis. Diante disso, a Surod elaborou o Relatório de Análise de Impacto Regulatório (SEI 12498905).

3.50. O relatório de AIR apresentado pela Surod contextualiza o contrato de concessão, demonstrando que, logo após a sua celebração, a Agência identificou que a sua execução estava aquém das exigências contratuais, o que culminou na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta - TAC com a Concessionária, abertura do processo de caducidade e no pedido de relicitação. Como evidência do alto grau de descumprimento contratual, informou que, de 2018 a 2022, a Concessionária acumulou 391 processos administrativos sancionadores, que totalizam R\$ 854.749.441,00 (oitocentos e cinquenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e um reais).

3.51. Além disso, em atenção ao Despacho (SEI12321640), que solicitou informações acerca do cumprimento dos prazos parciais da Tabela 1 da Portaria Surod 198/2021, informou que a Gefop emitiu, em 26/7/2022, a Nota Técnica 4617/2022/GEFOP/SUROD/DIR (SEI2462456), em que consta que a Concessionária deixou de cumprir todos os prazos parciais fixados pela Agência, conforme excerto abaixo da referida Nota Técnica:

[...]

1. Esta Nota Técnica trata da verificação quanto ao atendimento, pela Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S/A, das obrigações previstas na tabela 1 do anexo constante da Portaria nº 198, de 28 de junho de 2021, publicada no Diário Oficial da União em 01 de julho de 2021, referente ao contrato de concessão do Edital nº 007/2007, da BR 393/RJ.

[...]

3.1. De acordo com o apresentado pelo Escritório de Fiscalização de Paraíba do Sul/RJ no seu parecer, **a correção dos descumprimentos contratuais identificados na Tabela 1 da portaria não foram comprovados pela concessionária, tampouco puderam ser verificados em campo.**

3.2. Da relação de obras apontadas na Tabela 1 da citada Portaria 198/2021 acompanhadas pelo escritório, segue, de maneira resumida, o apurado pelo escritório de fiscalização conforme seu parecer:

ITEM	Prazo individual para cumprimento da falha ou transgressão identificada, em percentual de execução a contar do início do plano de cura	Avaliação do Escritório quanto a execução do plano de trabalho
PAVIMENTO	20% das inconformidades em até 6 meses, 70% em até 12 meses, 100% em até 18 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 20% das inconformidades. O PFR de Paraíba do Sul informa que o pavimento encontra-se em estado de deterioração e muitos defeitos já acentuaram-se, tornando-se buracos.
ELEMENTOS DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA - DEFENSAS E BARREIRAS DE CONCRETO	100% dos pontos em até 6 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 100% dos pontos. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
OBRAS-DE-ARTE ESPECIAIS - Alargamento, recuperação estrutural e reforço de OAE's	Alargamento, recuperação estrutural e reforço de OAE's: 20% das OAE's em até 6 meses, 45% em até 12 meses, 70% em até 18 meses, 100% em até 24 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 20% das OAE. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
OBRAS-DE-ARTE ESPECIAIS - Lajes de transição em todas as OAE	20% das OAE's em até 6 meses, 45% em até 12 meses, 70% em até 18 meses, 100% em até 24 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 20% das OAE. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
SISTEMAS DE DRENAGEM E OBRAS-DE-ARTE CORRENTES	100% dos pontos em até 6 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 100% dos pontos. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
TERRAPLENOS E ESTRUTURAS DE CONTENÇÃO	20% das inconformidades em até 6 meses, 70% em até 12 meses, 100% em até 18 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 100% das inconformidades em terraplenos. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
SISTEMAS ELÉTRICOS E DE ILUMINAÇÃO	100% dos pontos em até 6 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 100% dos pontos do projeto do sistema elétrico da BR 393. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
OPERAÇÃO	100% de todos os pontos em até 6 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 100% dos pontos do sistema de CFTV. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
Correções de traçado (inclusive OAE's)	60% da extensão em até 6 meses, 100% em até 12 meses	A concessionária não apresentou comprovação de execução de 60% da extensão das correções de traçado. O PFR de Paraíba do Sul informa que os pontos permanecem sem a devida correção.
Execução de variantes e contornos (inclusive OAE's)	90 dias para início das obras, cronograma a cumprir conforme o cronograma contido no projeto executivo aprovado	A concessionária não apresentou comprovação de início de execução das obras. O PFR de Paraíba do Sul informa que não houve início de execução das obras.

Implantação de trevos em desnível, com alças, em pista dupla – parcial	Concomitantemente com a duplicação	A concessionária não apresentou comprovação de início de execução das obras. O PFR de Paraíba do Sul informa que não houve início de execução das obras.
Implantação de trevos em desnível, com alças, em pista dupla – completo		
Execução de passarelas sobre pista dupla		
Implantação de barreiras divisórias de pista		
Duplicações (inclusive OAE's)	90 dias para início das obras, cronograma a cumprir conforme o cronograma contido no projeto executivo aprovado	A concessionária não apresentou comprovação de início de execução das obras. O PFR de Paraíba do Sul informa que não houve início de execução das obras.
Execução de terceiras faixas	90 dias para início das obras, cronograma a cumprir conforme o cronograma contido no projeto executivo aprovado	A concessionária não apresentou comprovação de início de execução das obras. O PFR de Paraíba do Sul informa que não houve início de execução das obras.
Ampliação de capacidade no Ponto Azul e Trevo das Garças	100% de todos os pontos em até 6 meses	A concessionária não apresentou comprovação de 100% da obra de ampliação da capacidade do Ponto Azul. O PFR de Paraíba do Sul informa que não houve execução das obras.

4.2. Tendo em vista que o prazo previsto no cronograma aprovado para atendimento dos itens descritos era de 90 dias para início das obras de Duplicação, de terceiras faixas e de variantes e contornos e de 6 meses nos demais casos e que estes findaram-se em 28/09/2021 e 28/12/2021, respectivamente, observados os resultados apurados pelo escritório de fiscalização, no que compete a esta gerência, **entendem-se por descumpridas pela Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S/A, em sua totalidade, as obrigações pactuadas na Tabela 1 da Portaria 198/2021/SUROD.**

4.3. Portanto, nos termos do Art. 38, § 3º, da Lei nº 8.987, de 13/02/1995, e do Art. 1º, § 1º da Portaria nº 198/2021, a Concessionária está sujeita a abertura de processo ordinário de caducidade do contrato de concessão:

[...] (grifo acrescentado)

3.52. A partir desse problema regulatório a ser solucionado (grave e notória inexecução contratual), entende ser fundamental a solução da divergência entre os posicionamentos técnicos da Agência, haja vista que, no âmbito do processo de caducidade, sugeriu-se a decretação de caducidade, tendo como consequência a extinção antecipada do contrato, ao passo que, no processo da relicitação, a área técnica defendeu a possibilidade de qualificar o empreendimento no âmbito do PPI para fins de relicitação, isto é, mantendo o contrato de concessão vigente com condições diferenciadas de prestação de serviço até a assunção do trecho rodoviário por outra Concessionária. Assim, busca-se identificar "*qual opção regulatória apresenta menor incidência de impactos negativos para usuários, poder público e concessionária*".

3.53. Entre os atores que são afetados pela situação atual da Concessão, o Relatório apontou os usuários da Concessão, os moradores lindeiros, o Poder Público, em todas as suas dimensões e papéis, como a ANTT, o Ministério da Infraestrutura (MInfra), o Dnit e da Polícia Rodoviária Federal - PRF, a própria Concessionária e os financiadores da Concessão.

3.54. Tendo isso em vista, foram postas como premissas para escolha da melhor opção regulatória a continuidade da prestação dos serviços, com vistas à segurança viária, seja por meio da manutenção do contrato de concessão, seja por meio da prestação direta do serviço pelo Poder Público.

3.55. Seguindo a recomendação das Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR, foram avaliadas quatro alternativas, a saber:

- a) Manter a concessão da forma que está;
- b) Pactuar relicitação e realização de novo certame;
- c) Dar seguimento ao processo de caducidade; ou
- d) Realizar intervenção na concessão.

3.56. Quanto à primeira alternativa (**manter a situação atual**), o Relatório ressalta que a manutenção do *status quo* atual denota grande prejuízo aos usuários, que pagam por uma tarifa sem a contraprestação devida, e ao Poder Público, em suas mais diversas dimensões. Isso porque a inércia conduz a concessão ao agravamento da dependência de novos aportes pelo acionista da Concessionária para fazer frente às obrigações contratuais. Além disso, pode caracterizar descuido da Agência no cumprimento de suas obrigações legais.

3.57. Quanto à segunda alternativa (**relicitação**), sustenta que um dos motivos determinantes para criação desse instrumento jurídico foi evitar a ocorrência de um processo de caducidade, mediante a repactuação do serviço em nível mínimo até que nova Concessionária, além de pagar a indenização em favor do operador anterior, ingresse e retome os investimentos essenciais. Por isso, por ser uma forma de transição amigável e menos onerosa para a Administração Pública, tende a ser, sob a ótica da prestação do serviço, a menos lesiva aos interesses dos usuários. Todavia, trouxe o seguinte argumento contrário à adoção desse instrumento no caso concreto:

[...]

61. Porém, é necessário considerar que os diversos acordos feitos, a saber TAC Multas, TAC Plano de Ação, e Portaria nº 198/2021/SUROD (7038557) não foram atendidos. À vista disso, embora, a literatura especializada⁽²⁾⁽³⁾ tenda a considerar que empresa que tenha sofrido sanções legais anteriores estará mais inclinada a fazer esforços para evitar sanções futuras, **nada há que garanta, neste caso, que haverá mudança de postura por parte da concessionária, ainda que haja redução na exigência dos serviços ou mesmo com a mudança de controle acionário**, como mostrando no Quadro 3 - Processos Sancionadores da K-INFRA entre 2018 e 2022.

62. Esse histórico fragiliza o argumento de que a negociação pacífica com suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e o estabelecimento das condições mínimas em que os serviços continuarão ser prestadas pelo atual contratado de forma adequada até a assinatura do novo contrato.

63. A suspensão das obrigações de investimentos e a manutenção das condições em que o serviço

será prestado são peça-chave deste procedimento. Isto porque desobriga o contratado de continuar a realizar investimentos para os quais ele não pode fazer frente, sem prejudicar a adequada prestação do serviço público, até a alteração do concessionário, nos termos legais. Por certo, é bastante nobre essa determinação legal, contudo não há meios para se determinar por quanto tempo a atual concessionária terá que continuar prestando o serviço; se haverá interessados na nova licitação; se ela conseguirá manter-se economicamente prestando o serviço exigido ou voltará a incidir em descumprimentos, como demonstrado ao longo dos anos. Nessa última hipótese, isto é, caso seja pactuada a relicitação e a concessionária continue a insistir no descumprimento contratual, não é claro se seria viável instruir processo de caducidade, dado que a legislação vigente é silente sobre o assunto.

64. Dessa forma, embora a alternativa que pode parecer trazer resultados mais auspiciosos seja a pactuação da relicitação e realização de nova outorga, é imprescindível levar em consideração os resultados apresentados pela concessionária, descritos no Item II, deste documento, que pontuou as dificuldades desta, para garantir, até o presente momento, a prestação adequada dos serviços.

65. Assim sendo, foi-se levantado o questionamento sobre a questão (sic) possibilidade de a União, por intermédio do DNIT, assumir o trecho rodoviário e os impactos para a prestação dos serviços essenciais oferecidos aos usuários. Sobre isso, a GECON informou, por meio do Despacho 12513207 que essa consulta está em trâmite no âmbito do processo nº 50500.106659/2021-49 de qualificação à relicitação. Destarte, assim que encaminhada a manifestação do referido Departamento, esta GECON se dispõe a disponibilizá-la.

66. Todavia, ao fazer avaliação qualitativa, sob o ponto de vista do usuário, comparando a prestação do serviço pelo DNIT, sem cobrança de tarifa, (cenário de caducidade) com a prestação dos serviços essenciais pela Concessionária, mediante o pagamento de tarifa (cenário de relicitação), a COFIR assim se posicionou no Despacho 12556512:

Os impactos para a prestação de serviços essenciais oferecidos aos usuários diante da possibilidade da União, por intermédio do DNIT, de assunção da rodovia, só poderão ser estimados após manifestação do próprio Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, que poderá informar sobre o tipo de atendimento a ser oferecido, uma vez que a Autarquia é capaz, inclusive, de efetuar convênios com terceiros, que possibilitem a prestação de serviços, a depender da dotação orçamentária disponível e do interesse público caso não possua equipe técnica ou administrativa para tal. (questão b).

Num cenário de Caducidade, o DNIT irá determinar quais serviços serão realizados e como eles serão executados, a depender de seu interesse e sua dotação orçamentária, dado que o Órgão é amplamente capacitado a garantir a conservação, manutenção e monitoração da rodovia, mediante serviços por ele contratados e determinados. De forma análoga, quanto aos serviços de atendimento médico e mecânico, bem como o uso dos SAUs, o modo como ocorrerão deve ser tratado diretamente com o DNIT dado que o mesmo (sic) poderá decidir por atender aos parâmetros de desempenho atualmente determinados, ou não, além de definir o serviço operacional que melhor entender válido para o trecho rodoviário. Existe ainda a possibilidade de uso dos dispositivos do tipo guinchos e ambulâncias atualmente sob posse da Concessionária pelo DNIT e o mesmo poderá optar por convênios que permitam a execução de serviços de atendimento médico e mecânico que entender serem necessário.

(...)

Entende-se que num Cenário de Relicitação, a Concessionária deverá garantir a conservação, manutenção e monitoração da rodovia, mediante serviços de pavimentação, sinalização, drenagem, em terraplenos, etc. Além disso, os serviços de atendimento médico e mecânico (através do uso de ambulâncias, guinchos e outros dispositivos), bem como os atendimentos dos SAUs deverão permanecer de modo a garantir o atendimento aos parâmetros de desempenho determinados no contrato durante a relicitação. Busca-se assim garantir que o número de acidentes, feridos e mortos permaneça nos patamares atuais, muito inferiores aos do período anterior à Concessão. Além disso, a população lideira à rodovia já possui a segurança ao atendimento no caso de incidentes ocorridos na rodovia. Mantém-se, portanto, a regularidade do atendimento ao usuário.

67. Porém, sobre essa obrigatoriedade a equipe técnica da Gerência de Fiscalização de Infraestrutura e Operação Rodoviária, nos termos da Nota Técnica SEI N° 4617, mostrou que foi acordada a correção de 20% das inconformidades de pavimento, obras de arte especiais, terraplenos e estruturas de contenção e nem isso foi corrigido. Elementos de proteção e segurança, sistemas de drenagem também não foram executados.

[...] (grifo acrescentado)

3.58. Quanto à terceira alternativa (caducidade), menciona que a Resolução 5.935/2021 trouxe maior segurança para a condução desse tipo de expediente. Ademais, embora seja um processo litigioso, consta nos autos que não há decisões arbitrais ou judiciais que impeçam a decretação da caducidade ou a aplicação de descontos tarifários. Ademais, entendeu o seguinte:

[...]

70. Por outro lado, pela caducidade, o problema se resolve em parte, ao interromper ao fim e ao cabo deste incerto processo as receitas e os deveres de investimentos no projeto e ao mitigar a deterioração econômica do projeto, assegurando à concessionária o direito de pagamento de indenização pelos investimentos não amortizados pelo Poder Concedente. Muito embora, neste ponto, tendo em vista o passivo de multas apresentado no Quadro 3 deste documento, é possível que não haja valores a indenizar.

71. Cabe explicar, que em relação aos valores da indenização devida ao contratado originário, a Nota Técnica 2068/2022/GEGEF/SUOD/DIR (SEI 17472), apresentou cálculo da indenização em função dos investimentos vinculados a bens reversíveis à União, ainda não depreciados ou amortizados. Ressalte-se, todavia, que foi feita apenas uma estimativa, haja vista a falta de documentação necessária para a sua conclusão:

[...]

72. Note-se que em multas transitadas ou não em julgado de 2018 a 2022 o valor de R\$ 854.749.441,00 (oitocentos e cinquenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e hum reais), portanto superior aos R\$ 625.705.780,61 (seiscentos e vinte e cinco milhões, setecentos e cinco mil, setecentos e oitenta mil reais e sessenta e hum reais) que podem ser utilizado como referencial máximo de eventual indenização a ser paga à concessionária, como descrito pela Gerência de Gestão Econômico Financeira, da SUOD.

73. Importante ainda destacar que, por meio da Nota Técnica 9021522, a GEGEF enfatizou que:

Diante dos fatos relatados, conclui-se que a Rodovia do Aço, de um modo geral, apresentou baixo desempenho econômico-financeiro ao longo dos anos da série, não apresenta indicativo de melhora em sua situação financeira, mesmo após pequena melhora nos resultados de 2019. Observando o período como um todo a concessionária

não apresentou sinais de recuperação.

As demonstrações financeiras, de fato, apontaram que a Rodovia do Aço mantém, desde o ano de 2015, capital de giro negativo e insatisfatórias condições de liquidez e solvência. Nos exercícios 2014 a 2018, experimentou prejuízos financeiros e evidenciou capacidade de reação e reversão desse cenário apenas em 2019, o que remete à **incerteza de sua capacidade de liquidar compromissos assumidos a curto e longo prazos.**

74. **No entanto, outra questão que se deve levar em consideração é a repercussão da caducidade sobre a tributação nos municípios cortados pela Rodovia do Aço K-Infra conforme Quadro 6 - Impostos devidos pela K-Infra a prefeituras cortadas pela Rodovia do Aço de 2009 a 2022.** O ISS não tem destinação específica, ele vai para os cofres do município e compõe o seu orçamento. O ISS do serviço tem como base de cálculo a receita bruta obtida pela concessionária com a cobrança de pedágio. Desta forma, parte das tarifas dos pedágios acaba sendo destinada para beneficiar segmentos que vão além das melhorias na malha rodoviária. O repasse é feito proporcionalmente à extensão das rodovias nos municípios e tem importante impacto no orçamento, principalmente nas cidades menores. Cada prefeitura tem a liberdade para estabelecer a utilização deste recurso na área em que julgar ser de maior prioridade, seja em saúde, educação, segurança ou na expansão de infraestrutura de transporte, por exemplo. **A retirada desse valor, pode comprometer, o orçamento das prefeituras.**

Quadro 6 - Impostos devidos pela K-Infra a prefeituras cortadas pela Rodovia do Aço de 2009 a 2022

Rodovia do Aço - K-Infra	
Valores em Milhares de Reais - (R\$ mil)	
Ano	Imposto (ISS)
2009	1.708
2010	2.865
2011	3.180
2012	3.553
2013	3.998
2014	3.928
2015	3.924
2016	4.394
2017	5.274
2018	5.591
2019	5.689
2020	5.384
2021	5.203
2022 - 1 TRI	1.247
Total	55.938

Fonte: DFs Auditadas

76. Por fim, cabe acrescentar que o Ministério da Infraestrutura apresentou a ANTT, por meio do Ofício nº 266/2022/SNTT (SEI n10131842), de 02/02/2022 e da Nota Informativa nº 4/2022/CGCR/DTROD/SNTT (SEI n10131916), de 11/01/2022, proposta para tratamento do impasse acometido durante o início da execução da obra de duplicação da obra de ampliação de capacidade de duplicação entre os km 178+000 e km 182+400 do trecho concedido, tratada neste documento nos Parágrafos de 13 a 15. Cabe esclarecer que esse impasse consiste na oposição dos moradores do bairro de Barão de Angra, da cidade de Paraíba do Sul/RJ, quanto ao empreendimento, uma vez que ele alteraria o trânsito atual, ainda que irregular, em ambos os lados do bairro, em razão da existência de importantes pontos urbanos, postos de saúde e escolas às margens opostas da BR-393/RJ. Este empecilho, então, ensejaria alteração no projeto de duplicação em questão por meio da inclusão de dispositivo em desnível no local, a fim de garantir os interesses da comunidade local. Ressalta-se que tal obra complementar só poderia ser incluída no PER por meio de revisão extraordinária ou quinquenal do Contrato. Dessa forma o MINFRA se posicionou conforme segue no Ofício nº 266/2022/SNTT:

Desta feita, conforme detalhado na Nota Informativa nº 4/2022/CGCR/DTROD/SNTT (SEI 5080682), verifica-se que existem, no momento, impedimentos para que a referida obra seja executada pela atual concessionária (K-Infra Rodovia do Aço S.A.) ou mesmo pelo DNIT. A solução que se apresenta mais viável é a inserção do empreendimento no escopo de obras da nova concessão, a qual está na fase de contratação de estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental.

3.59. Quanto à quarta alternativa (**intervenção**), informou que não está regulamentada no âmbito da ANTT. No entanto, entendeu que caberia à Agência realizar a intervenção e nomear um interventor, atribuindo-se os prazos, objetivos e limites da medida. Neste caso, este gestor deveria, com os recursos da concessão, viabilizar uma nova administração apta a cumprir as obrigações contratuais, o que seria temerário, uma vez que um dos problemas da Concessionária é a insuficiência de recursos captados para fazer frente aos investimentos exigidos.

3.60. Após a análise dessas alternativas, concluiu o seguinte:

[...]

77. Diante do exposto, alguns apontamentos já lançados no presente processo deixam evidente que a requerente K-Infra tem apresentado dificuldade para cumprir o contrato, bem como outros instrumentos obrigacionais, sendo necessária uma ação para a continuidade dos serviços públicos concedidos, nos níveis adequados. Por isso, **avalia-se que a decretação da caducidade é a ação regulatória mais indicada para o caso**, por abrir caminho para eventual nova concessão ou para assunção dos serviços pelo Poder Público, de forma a corrigir os rumos da atual gestão. À par do passivo que deverá ser gerido, é de se considerar que por essa opção incidem eventuais custos de judicialização e demora na conclusão contratual. De outra sorte, ao termo do processo de caducidade a infraestrutura estará plenamente liberada para nova política pública. Seu espectro de ação sobre o problema se restringe a extirpar a concessionária que não vem desempenhando. (sic) abrindo margem para a degradação do serviço oferecido, o que de certa forma ameniza em parte a celeuma perante o Poder Público.

78. No entanto, a medida, por si só, não resolve os impactos sobre os usuários, que terão de

conviver ainda um tempo com o serviço precário, até que nova política pública possa indicar os meios para se ajustar a prestação pública. Todavia, **diante do reiterado cenário de descumprimento de acordos acima identificados, aparenta-se ser a opção adequada para o momento.** Ressalte-se, nesta linha, o parecer da Comissão Julgadora, através da Nota Técnica 10319173, que recomendou à Diretoria Colegiada da ANTT que proponha à União a decretação da caducidade do contrato de concessão firmado com a K-Infra em razão do descumprimento do Anexo II, da Portaria 198/2021. Acresce-se a este parecer, conforme discorrido ao longo da presente Análise de Impacto Regulatório, que os demais descumprimentos contratuais podem ser acrescidos como justificativa da ação regulatória. Repise-se, como já exposto, que várias foram as situações em que tanto a equipe técnica dessa Agência quanto a Diretoria Colegiada manifestaram-se em relação à possibilidade de decretação de caducidade, tendo sido feita opção de outras ações regulatórias, que não lograram êxito.

79. Não obstante o cenário que ora se indica, há que se considerar a possibilidade jurídica da adoção de processo de licitação, ora analisado nos autos do Processo nº 50500.106659/2021-49, que a despeito do risco de descumprimento, mostra-se ainda factível, mesmo com menor potencialidade de êxito, que o quadro acima revela. Na pior das hipóteses, retomar-se-á o processo de caducidade, caso se entenda necessário.

[...] (grifo acrescentado)

3.61. Feita essa breve síntese, entendo acertada a sugestão da área técnica de que a melhor alternativa a ser adotada para o caso concreto seja a declaração de caducidade.

3.62. Com efeito, a Agência já utilizou todo o arsenal disponível para tentar solucionar as inexecuções contratuais (multas, TAC, período de cura contido na Portaria 198/2021) e o que se vê é um total descaso da Concessionária com a prestação dos serviços.

3.63. A maior evidência disso é a manifestação contida na Nota Técnica 4617/2022/GEFOP/SUROD/DIR (SE12462456), que demonstra que a Concessionária desrespeitou completamente os prazos parciais fixados na Tabela 1 da Portaria 198/2021.

3.64. É cediço que o objeto deste processo de caducidade é a apuração do descumprimento dos prazos fixados na Tabela 2 da referida Portaria. Por isso, a apuração do descumprimento deverá se dar em processo apartado, observado o rito da Resolução 5.935/2021.

3.65. No entanto, não se pode olvidar que, como apontado pela Nota Técnica 6861/2021/GEFOP/SUROD/DIR (SE9021522), a Concessionária vem apresentando baixo desempenho econômico-financeiro ao longo dos anos da série, não apresentando indicativo de melhora em sua situação financeira.

3.66. Se, sem o pagamento das multas já transitadas em julgado, objeto de discussão destes autos, a Concessionária já está apresentando essa condição financeira e não está cumprindo suas obrigações contratuais, que, nos termos do Despacho (SE18922465), são essenciais para a segurança dos usuários, caso a Agência obtenha êxito nas execuções fiscais, haverá um sério risco de comprometimento ainda maior da prestação dos serviços.

3.67. Além disso, de acordo com o Relatório da AIR, o valor das penalidades, de 2018 a 2022, já ultrapassa a estimativa máxima de indenização cabível, caso seja extinto antecipadamente o contrato de concessão. Dessa forma, a manutenção da vigência do contrato tende a aumentar o passivo da Concessionária, agravando ainda mais a sua dívida para com a Agência, a qual, dada a situação financeira da Sociedade de Propósito Específico - SPE, corre também o risco de não ter o débito quitado.

3.68. O Relatório de AIR sustenta que a declaração de caducidade pode comprometer o orçamento das prefeituras cortadas pela rodovia, haja vista que a Concessionária deixará de recolher o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

3.69. De fato, com a extinção do contrato de concessão, o Dnit passa a assumir o trecho e, como não haverá arrecadação de tarifa, as prefeituras deixarão de recolher o ISS. Todavia, é importante mencionar que o prejuízo para o Poder Público é muito maior com a manutenção da concessão, seja porque o valor das multas ou de depreciação dos bens reversíveis supera em muito o valor do tributo arrecadado, seja porque poderá ocorrer um aumento no nível de acidentes decorrente da piora das condições de trafegabilidade da rodovia, onerando os serviços de saúde pública das Prefeituras.

3.70. Importante ressaltar que, quando foi elaborado o Relatório de AIR, a Agência ainda não havia recebido a manifestação do Dnit acerca da possibilidade de assunção do trecho, razão pela qual a análise foi desenvolvida por meio de comparação qualitativa feita pela Cofir, a partir das competências dessa Autarquia e das ferramentas à sua disposição para a exploração do trecho.

3.71. Em 2/9/2022, a Surod recebeu, por meio do e-mail (SE113207083), a resposta do Dnit ao Ofício 23365/2022/SUROD/DIR-ANTT (SE12600462). De acordo com o Ofício 159853/2022/ASSTEC/GAB - DG/DNIT SEDE (SEI 13220292), o Dnit informou o seguinte:

[...]

1. Cumprimentando-o cordialmente, reporto-me ao Ofício SEI nº 23365/2022/SUROD/DIR-ANTT (12109924), por meio do qual essa Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) solicita a esta Autarquia informar as condições e conveniência para a assunção por este DNIT do trecho concedido da rodovia BR-393/RJ, compreendido entre a divisa MG/RJ (além Paraíba/MG) e o entroncamento com a BR-116/RJ (Via Dutra), em Volta Redonda/RJ, de modo a auxiliar na tomada de decisão quanto à decretação de caducidade do contrato de concessão ou a realização da relicitação contratual, referente ao contrato de concessão decorrente do Edital nº 007/2007, celebrado com a Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S/A, instaurado em razão dos descumprimentos às obrigações previstas na Tabela 2 do anexo à Portaria SUROD nº 198, de 28/06/2021.

[...]

3. Nesta senda, esclarece-se que as condições e conveniência para a assunção por este DNIT do trecho concedido da rodovia BR-393/RJ, compreendido entre a divisa MG/RJ (além Paraíba/MG) e o entroncamento com a BR-116/RJ (Via Dutra), em Volta Redonda/RJ, são as seguintes:

☒ Quanto à instalação de equipamentos do Programa Nacional de Controle de Velocidade

(PNCV), que tem por objetivo o aumento da segurança dos usuários nas rodovias federais sob sua jurisdição, por meio da disponibilização, instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos, com coleta, armazenamento e processamento de dados estatísticos e dados e imagens de infrações, em que pese as restrições orçamentárias, há possibilidade de cobertura do trecho, em face da remoção de equipamentos instalados em rodovias federais recentemente concedidas à iniciativa privada;

¶ Quanto ao Programa Nacional de Pesagem (PNP), que trata da fiscalização do excesso de peso na malha rodoviária federal sob responsabilidade desta Autarquia, promovida atualmente por meio das unidades móveis operacionais (UMOs), destaca-se que a rodovia ora discutida está inserida no programa, mais precisamente no segmento compreendido entre o km 296,0 e o km 299,9, podendo a fiscalização ser estendida também ao novo trecho, em havendo necessidade;

¶ Quanto à ocupação da Faixa de Domínio, que é a base física sobre a qual se assenta uma rodovia, sendo que nas áreas laterais é possível o uso, obedecendo às condições de segurança do trânsito estabelecidas pelo DNIT, informa-se que com o retorno do trecho à jurisdição do DNIT serão realizadas fiscalizações e regularizadas as eventuais ocupações irregulares que venham a existir;

¶ Quanto aos serviços de manutenção rodoviária (recuperação, conservação e sinalização), em atenção à Portaria nº 96, de 2021, faz-se necessário que esta Autarquia, juntamente com a Concessionária e essa ANTT promovam vistoria conjunta, a fim de atualizar o inventário da via e, por conseguinte, identificar os serviços necessários. Em seguida, iniciarem-se-iam as tratativas referentes às suas contratações, cujas conclusões são estimadas em cerca de 60 (sessenta) dias;

¶ Quanto à conservação do patrimônio a ser recebido, faz-se necessário, também, promover à sua vistoria, a fim de permitir o adequado planejamento de eventual contratação de serviços de vigilância, limpeza, e energia elétrica, em especial para as Praças de Pedágio, Postos de Pesagem e Postos de Operação e Resgate; e

¶ Quanto às obras de construção rodoviária, tais como adequação de capacidade/duplicação no trecho em epígrafe, registra-se que não há recursos disponíveis na LOA 2022, tampouco na PLOA 2023, e, desta forma, na eventual assunção do trecho, esta Autarquia restaria impossibilitada de abarcar novas obras na rodovia.

4. Por oportuno, ressalto que esta Autarquia não dispõe de recursos orçamentários capazes de suportar todas as necessidades de construção, manutenção e operação rodoviárias dos cerca de 57.000 quilômetros de rodovias federais pavimentadas, razão pela qual a decretação da caducidade, se assim for decidido por essa ANTT, implicará no premente reordenamento e/ou revisões de ações planejadas e/ou atualmente em execução.

[...]

3.72. Como se pode notar, o Dnit informa, em síntese, a possibilidade de assunção do trecho, após a realização de vistorias entre os envolvidos e a reordenamento ou revisões de ações planejadas/em execução, ressaltando a inviabilidade, por falta de previsão orçamentária, de execução de obras de construção rodoviária, como de capacidade/duplicação.

3.73. Quanto às obras de capacidade/duplicação, a Concessionária já não vinha cumprindo suas obrigações contratuais, desrespeitando, inclusive, o novo prazo concedido na Tabela 1 da Portaria 198/2021. Da mesma forma, caso seja celebrado Termo Aditivo decorrente de relicitação, não há na Proposta de Serviços e Investimentos Essenciais (SEI11770234), apresentada nos autos do Processo Administrativo 50500.106659/2021-49, esse tipo de investimento e, ainda que tivesse, a Agência não teria mecanismos de *enforcement* para obrigar a Concessionária a cumprí-los, pois a Concessionária ignorou as medidas adotadas pela Agência.

3.74. Em virtude disso, não faz sentido obrigar os usuários a continuarem a receber os serviços mediante o pagamento de tarifa quando podem usufruí-los sem o seu pagamento.

3.75. Por tais razões, com a devida vênia às manifestações técnicas contidas nos autos do Processo Administrativo 50500.106659/2021-49, creio que não há viabilidade técnica para a qualificação do empreendimento no âmbito do PPI.

3.76. O Decreto 9.957/2019, que regulamentou a Lei 13.448/2017, dispõe, no art. 4º, que cabe à ANTT analisar preliminarmente a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, que compreende a observância do disposto no Decreto e no Capítulo III da Lei:

[...]

Art. 4º O requerimento de relicitação será processado e analisado preliminarmente pela agência reguladora competente, à qual caberá manifestar-se sobre a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, observado o disposto neste Decreto e no Capítulo III da Lei nº 13.448, de 2017.

[...] (grifo acrescentado)

3.77. Por sua vez, o art. 14, § 1º, contido no Capítulo III da Lei 13.448/2017, dispõe o seguinte:

[...]

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

§ 1º Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos.

[...] (grifo acrescentado)

3.78. Diante disso, a análise de viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação não se limita a verificar se as disposições contratuais não estão sendo atendidas ou se a Concessionária demonstra incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente. Da mesma forma, a análise preliminar da Agência não se presta apenas a verificar se foram apresentados todos os elementos que devem conter no requerimento de relicitação.

3.79. A análise do requerimento de relicitação, portanto, sem prejuízo dos pontos que já

foram abordados nos autos do Processo Administrativo 50500.106659/2021-49, deve identificar essencialmente "a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação", mormente porque o objetivo da relicitação não é reduzir as obrigações contratuais da Concessionária, mas sim "assegurar a continuidade da prestação dos serviços", conforme art. 13 da Lei 13.448/2017.

3.80. Como já defendido acima, não há necessidade, pertinência, nem razoabilidade de instauração do processo de relicitação, pois:

a) o Dnit possui capacidade de assumir o trecho para executar os serviços e investimentos que seriam executados pela Concessionária no caso de relicitação, de modo que não é razoável manter a prestação dos serviços por meio de cobrança de tarifa quando os usuários podem usufruir serviços equivalentes já pagos pelos tributos que recolhem;

b) a manutenção do contrato de concessão, quer por obrigações contratuais originais, quer por obrigações contidas em Termo Aditivo decorrente de relicitação, tende a comprometer ainda mais a prestação dos serviços concedidos e a vida da comunidade lindeira. No caso do termo aditivo, conforme informação apresentada pela Sucon no Despacho (SEI12493465), não há previsão sequer para a realização da nova licitação do trecho, o que pioraria ainda mais a situação; e

c) o comportamento da Concessionária já evidenciou que os mecanismos de *enforcement* à disposição da Agência são insuficientes para exigir o cumprimento do contrato de concessão e de eventual termo aditivo decorrente de relicitação.

3.81. **Destarte, acompanho integralmente a sugestão contida no Relatório de Análise de Impacto Regulatório, no sentido de que a declaração de caducidade é a melhor alternativa a ser adotada no caso concreto.**

Do cálculo da indenização e da elaboração do Plano de transição operacional

3.82. De acordo com o art. 8º, § 2º, da Resolução 5.935/2021, no momento da apresentação da defesa prévia, a Concessionária deverá apresentar, para fins de cálculo de eventual indenização, além de outras informações necessárias, as seguintes:

a) inventário atualizado de bens reversíveis, conforme regulamentação específica;

b) relatório dos processos judiciais e administrativos em curso, bem como de eventuais procedimentos arbitrais, relativos, entre outras, a questões regulatórias, construtivas, ambientais e relacionadas à faixa de domínio, nos quais a concessionária figure como parte;

c) relação dos contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob concessão; e

d) eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato.

3.83. Cabe à Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão promover o cálculo de eventual indenização devida, no entanto, caso a Concessionária atrase o envio das informações ou não as forneça, isso não obsta o processamento e a conclusão do processo de caducidade, conforme consta no § 4º do referido artigo.

3.84. Como já mencionado alhures, por meio da Portaria 393/2021, foi designada a Comissão e foi instaurado o Processo Administrativo 50500.108613/2021-64 para apurar o cálculo de eventual indenização tanto para fins de relicitação quanto para fins de declaração de caducidade, com base na Resolução 5.860/2019.

3.85. Ressalte-se que a Concessionária, ao apresentar sua defesa prévia, informou que as informações necessárias para o cálculo de eventual indenização se encontravam no bojo do requerimento de adesão ao procedimento à relicitação, (Carta DT 16.010/2021 - SEI8942449- Processo 50500.106659/2021-49).

3.86. A Gefir, por meio do Despacho (SEI9459392), informou que o processo de relicitação estava tramitando de maneira distinta deste processo e, por isso, era necessário novo envio dessas informações pela Concessionária.

3.87. A Concessionária, em suas alegações finais - Carta DG 16.200/2022 (SEI9834448), argumentou não haver qualquer razão para deixar de apreciar documentos já apresentados pela Concessionária e não repetidos nestes autos por economia processual. A despeito disso, juntou aos autos mapa contábil, ressaltando o direito de apresentar documentação complementar ao longo do trâmite deste processo.

3.88. Diante disso, a Concessionária fez, dentre outros pedidos, o seguinte: "seja a Gefir suscitada a manifestar-se sobre as informações relativas a bens reversíveis indenizados, não apenas apresentadas no processo de relicitação (processo SEI nº 50500.106659/2021-49), mas também ora reapresentadas nestes autos".

3.89. Para a avaliação e o enquadramento dos bens da Concessionária, foi solicitada a apresentação do mapa contábil dos bens que seriam revertidos ao Poder Concedente. Tal solicitação foi feita por meio do Ofício 27623/2021/SUROD/DIR-ANTT (SEI434344), de 14 de outubro de 2021, emitido pela Comissão Processante constituída pela Deliberação nº 338, de 7 de outubro de 2021.

3.90. Em 18/2/2022, o Presidente da Comissão de Planejamento e Fiscalização enviou à Concessionária, pelo e-mail (SEI10079388), o Ofício 3946/2022/PARAIBADOSUL/COINFRJ/URRJ-ANTT (SEI 10078517), informando que a documentação apresentada estava incompleta para a apuração do

cálculo da indenização e, por isso, concedeu o prazo de até 90 dias para que a concessionária apresentasse as informações necessárias, acompanhadas da documentação completa.

3.91. Em resposta, em 31/1/2022, a Concessionária, por meio da Carta DG 16.200/2022 (SEI 9834448) e Anexo (SEI9834449), encaminhou à área técnica o mapa contábil com o conjunto de bens que entendem serem passíveis de reversão e indenização ao Poder Concedente. O mapa contábil apresentou 7.988 bens classificados pela Concessionária como indenizáveis e foi utilizado pela Gegef como base primária para a avaliação do conjunto de bens a serem, eventualmente, indenizados, em caso de extinção antecipada do contrato de concessão.

3.92. Por meio do Ofício 31522/2021/GEGEF/SUROD (SE9039988), de 08/12/2021, foi solicitado à Concessionária a apresentação da lista dos ativos indenizáveis, bem como de toda a documentação necessária para o atendimento do solicitado no art. 3º da Resolução 5.860/2019. Em resposta, por meio da Carta DA 16.102/2021 (SEI9227317), de 15/12/2021, a concessionária solicitou prazo adicional para a apresentação da resposta, o que foi concedido dentro do solicitado (SEI 9282095). Contudo, em 20/01/2022, por meio da Carta DA 16.177/2022 (SEI9628034), a Concessionária encaminhou para análise apenas o mapa contábil - já citado acima - com a descrição dos bens, sem, entretanto, o envio da documentação comprobatória relacionada a cada um dos bens apresentados.

3.93. Em 13/4/2022, a Gegef exarou a Nota Técnica 2068/2022/GEGEF/SUROD/DIR (SEI 10717472), estimando o valor da indenização devida ao concessionário em função dos investimentos vinculados a bens reversíveis à União, ainda não depreciados ou amortizados, com base na Resolução 5.860/2019. Vale citar trechos da manifestação técnica:

[...]

1.1. **Esta nota técnica busca estimar o valor da indenização** devida ao concessionário em função dos investimentos vinculados a bens reversíveis à União, ainda não depreciados ou amortizados, assumindo-se a hipótese de encerramento antecipado do contrato de concessão por caducidade.

[...]

3.1.6. Como já apresentado, especificamente no tópico nº 2.7, **a concessionária, ao apresentar o mapa contábil e a descrição dos ativos, deixou de apresentar qualquer documentação contábil e/ou fiscal**, nos moldes exigidos na Seção II, Capítulo II da Resolução que comprovasse, desde já, a fidedignidade das informações. A concessionária alegou que tal levantamento documental seria moroso e que tais confirmações poderiam se dar ao longo do processo de verificação independente a ocorrer posteriormente. **Portanto, faz-se aqui a 1ª RESSALVA aos resultados apurados por esta equipe técnica: Todas as apurações se deram tendo por base a lista de ativos apresentada pela concessionária, porém, sem a possibilidade de qualquer ações de verificação e/ou auditoria, ainda que amostral, sobre a veracidade ou fidedignidade dos dados apresentados.**

3.1.7. Na ausência de documentação contábil restrita à concessionária, buscou-se, como fonte alternativa de validação mínima dos dados, a confrontação dos valores totais apresentados no mapa contábil com as contas do ATIVO das demonstrações financeiras da companhia.

[...]

3.1.8. O intuito central da abordagem foi de buscar, ao menos, indícios de que os bens classificados como NÃO INDENIZÁVEIS teriam sido, de fato, expurgados da lista de ativos que nos foi apresentada. Conforme já citado no tópico anterior, há uma listagem de situações excludentes para a classificação dos bens como indenizáveis, que estão expressas nos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do art. 2º da resolução. Em 07/04/2022, diligenciamos junto à concessionária, via correio eletrônico, buscando esclarecimentos para entender se ao elaborar o mapa contábil apresentado as situações excludentes haviam sido corretamente aplicadas.

[...]

3.1.10. **Ao confrontar os valores residuais apresentados no mapa contábil com a última demonstração financeira divulgada pela concessionária - 3º TRI/2021 - notou-se que os valores registrados na rubrica "Intangível" são muito próximos daqueles apresentados no Mapa Contábil, o que acabou por nos gerar incertezas sobre a correta classificação apresentada pela concessionária**, uma vez que poderiam não estar sendo observados os excludentes previstos nos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do art. 2º da resolução 5.860.

3.1.11. Especificamente no caso dos Intangíveis, não fica claro se ao mensurá-los pelo custo de seu reconhecimento inicial, não estariam sendo contabilizados também, por exemplo, as margens de receita de construção, item não elegível à indenização, conforme previsto no art. 7º da resolução 5.860.

3.1.12. Há que se destacar também que a subconta de maior representatividade dentro do Intangível é a "Recuperação da Rodovia", que no mapa contábil foi apresentado como valor residual a amortizar de R\$ 222.953.344,57, o que representa, aproximadamente, 58% do saldo total indenizável apresentado pela concessionária. Entretanto, somente serão 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.

3.1.13. Já em relação ao Imobilizado, nossa preocupação sobre uma possível consideração de ativos não elegíveis à indenização, recaí nos excludentes que tratam dos bens utilizados em atividades administrativas, que não deverão ser considerados para fins de indenização. Pela descrição do imobilizado da concessionária, grande parte dos ativos integrantes são passíveis de uso nas atividades administrativas. Como não houve, por parte da concessionária, a apresentação dos bens desconsiderados, cumpre-nos fazer tal ressalva. A Figura 6 retrata a composição do Imobilizado da companhia, em 30/09/2021.

[...]

3.1.14. Pelo exposto acima, e a fim de **concluir esta análise introdutória sobre o enquadramento dos bens reversíveis à indenização, entendemos que A SE CONCLUIR PELO ENCERRAMENTO ANTECIPADO DO CONTRATO DE CONCESSÃO, OS ITENS CONSTANTES DO MAPA CONTÁBIL DEVERÃO SER PORMENORIZADAMENTE AVALIADOS**, uma vez que neste apuratório não houve tal escrutínio por ausência de informações técnicas e documentais.

3.1.15. **Feita a ressalva acima, e considerando única e exclusivamente, o mapa contábil, tal qual, apresentado pela concessionária**, o universo de bens a serem indenizáveis pela União à concessionária é de 7.988 bens, cujo saldo remanescente para amortização é de R\$ 382.989.437,33, referenciados aos preços de aquisição dos bens, a serem atualizados pelo IPCA até a efetiva data de pagamento. **Concluímos que tal valor, a despeito das ressalvas e observações colocadas, pode ser uma referência aceitável como TETO do valor a ser indenizado à**

concessionária em caso de encerramento antecipado do contrato de concessão. Firmamos este entendimento uma vez que tal valor é muito próximo do valor contábil dos ativos intangíveis e imobilizados e que, provavelmente, à luz da documentação contábil comprobatória, deverá sofrer glosas embasadas nos excludentes previstos nos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do art. 2º, além dos previstos no art. 7º da resolução 5.860.

[...]

3.2.4. Os valores à custo histórico apresentados pela concessionária são aqueles retratados na Figura 1 acima, em resumo, os valores de aquisição dos bens tidos como indenizáveis somaram o **montante de R\$ 577.536.038,87, dos quais R\$ 194.546.601,54 já teriam sido depreciados ou amortizados** no decorrer do contrato de concessão, de modo que, no agregado, **restariam como saldo residual a ser depreciado ou amortizado, o valor de R\$ 382.989.437,33, também referenciados aos preços de aquisição dos bens.**

3.2.5. O valor do saldo residual atualizado pelo IPCA, para setembro de 2021, conforme apresentado pela concessionária, equivalia a R\$ 588.880.296,12, sendo que, o mesmo valor **atualizado para março de 2022 equivale a R\$ 625.705.780,61.** Cumpre destacar que conforme previsto na resolução 5860, o valor indenizável deverá ser atualizado pelo IPCA até a efetiva data de pagamento à concessionária.

3.2.6. Conforme citamos acima, entendemos que este valor deverá sofrer glosas ao passar por maior escrutínio documental, bem como pela avaliação do estado de conservação e vida útil remanescente dos bens, além das avaliações sobre os parâmetros de desempenho da rodovia, entretanto, tais cálculos não foram possíveis de serem realizados neste momento por ausência de documentação técnica e contábil. Ainda como previsto no art. 15º, definido o valor indenizável dos bens reversíveis, para fins de pagamento da indenização, serão deduzidos ainda eventuais desequilíbrios econômico-financeiros existentes e demais disposições contratuais e legais, conforme a modalidade de extinção contratual incidente. Neste sentido, a fim de dar uma ordem de grandeza de eventuais descontos a serem aplicados em desfavor da concessionária, **apuramos haver, em julgamento nas esferas administrativas e judiciais, 176 processos referentes a aplicação de penalidades, que totalizavam R\$ 464.753.438 em demanda.**

[...]

4.1. Conforme apresentado no decorrer desta nota técnica, fica evidente que a apuração, ora apresentada à comissão de planejamento e fiscalização do encerramento do contrato de concessão, **trata-se de mera estimativa a nortear-los sobre um valor referencial máximo para a indenização à concessionária** em caso de extinção antecipada do contrato de concessão, pois partiu da base de ativos apresentada pela concessionária sem a possibilidade de auditoria dos dados por ausência documental.

4.2. **Não obstante**, a partir das Demonstrações Financeiras Auditadas da concessionária, referentes ao 3º trimestre de 2021, pode-se constatar que o valor apresentado no mapa contábil pela concessionária representa quase que a integralidade dos valores registrados na rubrica Ativos Intangíveis (R\$ 382 milhões MP x R\$ 384 milhões Intangível). Sabendo ainda que dentre os dispostos na resolução 5.860 há um conjunto de excludentes à indenização que deverão ser avaliados por empresa de certificação independente, e que grande parte do saldo indenizável está concentrado nos investimentos realizados em recuperação da rodovia, que, por sua vez, para o reconhecimento exigem a adequação de parâmetros a marcos contratuais que diferem o apuratório contábil do apuratório indenizável, **tornamos como provável a redução do valor a ser pago em relação ao valor ora apresentado.**

[...]

4.4. **Portanto, ainda que seja uma inferência, acreditamos que o saldo remanescente a ser amortizado, tal como apresentado pela concessionária, no montante de R\$ 382.989.437,33, referenciados ao custo histórico de aquisição, e cuja equivalência, após correção monetária para o mês de março de 2022 é de R\$ 625.705.780,61 pode ser utilizado como referencial máximo de eventual indenização a ser paga à concessionária.** Importante destacar que tal valor se refere ao mês 03/2022 e, conforme previsto na resolução 5.860, o valor efetivamente apurado como devido deverá ser corrigido pelo IPCA até a data de pagamento à concessionária.

[...] (grifos acrescentados)

3.94. Ressalte-se que, além de realizar o cálculo de eventual indenização, cabe à Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão a elaboração de proposta de plano de transição operacional.

3.95. Em 10/2/2022, pelo e-mail (SE19978036), a Unidade Remota Coinf Paraíba do Sul/RJ enviou à Concessionária o Ofício 3166/2022/PARAIBADOSUL/COINFRJ/URRJ-ANTT (~~3166~~672), solicitando a apresentação, no prazo de 30 dias, de Plano de Desmobilização (Plano de Transição Operacional).

3.96. Em 25/2/2022, a Concessionária protocolou a Carta DA 16.222/2022 (SE110187457), informando, em síntese, que houve um erro no procedimento da Comissão, uma vez que não compete à Concessionária a elaboração do Plano de Transição Operacional no processo de caducidade e sim à própria Comissão. Além disso, mencionou que, só após a declaração de caducidade, é que haveria início da execução do referido Plano, no bojo do qual caberia à Concessionária a apresentação do Plano de Desmobilização.

3.97. Posteriormente, em 5/4/2022, o Presidente da Comissão de Planejamento e Fiscalização enviou à Concessionária, pelo e-mail (SE110688649), o Ofício 10185/2022/PARAIBADOSUL/COINFRJ/URRJ/DIR-ANTT (~~10185~~88649), solicitando as seguintes informações e respectivas documentações:

1- Relação dos contratos celebrados pela Concessionária com terceiros:

- a. Relação dos contratos de permissão especial de uso, aluguéis ou que estabeleçam outros direitos sobre a faixa de domínio (devem ser incluídas na listagem, locações de torres de transmissão e de demais terrenos da concessão que sejam necessários à operação da rodovia tal como esteja sendo feita atualmente)
- b. Relação dos contratos de fornecimento de água, luz, gás e prestação de outros serviços;
- c. Relação de outros contratos que ensejem obrigações para período posterior ao termo final da concessão.

2- Inventário da documentação técnica, operacional e administrativa

- a. Documentos recebidos do Poder Concedente no início da concessão (os documentos recebidos em meio físico, deverão, neste momento, serem enviados em meio digital pelo Sistema Eletrônico de Informação – SEI da ANTT);
- b. Documentos produzidos pela Concessionária ao longo da concessão (mesmo aqueles que não tenham sido utilizados, assim como todos os documentos disponíveis relacionados aos seguintes itens: projetos, memoriais, estudos, pesquisas, mapas e notificações extrajudiciais);
- c. Lista de bens reversíveis e eventuais ônus sobre eles incidentes;
- d. Banco de dados do Centro de Controle de Informações Operacionais;
- e. Banco de dados do Sistema de Gerenciamento Operacional (SGO);
- f. Garantias, licenças e softwares (documentação relacionada, tais como manuais, garantias e licenças vigentes, referente aos sistemas operacionais utilizados pela Concessionária);
- g. Relação de licenças e autorizações ambientais vigentes, termos de compromisso, e relação de pendências ambientais (incluindo todas as informações necessárias para conhecimento, tais como objeto, órgão ambiental a que se refere, número do processo, situação em que se encontra, tipo de pendência, etc).

3. Listagem dos Processos judiciais, administrativos e arbitrais em curso (constando informações como: número do processo, partes envolvidas, vara, tipo de ação, objeto e descrição do andamento destas ações)

- a. Processos judiciais
- b. Processos administrativos
- c. Processos arbitrais

3.98. Em 14/4/2022, a Concessionária protocolou a Carta CP 16.330/2022 (SEI10850199), apresentando parcialmente a documentação, solicitando, para alguns deles a dilação de prazo, conforme exposto abaixo:

- Item 2, alínea "g": até 29/4/2022;
- Item 2, alínea "d" e "e": até 14/5/2022;
- Item 2, alínea "c": até 19/5/2022;
- Item 2, alínea "a": até 13/6/2022;
- Item 2, alínea "b": até 13/7/2022.

3.99. Em 18/4/2022, a Unidade Remota Coinf Paraíba do Sul/RJ, com base nas informações que dispunha, juntou aos autos do Processo Administrativo 50500.108613/2021-64 o Plano de Transição Operacional (SEI10889962), remetendo o documento ao Superintendente da Surod, por meio do Despacho (SEI 10892365), contido no Processo Administrativo 50500.096903/2021-58.

3.100. Em 13/5/2022, a Concessionária protocolou nos autos a Carta DG 16.376/2022 (SEI 11297999), endereçada à Diretoria Colegiada desta Agência e ao Superintendente da Surod, manifestando-se acerca do Relatório à Diretoria 122/2022.

3.101. Nela, a Concessionária informa que a Comissão de Planejamento e Fiscalização concedeu um exíguo prazo de 9 dias corridos para que a Concessionária apresentasse uma vasta documentação para elaboração do Plano de Transição Operacional e para apresentação do cálculo de indenização.

3.102. Diante disso, a Concessionária apresentou o que foi possível e solicitou prazo adicional para apresentação do que faltava e, mesmo com essa solicitação, a Comissão apresentou um plano sucinto e cálculo incompleto da indenização.

3.103. Ademais, defendeu que a instrução do processo é insuficiente para decisão acerca das opções disponíveis (caducidade ou relicitação) para saneamento do contrato, cujas razões foram apresentadas na Carta DG 16282/2022, de 17/3/2022, contida no Processo Administrativo 50500.023404/2022-22, à Surod e que não foi analisada. Eis as razões sintetizadas pela Concessionária e seus pedidos à Diretoria Colegiada:

[...]

12. A instrução é insuficiente, contaminando o processo administrativo e eventual decisão da Diretoria Colegiada, pois:

- a) Nenhuma unidade técnica ou a SUROD analisou ou emitiu juízo a respeito da vantajosidade e economicidade da caducidade, em face da opção da relicitação;
- b) O processo instrutório da relicitação está avançado, mas inconcluso, inclusive por estar ainda fluindo o prazo fixado pela Comissão de Planejamento e Fiscalização para apresentação de dados relativos a bens reversíveis e eventuais ônus incidentes (Ofício SEI nº 3946/2022/PARAIBADOSUL/COINFRJ/URRJ-ANTT, de 18/02/2022, que fixou prazo até 19/05/2022);
- c) O Plano de Transição Operacional e o Plano de Desmobilização da Concessão (SEI nº 10889962) são claramente insuficientes para garantir a segurança viária e os interesses dos usuários, o que inviabiliza o prosseguimento do processo de caducidade; e
- d) Não foram efetivamente analisados argumentos fundamentais da Concessionária a respeito da inviabilidade da Caducidade, em especial as causas da inadimplência e inexistência de risco ao

crédito do poder público.

[...]

93. Por essas razões, a Concessionária requer:

94. A reabertura da instrução processual, para que, antes da deliberação da Diretoria Colegiada:

- a) A SUROD responda à Carta DG 16282/2022, de 17/03/2022, e seja evidentemente dado conhecimento dessa resposta à Concessionária, em atenção aos direitos constitucionais de petição, ampla defesa e contraditório;
- b) A SUROD e suas gerências analisem e emitam juízo a respeito da vantajosidade e economicidade da caducidade, em face da opção da relicitação;
- c) Seja concluído o processo instrutório da relicitação, já em fase final;
- d) A Comissão de Planejamento e Fiscalização complemente o Plano de Transição Operacional e o Plano de Desmobilização da Concessão (SEI nº 10889962), para que se garantam efetivamente a segurança viária e os interesses dos usuários;
- e) Sejam efetivamente analisados argumentos fundamentais da Concessionária a respeito da inviabilidade da Caducidade, em especial as causas da inadimplência e inexistência de risco ao crédito do poder público;
- f) A diretoria da ANTT avalie e delibere a respeito da necessária ampliação de prazo para conclusão dos trabalhos referentes à instrução do processo de caducidade, que conforme definido pela Resolução nº 5.935/21, pode ser de até 360 (trezentos e sessenta) dias, considerando que da forma como instruído o procedimento implica em i) risco imensurável aos usuários da rodovia, com vícios no plano de desmobilização que culminarão na descontinuidade do serviço público, ii) grave ofensa ao exercício da ampla defesa e ao contraditório por parte da concessionária.

[...]

3.104. Feita essa contextualização acerca do trabalho da Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão, faz-se necessário apresentar alguns esclarecimentos importantes, bem como analisar os pedidos feitos pela Concessionária na Carta DG 16.376/2022 (SEI 11297999).

3.105. Como se observa na Nota Técnica 2068/2022/GEGEF/SUROD/DIR (SEI0717472), a Comissão fez apenas uma estimativa de valor, haja vista que a Concessionária não apresentou a documentação contábil e/ou fiscal que comprove a fidedignidade das informações contidas no mapa contábil por ela apresentado.

3.106. Importante mencionar que, em consulta à Procuradoria, foi proferido o Parecer 00210/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI3529175), no sentido de que a decisão da Diretoria que propor à União a declaração de caducidade deverá estar acompanhado do valor de indenização que entender devido. Todavia, o Parecer menciona que a Diretoria poderá determinar correções ou ajustes sobre os cálculos feitos, oportunidade em que a homologação destes valores dependerá de um segundo ato da Diretoria, posterior àquele que recomendar a caducidade.

3.107. Nesse sentido, considerando os elementos contidos nos autos, será necessário que, após a deliberação da Diretoria Colegiada, a Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão envide esforços no sentido de apurar o cálculo definitivo de eventual indenização.

3.108. Não obstante isso, importante deixar claro que, nos termos da referida Nota Técnica, a estimativa apurou um valor referencial máximo para a indenização à Concessionária, de modo que o valor de R\$ 625.705.780,61 (seiscentos e vinte e cinco milhões, setecentos e cinco mil setecentos e oitenta reais e sessenta e um centavos), a preços de março de 2022, é o teto de indenização a favor da Concessionária.

3.109. É importante registrar, para além das diversas glosas previstas na Resolução 5.860/2019 que foram impossibilitadas de serem verificadas em razão da omissão injustificada da K-Infra em apresentar a documentação exigida no normativo da Agência, que aproximadamente 58% do "valor teto" de indenização por investimentos em bens reversíveis consistem em investimentos em recuperação da rodovia. Assim, tendo em vista o elevado grau de deterioração do sistema rodoviário apontado nos relatórios de fiscalização, é altamente provável que o "valor teto" seja substancialmente reduzido.

3.110. Além disso, conforme consta no Relatório de Análise de Impacto Regulatório (SEI 12498905), só o valor de multas transitadas ou não em julgado, autuadas entre 2018 e 2022, já chega ao valor de R\$ 854.749.441,00 (oitocentos e cinquenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e um reais).

3.111. Considerando que, nos termos do art. 15 da Resolução 5.860/2019, após a definição do valor indenizável dos bens reversíveis, para fins de pagamento da indenização, serão deduzidos ainda eventuais desequilíbrios econômico-financeiros existentes e demais disposições contratuais e legais, como é o caso das multas, bem como que o valor estimado pela Surod é o valor máximo de indenização possível, é certo que, na apuração de haveres e deveres, a Concessionária terá saldo negativo perante a União.

3.112. Dessa forma, como o saldo dessa indenização será invariavelmente negativo, entendo inexistente qualquer valor de indenização devido à Concessionária, devendo a área técnica proceder o cálculo definitivo dos valores possivelmente devidos à União para homologação da Diretoria da Agência, nos termos do art. 13, § 3º, da Resolução 5.935/2021, prosseguindo assim com a proposta de declaração de caducidade a ser submetida imediatamente à apreciação do Presidente da República.

3.113. Observe que a Resolução 5.935/2021 dispõe que após a Declaração da Caducidade - neste caso de competência do Poder Concedente, deve a Diretoria da ANTT decidir sobre o cálculo da indenização devida, procedendo à sua homologação (art. 13, § 3º) e determinar o início imediato da execução do plano de transição operacional, assim como a adoção de outras providências (art. 15), de forma a poder declarar extinto o contrato de concessão após a transição operacional (art. 15, § 2º).

3.114. Assim, nos termos da Resolução 5.935/2021, o cálculo do valor final da indenização devida à Concessionária deve ser homologado pela Diretoria (ou determinadas medidas corretivas) após a declaração da caducidade, devendo ser concluído ao longo do curso do processo, ou seja, antes da extinção contratual, que se dará com a conclusão do processo de transição operacional para o novo operador da rodovia - seja o Dnit, seja o novo parceiro privado.

3.115. Já quanto às solicitações contidas na **Carta DG 16.376/2022** (SEI11297999), após a sua apresentação, a Surod juntou aos autos o Relatório de Análise de Impacto Regulatório (SEI12498905), por meio do qual analisou e emitiu juízo a respeito da vantajosidade e economicidade da caducidade em face da opção da relicitação.

3.116. Ademais, como já exposto, o fato de ter sido apresentado apenas uma estimativa de cálculo de eventual indenização não impede que a homologação do valor definitivo se dê em momento posterior à apreciação deste processo pelo Colegiado - neste caso, não há sequer indenização a ser paga à Concessionária, devendo o cálculo definitivo ter como objetivo apurar os valores devidos à União. Ressalte-se que, à época, a Concessionária mencionou que estava em andamento prazo (até 19/5/2022) para apresentação de dados relativos a bens reversíveis e eventuais ônus incidentes, contudo, até a presente data, a Concessionária não apresentou tais informações.

3.117. Conforme mencionado acima, a Unidade Remota Coinf Paraíba do Sul/RJ, por meio do Ofício 3166/2022/PARAIBADOSUL/COINFRJ/URRJ-ANTT (9876672), solicitou à Concessionária a apresentação de Plano de Desmobilização (Plano de Transição Operacional).

3.118. Em resposta, foi apresentada a Carta DA 16.222/2022 (SEI10187457), sustentando que caberia à Comissão de Planejamento e Fiscalização de encerramento da concessão a elaboração do Plano de Transição Operacional. Vale citar algumas partes do documento:

[...]

12. No procedimento de caducidade é atribuição da própria Comissão de Planejamento e Fiscalização a elaboração da proposta de Plano de Transição Operacional, conforme a norma especial do art. 6º, § 1º, da Resolução ANTT 5.935/2021.

[...]

17. Os processos administrativos seguem um fluxo predeterminado e adequado aos fins a que se prestam pra garantir a impessoalidade, a isonomia, a eficiência e, muito importante, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

18. Descumprir o procedimento regulamentado pela própria Agência, exigindo providências intempestivas da Concessionária, quando aquelas a cargo da própria Comissão de Planejamento e Fiscalização não foram realizadas, implica violação do devido processo legal e, portanto, dos princípios constitucionais relacionados.

[...]

3.119. Com base no argumento da Concessionária, noto que, nos termos da Resolução 5.935/2021, de fato, compete à Comissão de Planejamento e Fiscalização de encerramento da concessão tal prerrogativa. No entanto, em lugar algum da norma, há a participação da Concessionária na elaboração ou na revisão de tal documento.

3.120. Nesse sentido, é a manifestação do Subprocurador-Geral em Matéria Regulatória contida no Despacho de Aprovação 00076/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI11553701), aprovado pelo Procurador-Geral Substituto, por meio do Despacho de Aprovação 00081/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 11666160):

[...]

4. Foram os seguintes pontos levantados pela concessionária.

[...]

8. O quarto ponto levantado nos memoriais apresentados à PRG trata de discordância quanto ao plano de desmobilização elaborado pela ANTT, o qual, na visão da concessionária, apresenta "riscos à continuidade do serviço público e à segurança dos usuários da rodovia". Sobre o ponto, cumpre registrar que não se trata de vício processual, mas de mera inconformidade da concessionária com tema de interesse público, o qual constitui prerrogativa da ANTT e do Poder Concedente definir. Em outras palavras, **a defesa do interesse público no plano de desmobilização da concessão em razão da caducidade, com a reassunção dos trechos pela União, não constitui matéria inserida no âmbito de discussão da concessionária, mas sim da própria União e da ANTT** Não há qualquer fundamento jurídico para se reconhecer a nulidade do processo de caducidade em razão da discordância da concessionária sobre o plano de encerramento da concessão, elaborado pela própria Agência. **A discussão do tema simplesmente não compete à concessionária.**

[...] (grifo acrescentados)

3.121. Por fim, no tocante à Carta DG 16.282/2022 (SEI10457981), em síntese, a Concessionária se manifestou pela necessidade de realização de estudo comparativo entre a caducidade e a relicitação, bem como a necessidade de análise da indenização dos bens reversíveis e de elaboração do Plano de Transição Operacional. Por isso, requereu a prorrogação do prazo fixado na Deliberação 338/2021 para conclusão do processo de caducidade.

3.122. Como já mencionado acima, o estudo comparativo entre a caducidade e a relicitação já foi realizada pela Surod por meio do Relatório de Análise de Impacto Regulatório. Também, já foi demonstrado acima a inexistência de valores devidos à K-Infra a título de indenização, sem prejuízo da homologação, em momento posterior, do cálculo definitivo dos valores devidos à União. Ademais, o Plano de Transição já foi devidamente elaborado pela Comissão de Planejamento e Fiscalização. Assim, não há razão para que seja deferido o pedido de prorrogação do prazo da Deliberação 338/2021.

3.123. **Portanto, embora a Comissão de Planejamento e Fiscalização de encerramento da concessão tenha feito apenas uma estimativa do cálculo de eventual indenização, o fato é que não há valores de indenização a serem pagos à Concessionária, de forma que não há prejuízo para o prosseguimento deste processo e homologação do valor definitivo devido à União em**

momento posterior pela Diretoria Colegiada (art. 13, § 3º). Além disso, foi seguido rigorosamente a Resolução 5.935/2021, ao elaborar o Plano de Transição Operacional (art. 6º, § 1º) e submetê-lo à Diretoria Colegiada para deliberação (art. 12, parágrafo único).

Da conclusão

3.124. Conclui-se que o processo está maduro o suficiente para que seja deliberado pela Diretoria Colegiada, haja vista que foram seguidos rigorosamente os procedimentos estabelecidos na Lei 8.987/1995 e na Resolução 5.935/2021, assegurando, assim, à Concessionária o direito à ampla defesa e ao contraditório.

3.125. Nos termos da Parecer 00210/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI3529175), as disposições contratuais impõem à União, como Poder Concedente, a decretação da caducidade. Assim, nos termos da minuta de deliberação (SEI13944134), a Agência se limitará a recomendar ao Presidente da República a caducidade da Concessão.

3.126. A Comissão de Planejamento e Fiscalização de encerramento deverá, com fulcro no art. 13, § 3º, da Resolução 5.935/2021, promover o cálculo definitivo de eventual indenização (neste caso, provavelmente valores devidos a União), que deverá ser submetido posteriormente à Diretoria Colegiada para homologação antes da extinção do contrato de concessão, de forma que não há óbice de que a proposta de declaração de caducidade seja submetida imediatamente à apreciação do Presidente da República.

3.127. Por fim, destaco que a proposta de envio de informação ao TCU feita pela Surod, com base no art. 7º, inciso VIII, da Instrução Normativa TCU 46/2004, deve ser retificada tendo em vista que o referido dispositivo foi revogado pela Instrução Normativa TCU 81/2018. Assim, em que pese não mais existir a exigência normativa do Tribunal, reputo prudente informar à Corte de Contas sobre o teor da presente Deliberação, de forma a contribuir para as discussões de processos de controle externo em curso, em especial dos TCs 010.222/2019-7 e 017.812/2020-8.

4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Ante todo o exposto, considerando as manifestações técnicas e jurídicas contidas nos autos, VOTO por:

- a) propor à União a decretação da caducidade do Contrato de Concessão Edital nº 007/2007 da rodovia BR-393/RJ, sob responsabilidade da Concessionária K-INFRA Rodovia do Aço S.A.;
- b) determinar, com base no art. 13, § 3º, da Resolução 5.935, de 2021, que a Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão promova o cálculo definitivo de eventual indenização pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária, conforme metodologia prevista na Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019, e o submeta à Diretoria Colegiada para homologação; e
- c) informar ao Tribunal de Contas da União - TCU o inteiro teor desta Deliberação, de forma a contribuir para as discussões em processos de controle externo em curso na Corte, em especial nos TCs 010.222/2019-7 e 017.812/2020-8.

Brasília, 17 de novembro de 2022.

(assinado eletronicamente)
DAVI FERREIRA GOMES BARRETO
Diretor



Documento assinado eletronicamente por **DAVI FERREIRA GOMES BARRETO, Diretor**, em 17/11/2022, às 12:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador 13875437 e o código CRC C77E6046.