



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO VISTA

RELATORIA: DAP

TERMO: VOTO VISTA À DIRETORIA COLEGIADA

NÚMERO: 001/2021

OBJETO: CONCESSIONÁRIA COMPANHIA DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DE JUIZ DE FORA - RIO DE JANEIRO - CONKER - Processo administrativo ordinário

ORIGEM: SUROD

PROCESSO (S): 50501.306425/2018-94

PROPOSIÇÃO PRG: PARECER n. 00522/2020/PF-ANTT/PGF/AGU, NOTA n. 00066/2021/PF-ANTT/PGF/AGU, NOTA n° 00365/PF-ANTT/PGF/AGU e NOTA N° 00410/PF-ANTT/PGF/AGU

PROPOSIÇÃO DAP: RESTITUIR OS AUTOS PARA A SUROD, PARA PROMOVER O SOBRESTAMENTO DO PRESENTE PROCESSO, ATÉ ULTERIOR DECISÃO DO JUÍZO OU DO RECURSO INTERPOSTO PELA PF/ANTT NA INSTÂNCIA SUPERIOR

ENCAMINHAMENTO: À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de Processo Administrativo Ordinário - PAO instaurado por intermédio da **Deliberação nº 423/2018**, para apurar infrações de natureza grave supostamente praticadas pela Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - CONKER relacionadas à inexecução do Contrato de Concessão PG-138/95-00, nos termos do referido contrato de concessão, do § 4º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995 e Resolução ANTT nº 5.083/2016.

1.2. Na elaboração desse Voto-Vista foram considerados, subsidiariamente, os seguintes fatores:

- O contido no **Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário** Sessão Extraordinária, de 12 de abril de 2017, proferido no processo de Relatório de Acompanhamento, TC nº 014.689/2014-6;
- Ação Judicial nº 1004885-30.2018.4.01.3400 que trata do pedido da CONKER de produção de **Lauda Pericial envolvendo as obras da Nova Subida da Serra**;
- Pedido de Liminar na Ação Judicial nº 1005306-15.2021.4.01.3400 **estendendo o prazo da concessão** em face da decisão liminar proferida pelo TRF **por meio do Agravo de Instrumento** nº 1006184-52.2021.4.01.0000. Enquanto vigor a decisão de Agravo de Instrumento o contrato de concessão, que deveria encerrar em março de 2021, **encontra-se sem prazo definido para o termo final**; e
- **Decisão proferida pela Justiça Federal da 1ª Região** (6668256), no dia 10/05/2021, que em apertada síntese, o Juízo determinou à ANTT, "que se **abstenha de reconhecer a caducidade do contrato de concessão** da Rodovia BR-040, trecho Juiz de Fora - Petrópolis - Rio de Janeiro, que tem a COMPANHIA DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA JUIZ DE FORA/RIO S.A. — CONKER como contratada, até ulterior decisão deste Juízo".

2. DOS FATOS

Breve histórico da Concessão:

2.1. Inicialmente, cabe informar que o presente processo administrativo ordinário trata de apreciar o Contrato de Concessão PG-1 38/95-00, firmado entre a Concessionária CONKER e a União, por intermédio do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), cujo objeto é a exploração do sistema rodoviário concedido.

2.2. Abaixo, são apresentados os principais marcos contratuais a serem observados:

- Prazo: 25 anos;
- Data de Assinatura do Contrato: 31.10.1995;
- Data da Assunção (Início da Concessão): 01.03.1996;
- Data de Início da Cobrança de Pedágio: 25.08.1996; e
- Extensão Total da Concessão: 180 km.

2.3. Assim, esclarecemos que o presente Processo Administrativo Ordinário nº **50501.306425/2018-94** se originou de processo administrativo anterior, protocolado sob o Processo Administrativo nº **50500.175818/2017-79**.

Antecedentes processuais PA 50500.175818/2017-79 e PAO 50501.306425/2018-94:

2.4. O presente processo administrativo foi instaurado para apurar as supostas infrações contratuais graves, puníveis com penalidade de caducidade, perpetradas pela Concessionária Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz De Fora - Rio de Janeiro - CONCERT, Contrato de Concessão PG-138/95-00, nos termos da Deliberação ANTT nº 423/2018.

2.5. Passaremos, a seguir, para uma breve descrição dos principais documentos contidos no presente processo administrativo ordinário nº 50501.306425/2018-94. Antes, porém, conforme já informado, merece destacar o contido no processo administrativo nº 50500.175818/2017-79, relacionado a este processo principal, dentre os 18 (dezoito) processos que compõem os autos, pois, em verdade, foi esse processo administrativo nº 50500.175818/2017-79 que originou a publicação da **Deliberação nº 423/2018**. Foi esse processo administrativo que estabeleceu prazo para a concessionária CONCERT corrigir as suas falhas e transgressões, nos termos do §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995.

Processo Administrativo nº 50500.175818/2017-79:

2.6. O processo origina-se com o Memorando 108/2017/GEFOR/SUINF (fl. 02), 30.03.2017, por meio do qual a Gerência de Fiscalização e Controle Operacional de Rodovias - GEFOR solicita à Coordenação de Exploração da Fiscalização Rodoviária na URRJ - COINF/URRJ informações *acerca do cumprimento por parte da concessionária CONCERT de suas obrigações contratuais*. A GEFOR observou, ainda, *“que nos últimos meses a CONCERT vem recebendo um alto volume de Autos de Infração no qual muitos deles não foram corrigidos no prazo previsto ou não foram atendidos de maneira satisfatória. Ainda, conforme o acompanhamento do planejamento anual, a maioria das obras encontram-se paralisadas”*.

2.7. A partir desse expediente, a COINF/URRJ elabora relatório técnico acerca da situação geral da concessão, bem como um relato da evolução das obras e serviços de conservação e manutenção da BR 040/MG/RJ, relativo ao Contrato de Concessão PG-138/95-00, consubstanciados, no Parecer Técnico nº 31/2017/PFRareal/COINF/URRJ, de 28.04.2017, e no Relatório de Vistoria da Rodovia, de 31/05/2017 (fls. 05 a 45). Nestes documentos, foram apontados atrasos em obras de melhoria, inadequação dos serviços de conservação e situação crítica dos serviços de manutenção.

2.8. Ato contínuo, a SUINF (atual SUROD) expediu **Ofício nº 238/2017/SUINF** em 06.06.2017, (fls. 46 a 48) encaminhado à CONCERT, fazendo referência ao Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário, Sessão Extraordinária, de 12 de abril de 2017, proferido no Relatório de Acompanhamento do TC nº 014.689/2014-6, por intermédio do qual determinou a essa Agência que, no prazo de até 30 (trinta) dias, fosse avaliado o cumprimento do contrato pela CONCERT, tendo em vista a inexecução contratual e as demonstrações financeiras apresentadas pela Concessionária, senão vejamos:

9.3.1.1. avalie se o serviço está sendo prestado de forma adequada e eficiente (art. 38, § 10, 1, da Lei 8.987/1995);

9.3.1.2. avalie se a concessionária cumpriu todas as cláusulas contratuais ou regulamentares concernentes à concessão (art. 38, § 1º II, da Lei 8.987/1995);

9.3.1.3. avalie se a concessionária mantém as condições econômicas, técnicas ou operacionais para a adequada prestação do serviço concedido, entre as quais a prevista no item 307 do Contrato de Concessão PG-138/95-00, que exige que o capital social subscrito e integralizado da concessionária corresponda a 20% do valor total dos investimentos por ela realizados (art. 38, § 1, IV, da Lei 8.987/1995);

9.3.1.4. caso se configurem as hipóteses previstas no art. 38, § 10, / e II, da Lei 8.987/1995, convoque a empresa concessionária para apresentar justificativas acerca dessas irregularidades e, caso não justificadas, conceda-lhe prazo razoável para corrigir eventuais falhas e transgressões relativas à prestação dos serviços de forma adequada e eficiente, na forma prevista no art. 38, §3º, da Lei 8.987/1995;" (grifos nossos)

2.9. Neste ponto, vale destacar o Ofício nº 238/2017/SUINF, que busca detalhar os descumprimentos contratuais da CONCERT, entre os quais, os itens 5 e 6 transcritos abaixo:

(...)

"5. Portanto, em cumprimento ao item 9.3.1.4, encaminhamos cópias do Parecer Técnico nº 031/2017/PFRareal/COINF/URRJ e do Relatório de Vistoria elaborados pela fiscalização da ANTT para que, no prazo de 20 dias contados a partir do recebimento deste, essa Concessionária apresente justificativas acerca das irregularidades apuradas pela equipe de fiscalização quanto às obras de melhoria e serviços de manutenção e conservação. Ressaltamos que deverão ser apresentadas justificativas a todos os itens apresentados em ambos os documentos, referenciando-os sempre que necessário.

6. Outrossim, informamos que foi enviado a essa Concessionária em 05 de junho de 2017, o Ofício nº 082/2017/GEROR/SUINF, o qual informa que foi avaliada a situação econômico-financeira da empresa, o que vai ao encontro do determinado no item 9.3.1.3 do Acórdão nº 738/2017-TCUPlenário. Foram identificadas irregularidades e estabelecido o prazo de 16 de junho de 2017 para manifestação, o qual deverá ser cumprido independente do prazo ora estabelecido para manifestação acerca das irregularidades apontadas no Parecer Técnico nº 031/2017/PFRareal/COINF/URRJ e no Relatório de Vistoria da GEFOR." (...) (grifos nossos)

2.10. Assim sendo, em apertada síntese, foi detectado pela Unidade Técnica duas naturezas de descumprimentos de obrigações contratuais por parte da CONCERT: uma de natureza técnico-operacional, relativo às obras previstas no PER e serviços de manutenção e conservação da rodovia; e, outra, de natureza contábil.

2.11. Em sua resposta, a CONCERT trouxe aos autos as suas justificativas acerca das irregularidades identificadas pela fiscalização da ANTT, contidas no **Ofício nº 238/2017/SUINF** (fls. 90 a 553). Em suma, assim esclareceu a CONCERT, argumentando que a operação da Rodovia foi severamente impactada:

- a) Pelo inadimplemento da União, que deixou de honrar o pagamento de aportes, conforme pactuado pelas Partes no 12º Termo Aditivo do Contrato de Concessão;
- b) Pelo ato unilateral da ANTT, que anulou a cláusula 2.4 e o Anexo III do 12º TA, que dispunham acerca da extensão do prazo contratual para fins de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato; e
- c) Pelo atraso e posterior suspensão das obras da Nova Subida da Serra, por fatores alheios à conduta da CONKER e que afetou a vida útil do pavimento da Atual Subida da Serra.

2.12. Por meio do Parecer Técnico nº 060/2017/PRFAreal/COINF/URRJ (fls. 557 a 581), de 19.10.2017, a SUINF analisou as razões de justificativa apresentadas pela CONKER, sob a ótica técnico-operacional, e concluiu que:

40. Os seis TROs não atendidos motivaram a emissão de Autos de Infração cujos dados estão discriminados no quadro a seguir, destacando que a previsão de conclusão dos serviços foi informada pela Conker, por meio de mensagem eletrônica, no dia 17 de outubro de 2017.

Localização (km)	TRO		Auto de Infração			Previsão de conclusão
	Nº	Data	Nº	Data	Fundamentação	
106+000	62.067	05/06/17	01.696	15/08/17	PT 047/2017/ PFRareal/COINF/URRJ	Nov/2017
106+500	62.077	05/06/17	01.697	15/08/17	PT 048/2017/ PFRareal/COINF/URRJ	Nov/2017
109+300	62.078	05/06/17	01.698	15/08/17	PT 049/2017/ PFRareal/COINF/URRJ	Out/2017
118+400	62.079	05/06/17	01.699	15/08/17	PT 050/2017/ PFRareal/COINF/URRJ	Out/2017
122+400	62.081	05/06/17	01.700	15/08/17	PT 051/2017/ PFRareal/COINF/URRJ	Out/2017
119+600	62.082	05/06/17	01.602	15/08/17	PT 052/2017/ PFRareal/COINF/URRJ	Nov/2017

41. Reiterando os termos do Parecer Técnico nº 31/2017/PRFAreal/COINF/URRJ, cabe frisar que as ações de fiscalização previstas no âmbito desta Coordenação tem sido insuficientes para que a concessionária retome a normalidade da execução do contrato de concessão, visto que tem aumentado de forma considerável o não atendimento aos prazos estabelecidos nos TROs e nos Autos de Infração lavrados, particularmente, para aqueles se referem às condições do pavimento.

42. Estão relacionados nos Anexos III, IV e V deste Parecer todos os segmentos da rodovia cujas necessidades de conservação e manutenção não foram atendidas pela concessionária e que motivaram a emissão de Autos de Infração. Nestes Anexos, foram contemplados tanto os trechos autuados com base no não atendimento aos prazos estabelecidos nos TROs como aqueles que estavam listados em cronogramas anuais que não foram levados a termo e que possuem, como ponto em comum, a permanência da condição que motivou a autuação realizada.

43. Nesse sentido, e considerando o disposto no § 3º do Artigo 38 da Lei Federal Nº 8.987, entende-se como recomendável que a concessionária seja comunicada a promover a correção destas falhas no prazo de até 90 (noventa) dias corridos.

44. No mesmo diapasão, que também seja estabelecido igual prazo para a execução dos serviços de conservação e manutenção previstos para o Viaduto da Reduc, localizado na Via Marginal sentido JF, km 113+300/RJ, pendentes desde julho de 2016. E ainda, que os prazos de execução dos serviços de conservação e manutenção das passarelas listadas no quadro inserido no parágrafo 40 deste Parecer sejam rigorosamente observados.

2.13. Em seguida, a SUINF, atual SUROD, em obediência ao disposto no art. 38, § 3º, da Lei 8.985/1995, expediu o **Ofício nº 638/2017/GEFOR/SUINF** (fls. 555), de 07.11.2017, encaminhando à CONKER o **Parecer Técnico nº 060/2017/PRFAreal/COINF/URRJ** solicitando correção da Concessionária quanto às inconformidades verificadas (parágrafos 43 e 44), em até 90 (noventa) dias a partir do recebimento deste ofício, informando quais soluções foram adotadas para sua correção", bem como solicitando "o cumprimento dos prazos previstos no quadro inserido no parágrafo 40 do citado parecer".

2.14. Transcorrido o prazo fixado, a ANTT requereu junto à CONKER informações acerca das ações adotadas para a correção das inconformidades, tendo a concessionária requerido a dilação de prazo por 30 (trinta) dias. Foram concedidos pela ANTT 15 (quinze) dias.

2.15. Foram acostados aos autos outros documentos que buscam demonstrar a situação da concessão administrada pela CONKER, sendo eles: a Nota Técnica nº 161/2017/GEROR/SUINF (fls. 595 a 600), de 18.08.2017, o Memorando nº 352/2017/GEFOR/SUINF (fls. 601 a 610), de 20.09.2017, o Memorando nº 325/2017/GEPRO/SUINF (fls. 613 e 614), de 22.09.2017, e o Memorando nº 992/2017/GEINV/SUINF (fls. 616 a 625V), de 02.10.2017.

2.16. Dentre as manifestações, merece destaque a Nota Técnica nº 161/2017/GEROR/SUINF elaborada pela Gerência de Regulação e Outorga da Exploração de Rodovias, que relata a situação financeira da concessão e seus indicadores, e conclui que:

(...) "a CONKER vivencia, desde o ano de 2014, capital de giro negativo, baixas condições de liquidez e solvência, tendo experimentando inclusive prejuízo financeiro no exercício 2016, o que remete à **incerteza de sua capacidade de liquidar compromissos assumidos a curto e longo prazos**. Aliado a isso, o método de Kanitz aponta que a CONKER, embora venha tentando se reerguer econômica e financeiramente, manteve-se em situação de "penumbra" no período em análise, classificação esta que corresponde a um alerta a usuários, credores, controladores e poder concedente, tendo em vista seu considerável **risco de inadimplência, contratual e de débitos, e ainda a possibilidade de descontinuidade operacional.**" (grifos nossos)

2.17. Posteriormente, foi elaborado o **Parecer Técnico nº 021/2018/PRFAreal/COINF/URRJ** (fls. 630 a 650), de 28.05.2018, visando relatar a situação do cumprimento dos prazos estabelecidos no Ofício nº 638/2017/GEFOR/SUINF, além dos prazos contidos no **Parecer Técnico nº 060/2017/PRFAreal/COINF/URRJ**, e, ao final, o **Parecer Técnico nº 021/2018/PRFAreal/COINF/URRJ**, concluindo que *“a Concessionária não atendeu ao estabelecido no Ofício nº 638/2017/GEFOR/SUINF estando sujeita a continuidade do processo administrativo nos termos dos §§ 3º e 4º do Artigo 38 da Lei Federal Nº 8.987”*.

2.18. Assim, por meio do Relatório à Diretoria nº 6/2018/GEFIR/SUINF (fls. 651 a 660), de 14.06.2018, propõe a instauração de Processo Administrativo Ordinário visando instruir procedimento

de apuração de inadimplência contratual e eventual decretação de penalidade de caducidade.

2.19. Esse entendimento teve por base as seguintes considerações carreadas ao longo do processo:

I - A **CONCER**, de modo geral, não contesta as inconformidades apontadas pela equipe de fiscalização, mas aponta como principal causa para todos os problemas existentes na rodovia o "**inadimplemento do pagamento dos aportes pela União**", **relacionados com a execução das obras designadas como Nova Subida da Serra de Petrópolis (NSS) e previsto no 12º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão**.

II - Alega, ainda, que o **atraso no cronograma** de execução da obra designada como **Nova Subida da Serra de Petrópolis (NSS)** prevista inicialmente para 2006, **causaria impacto em todo o trecho concedido** visto que o pavimento está com "sua capacidade de tráfego saturada e a vida útil do pavimento saturada."

III - Aduz a **CONCER** que as inconformidades encontradas ao longo do trecho são "ocorrências pontuais e de menor gravidade" e que os Autos de Infração não configuram prova acerca da qualidade e eficiência dos serviços prestados pela concessionária, visto que estão em curso os processos administrativos sancionatórios.

IV - Já a Unidade Técnica rebateu esses pontos alegados pela **CONCER**, com base nos pareceres **Parecer Técnico 060/2017/PFRreal/URRJ** e no contido no **Parecer Técnico 031/2017/PFRreal/COINF/URRJ** para que se observe a **baixa capacidade de reação da concessionária às notificações lavradas**, concluindo que "a permanência das inconformidades no trecho concedido por 10 (dez) meses após a lavratura do Auto é um fato que indica a necessidade de medidas complementares por parte deste órgão regulador".

V - Acerca da manutenção do pavimento rígido, destacam os pareceristas que a concessionária omite que dos 39 TROs que resultam em Auto de Infração por não correção de inconformidades no pavimento rígido, 18 se localizam na atual pista de descida que será mantida no mesmo traçado após a conclusão das obras da NSS, **afastando assim a justificativa da concessionária de que o acúmulo de ocorrências (TROs) se deve ao atraso nas obras da NSS que deveria se dar em 2006, desativando a atual pista de subida**.

VI - **A CONCER deixou de apresentar qualquer perspectiva para correção das ocorrências**, e que mesmo depois de 10 meses da lavratura dos Autos de Infração permanecem nas mesmas condições que ensejaram a autuação, impondo ao usuário condições de segurança e conforto incompatíveis com as de uma rodovia concedida.

2.20. Tal entendimento foi corroborado pela Procuradoria Federal junto à ANTT, por meio do **PARECER n. 01251/2018/PF-ANTT/PGF/AGU** (fls. 664 a 667). Ao final, a Diretoria Colegiada da ANTT decide por aprovar a instauração do Processo Administrativo Ordinário - PAO da Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora - Rio (**CONCER**), conforme se afere da **Deliberação nº 423, de 24.07.2018** (DOU 26.02.2018).

Processo Administrativo Ordinário nº 50501.306425/2018-94:

2.21. Apresentaremos, a seguir, um resumo do que constitui os autos do processo administrativo nº **50501.306425/2018-94**, detalhando os principais documentos nele constantes.

2.22. Em apertada síntese, o Relatório Final da Comissão Processante (fls. 2.393/2.537) abordou os seguintes pontos: (i) Da prestação do serviço do PER; (ii) Dos processos administrativos simplificados - PAS; (iii) Do planejamento anual e cronograma de obras e serviços; (iv) Do planejamento anual e cronograma de obras e serviços; (v) Das licenças e estudos ambientais; (vi) Do inventário e termo de arrolamento dos bens patrimoniais; (vii) Da regularização de acessos e uso da faixa de domínio da rodovia; (viii) Da desapropriação e desocupação da Faixa de Domínio da rodovia; (ix) Da receita extraordinária; (x) Da verba de aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal; (xi) Da verba de fiscalização; (xii) Do recurso de desenvolvimento tecnológico; (xiii) Das condições econômico-financeiras; (xiv) Dos seguros e garantias contratuais; (xv) Da regularidade fiscal; (xvi) Do empréstimo e financiamento das obras; (xvii) Das reclamações e sugestões dos usuários; e (xviii) Do sistema de gestão de qualidade.

2.23. No tocante à análise da defesa prévia e das alegações finais, a Comissão Processante oportunizou à concessionária a produção de provas e todos os meios previstos na norma para a sua defesa, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Ademais, para apreciar de forma consistente todas as manifestações e documentos juntados pela **CONCER**, o prazo para a conclusão dos trabalhos da Comissão foi prorrogado por mais 60 (sessenta) dias. Informa que a concessionária não contesta as infrações das cláusulas econômicas apontadas pela SUINF, justificando apenas a questão do inadimplemento da União.

2.24. Quanto ao pedido de produção de provas periciais, a Comissão informa que indeferiu o pleito, pois entendeu que os documentos da SUINF são suficientes para a eficiente e satisfatória conclusão da lide, pois abordaram todas as questões contratuais, contemplando inclusive as áreas de conhecimento de engenharia e econômico-financeira.

2.25. Mister se faz destacar que o Relatório Final demonstrou que a concessionária está com alto índice de inexecução contratual das obras e serviços previstos no planejamento anual, estando praticamente com todas as obras paralisadas, demonstrando, por meio de gráfico, que o índice de inexecução foi de 35%, em 2013, para 99%, nos anos de 2016 e 2017. Observou que as inexecuções

passaram a um patamar considerado crítico a partir de 2014, momento que iniciaram as obras da NSS, e assevera que as infrações cometidas pela CONCERT são todas de natureza grave, não estando, no período avaliativo, prestando um serviço adequado.

2.26. Verifica-se, ainda, que os indicadores demonstram que a concessionária está em situação de penumbra e que, desde 2015, não consegue atender a cláusula que exige a integralização do capital social mínimo.

2.27. Outrossim, o Relatório Final indicou que *"ainda que fosse admitido algum desequilíbrio em função da alteração do 12º TA, não foram apresentados elementos suficientes que demonstrassem que ocorreu impacto no Contrato de Concessão"*. Segue afirmando que *"não é possível visualizar desequilíbrio econômico-financeiro a ponto de haver toda a celeuma provocada pela Concessionária e que justifique qualquer inexecução contratual"*.

2.28. Além disso, sustenta que o desequilíbrio suscitado pela concessionária diz respeito ao Fluxo de Caixa Marginal, *"sendo relativo ao aporte de uma única obra, a Nova Subida da Serra, e, portanto, não deveria servir de justificativa para o desequilíbrio contratual originário, para as inexecuções contratuais e para que a Concessionária se exima das demais obrigações contratuais"*.

2.29. Conclui, enfim, que *"o alegado inadimplemento contratual a que a concessionária se refere em sua defesa não pode ser utilizado como excludente de responsabilidade"*, razão pela qual entende que o pedido de produção de provas periciais seria meramente protelatório.

2.30. A relatoria do processo coube ao Diretor Weber Ciloni, que por meio do Despacho DWE nº 008/2019, em 15.02.2019, encaminhou os autos à PF/ANTT para concluir a instrução antes de proferir o Voto. A PF/ANTT se manifestou por meio do Parecer nº 00337/2019/PF-ANTT/AGF/AGU.

2.31. Foi realizada, ainda, diligência à SUINF para que ela informasse: (i) Desempenho da CONCESSIONÁRIA, quanto ao cumprimento das suas obrigações contratuais, no período anterior aos eventos deflagrados pelo 12º Termo Aditivo (Nova Subida da Serra de Petrópolis); e a (ii) Evolução do comprometimento da receita anual de pedágio com os dispêndios correntes da Concessionária, a partir de período imediatamente anterior ao início das obrigações financeiras decorrentes das debêntures utilizadas para o financiamento da obra supracitada, desde o lançamento desses títulos até o último período disponível. Em resposta, a SUROD elaborou a Nota Técnica ANTT 1420 (0399585).

2.32. Ato contínuo, o processo foi novamente encaminhado para manifestação da PF/ANTT, que proferiu o PARECER n. 00804/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (0679556), de 19.06.2019, e o DESPACHO n. 10403/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, de 02.07.2019,

2.33. Neste ponto, cabe esclarecer que houve mudança na Relatoria dos autos, em face do período de férias do Diretor Relator, por mais 20 (vinte) dias. Assim, com base no Regimento Interno, o processo administrativo nº 50501.306425/2018-94 foi redistribuído, mediante sorteio, ao Diretor Davi Barreto – DDB, que proferiu o **Voto DDB 54** (1119067), de 25.09.2019.

2.34. O **Voto DDB 54** (1119067) relata de forma detalhada todos os principais eventos ocorridos ao longo de todo o processo, até aquele momento processual, **e propõe um conjunto de ações e medidas a serem promovidas pela Unidade Técnica visando o saneamento do presente Processo Administrativo Ordinário, em face de argumentações constantes nos autos trazidos tanto pela concessionária quanto pela PF/ANTT**. Ao final, foi a proposta de reabertura da Comissão do Processante relativa ao PAO da CONCERT para promover o saneamento dos autos, tendo sido acatada pela Diretoria, culminando na publicação da **Deliberação ANTT nº 931/2019** (1519418).

2.35. Por intermédio da Portaria Superintendência 413, de 25.11.2019 (2044575), foi instaurada nova Comissão Processante para compor o Processo Administrativo Ordinário nº 50501.306425/2018-94, concedendo prazo de 120 (cento e vinte) dias para conclusão dos trabalhos, podendo ser prorrogado por igual período, em caso de justificada necessidade.

2.36. Em cumprimento ao contido no inciso I do art. 1º da Deliberação nº 931/2019, o qual determinou que a Comissão Processante elaborasse Relatório Preliminar com base na análise preliminar da defesa da concessionária, foi elaborada a **Nota Técnica ANTT 3231** de 21.07.2020 (SEI nº 3785511).

2.37. O **Relatório Preliminar** enfrentou os argumentos elencados pela concessionária, se atendo às irregularidades referenciadas nos Ofícios nº 238/2017/SUINF e nº 638/2017/SUINF, e concluiu que tais alegações não devem ser acatadas, restando evidente que a concessionária não vem cumprindo com suas obrigações contratuais.

2.38. Além disso, apesar de a Comissão Processante reconhecer a necessidade de produção de prova técnica para a análise do desequilíbrio do contrato de concessão, por não ter a referida comissão condições técnicas e materiais para realizá-la, acabou deixando de determinar tal providência, por entender que a decisão liminar que menciona a impossibilidade da ANTT impor sanções à Concessionária se restringe àquilo que é objeto do 12º TA, pois se houve algum desequilíbrio econômico-financeiro foi referente às obras vinculadas ao citado instrumento contratual, e não em relação às demais regras e obrigações descumpridas.

2.39. O Ofício 13772 (SEI nº 3804518), de 24.07.2020, informou a CONCERT do contido na NOTA TÉCNICA SEI Nº 3231/2020/SUROD/DIR (SEI nº 3785511), denominado de Relatório Preliminar, dando-lhe prazo de 30 (trinta) dias corridos, para a apresentação das Alegações Finais acerca da análise do contido no referido relatório, em cumprimento ao inciso II do art. 1º da Deliberação nº 931/2019.

2.40. A CONCERT protocolou suas **Alegações Finais** por meio da **Carta AJU-CA-0059/2020-50500.089264/2020-93** (SEI nº 4223625), de 25.08.2020.

2.41. O **Pedido de Reconsideração**, constante da missiva PLC-CA-0220/20, de

23.10.2020, (SEI nº 4340919), **não foi analisado pela SUROD, que entendeu ser incompetente para tanto, remetendo referida decisão para a Diretoria Colegiada da ANTT.**

2.42. Por sua vez, a Comissão Processante decidiu por elaborar o seu **RELATÓRIO FINAL** por meio da **Nota Técnica – ANTT 5508** de 20/11/2020, (SEI nº 4564483), **tendo concluído que a Concessionária se encontra em severa inadimplência ao Contrato de Concessão, não cabendo outra alternativa à Comissão, a não ser recomendar à Diretoria Colegiada da ANTT que seja proposta à União a decretação da caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia.**

2.43. Ao cabo do relatório, recomendou que fosse ouvida a PF/ANTT em face da “Tutela Antecipada Antecedente” requerida pela CONCERT em juízo, a qual foi deferida no âmbito do processo 1025293-08.2019.4.01.3400 da 5ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou que a ANTT e União se abstenham de *Impor penalidades administrativas e contratuais atreladas a obrigações de investimento, até nova deliberação desse Juízo*”.

2.44. O Parecer Nº 00522/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (4791433), de 15/12/2020, recomendou *“pela regularidade de se prosseguir com o processo administrativo ordinário em tela, com observância da ressalva apontada no parágrafo 20 desta manifestação jurídica, não estando a solução final proposta pela Comissão Processante obstaculizada pela decisão do juízo da 5ª Vara Federal, proferida no bojo dos autos 1025293-08.2019.4.01.3400”*.

2.45. No referido Parecer, a PF/ANTT assim se manifestou:

“57. Assim, seja pelo fato de **a caducidade não se enquadrar especificamente como sanção administrativa ou contratual, e sim como forma de extinção do contrato**, que independente de demonstração de culpa da concessionária, seja porque a decisão judicial foi proferida com base em razões de fato e de direito que não foram objeto do processo administrativo em tela, entendendo que o processo administrativo ordinário pode prosseguir até o fim proposto pela Comissão Processante e desde que a decisão final pela eventual declaração ou decretação da caducidade se dê até o advento do termo final do prazo contratual.”

2.46. Os autos vieram para deliberação da Diretoria Colegiada, tendo sido sorteado o Diretor Weber Ciloni como Relator, que elaborou, por meio do Despacho DWE 5098845, de 27/01/2021, uma análise preliminar visando aferir se *“a Nota Técnica SEI nº 5508/2020/SUROD/DIR 4564483, de 20/11/2020, atende ao determinado pela Diretoria Colegiada por meio da Deliberação nº 931, de 01/10/2019”*, e no expediente final encaminha à SUROD para manifestação.

2.47. Em resposta ao Despacho DWE, a SUROD manifestou-se por meio do Despacho SUROD 5197537.

2.48. O Diretor Relator proferiu seu Voto na 891ª Reunião Deliberativa Presencial **Voto DWE 34/2021** – SEI 5519109), tendo sido pedido vistas dos autos por esta Diretoria para análise.

2.49. São os fatos. Passa-se, a seguir, à análise processual.

3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. A presente análise processual iniciar-se-á com o Voto do Diretor Relator Weber Ciloni, proferido por meio do documento **VOTO DWE 34** (5519109), em **23/03/2021**, e que, ao final, propôs as seguintes determinações à SUROD:

I - **Conclua** as atividades do Objeto 1 – Estudos, levantamentos e análises de obras existentes e revisão parcial do projeto executivo de implantação e orçamento da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ –NSS, BR-040/RJ, entre o Km 78.5 e o Km 103.5., do Termo de Execução Descentralizada (TED) nº 003/2018/ANTT firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) **validando** tecnicamente os resultados apresentados;

II - **Produza** e/ou **defira** a produção das provas periciais necessárias e suficientes a obter a indispensável comprovação técnica nos âmbitos econômico-financeiro e de engenharia, podendo, ainda, **recepcionar** as provas periciais que julgar idôneas;

III - **Instale** Comissão de Processo Administrativo Ordinário para que seja elaborado relatório preliminar que **abarque**, no detalhe, as atividades abaixo elencadas, sem que as demais etapas se afastem do rito vigente:

- todos os eventos relacionados à obra denominada “Nova Subida da Serra” nos termos dos documentos que subsidiaram a apuração preliminar;
- o resultado do Objeto 1 – Estudos, levantamentos e análises de obras existentes e revisão parcial do projeto executivo de implantação e orçamento da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ – NSS, BR-040/RJ, entre o Km 78.5 e o Km 103.5., do Termo de Execução Descentralizada (TED) nº 003/2018/ANTT, no que couber;
- o resultado das provas periciais realizadas, no que couber.

IV - **Franqueie** o conhecimento prévio do Relatório Preliminar também à Diretoria Colegiada trazendo transparência ao processo de apuração;

V - **Instaure** Processo Administrativo específico para que seja feito o cálculo dos deveres e haveres nos termos do exigido no § 4º e 5º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995 e nas Cláusulas 113, 114, 120 e 121 do Contrato de Concessão PG-138/95-00, deixando **registrado** no escopo que a conclusão deverá contemplar, no que couber, os resultados obtidos nos itens I, II e III.

3.2. Convém salientar que o presente Voto Vista se propõe a aclarar e, algumas vezes, refutar os pontos em que esta Diretoria tem opinião divergente da emanada pelo Diretor Relator. A análise, portanto, se dará acerca de tais pontos.

VOTO DWE 34 (5519109)

3.3. A seguir, passaremos a detalhar o contido no **VOTO DWE 34 (5519109)**, discorrendo sobre os pontos elencados no pronunciamento constante do voto do Diretor Relator vis a vis ao nosso entendimento em face da robusta documentação acostada aos autos do Processo Administrativo

Prazo de Cura:

3.4. O Diretor Relator teceu considerações acerca do prazo definido pelo **Ofício nº 638/2017/GEFOR/SUINF**, de 07/11/2017, de 90 (noventa) dias, para a correção dos descumprimentos apontados no **Ofício nº 238/2017/SUINF**, de 06/06/2017.

3.5. Afirma o Relator que tal prazo, definido nos termos do § 3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, "*deve ser precedido de robusta análise técnica para que não se estabeleça prazo inadequado o que pode findar por tornar o referido artigo ineficaz*", e nesse sentido, faz referência ao Parecer n. 00395/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI nº990299), que discorreu sobre o tema. Por fim, assevera que a definição adequada desse prazo "*demandará, via de regra, reprogramação do cronograma físico financeiro da concessão sendo, para tanto, necessária a apreciação da Diretoria Colegiada*".

3.6. Sobre o tema, é importante lembrar que, no âmbito do processo administrativo nº 50500.175818/2017-79, em estrito cumprimento ao §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995, o prazo para a CONCERT, corrigir suas falhas e transgressões, foi fixado pela SUINF (atual SUROD) por meio do Ofício nº 638/2017/GEFOR/SUINF, de 07/11/2017. O procedimento processual adotado pela SUINF, à época, foi objeto de análise por parte da Procuradoria Federal junto à ANTT, que exarou o PARECER n. 01251/2018/PF-ANTT/PGF/AGU (fls. 664 a 667 do processo administrativo nº 50500.175818/2017-79), e concluiu que:

"16. Diante do exposto, s.m.j. a **proposta de instauração de Processo Administrativo Ordinário constante do Relatório à Diretoria n. 6/2018/GEFIR/SUINF (fls. 651/660)** é viável juridicamente, pois restaram observados o parágrafo 3º do artigo 38 da Lei n. 8.987/95 e a cláusula 119 do Contrato de Concessão PG-13 8/95-00 quanto à abertura de prazo para a concessionário sanar as irregularidades e constatadas pela fiscalização antes da instauração de processo administrativo para apuração de inadimplência contratual." (grifos nossos)

3.7. De fato, a apreciação por parte da Diretoria Colegiada do referido prazo, é medida que poderia ter sido submetida à época pela Unidade Técnica. Entretanto, vale ressaltar que não há qualquer dispositivo legal ou regimental que imponha a necessidade de referida apreciação pela Diretoria Colegiada. Tanto que o **PARECER n. 01251/2018/PF-ANTT/PGF/AGU** relativo aquele processo administrativo nº 50500.175818/2017-79, entendeu que os prazos foram devidamente observados, nos termos do §3º do art. 38 da Lei nº 8.987/1995.

3.8. Ressalto ainda que, recentemente foi regulamentada pela ANTT os procedimentos administrativos para a extinção dos contratos de concessão de exploração da infraestrutura rodoviária por inadimplência contratual, previsto no art. 38, § 2º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, tendo sido publicado a **Resolução ANTT nº 5.935, de 27 de abril de 2021** que passará a vigorar a partir de 1º de junho de 2021. Neste diploma, há previsão no sentido de que a Superintendência tem autonomia para definir o prazo de correção.

3.9. Por fim, verifica-se que, na proposição final do Voto do Relator, não há qualquer remissão ao tema ou determinação à SUROD. Assim, entendo que a matéria se encontra superada.

Submissão do Relatório Preliminar à Diretoria:

3.10. Outro ponto que merece destaque refere-se aos procedimentos que norteiam os Processos Administrativos Ordinários. Sobre o assunto, o Voto DWE aduz que *uma eventual reavaliação das etapas com a prévia disponibilização do relatório preliminar também à Diretoria Colegiada pode se mostrar adequada já que o encaminhamento somente após encerramento da Comissão impede, inclusive, que se dirima eventuais dúvidas ou pontos específicos do Relatório Final*". Tal sugestão foi incorporada na proposição final do Voto (**determinação IV**).

3.11. Ocorre que a referida determinação, salvo melhor juízo, não encontra guarida na Resolução nº 5.083/2016, que cuida dos processos sancionadores da ANTT.

3.12. Mais ainda, o acesso prévio de documentos elaborados pela Comissão Processante, por parte da autoridade competente para proferir a decisão final (Diretoria Colegiada), pode levar a uma eventual nulidade do Processo Administrativo Ordinário. Entre outras razões, por ausência de previsão regulamentar para a concessão do acesso prévio a documento produzido pela Comissão Processante por parte da Diretoria Colegiada, que, ao final, será a instância julgadora do processo. Além disso, tal procedimento, se adotado, pode suscitar dúvidas quanto à condução autônoma e independente que se espera de qualquer Comissão Processante no âmbito de Processo Administrativo Ordinário.

3.13. Assim, entendo não ser cabível a proposta realizada pelo Diretor Relator: a) por não haver previsão regulamentar; b) pode colocar em suspeição a condução autônoma e independente do processo pela Comissão Processante, podendo conduzir a uma eventual nulidade do Processo Administrativo Ordinário. Logo, proponho **a rejeição da determinação IV**.

Limitação do Escopo da Análise:

3.14. Nesse ponto do Voto do Diretor Relator, é levantada a questão de que, ao se limitar o "*escopo da análise somente ao físico atestado pela fiscalização e a parcela efetivamente paga, conforme explicitado no § 74 do Relatório Final da Comissão, pode, eventualmente, não mostrar o filme demandado pela Deliberação nº 931, mas tão somente um retrato parcial e limitado dos efeitos produzidos pela 12ª TA sobre o Contrato de Concessão PG-138/95-00*".

3.15. O Relator assevera que “o Parecer Técnico nº 031/2017/PFR/Areal/COINF/URRJ, de 18/4/2017, anexo ao Ofício nº 238/2017/SUINF, de 28/4/2017, é possível constatar que, até o presente momento, desconsiderando-se as eventuais atualizações e correções, foi creditado à Concessionária o percentual de 20,19% de execução ou o montante R\$ 58.372.618,48, contrapondo uma execução apurada total de 40,68%”.

3.16. Assim, segundo o Relator, a análise adequada não deveria se ater simploriamente ao exame da glosa do valor originalmente previsto para o primeiro aporte à Concessionária, mas também, e sobretudo, ao não desembolso financeiro da diferença entre o último percentual de execução apurado e o efetivamente pago no primeiro e único aporte. Conclui, nesse ponto, que “apresenta-se, assim, irrazoável a Comissão Processante expurgar da sua análise os eventuais efeitos nocivos que o não pagamento dessa diferença percentual possa ter tido sobre o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão”.

3.17. Além disso, com fundamento na Deliberação nº 931/2019, o Relator reitera que “a análise da Comissão Processante deveria ter atacado frontalmente todos os eventos relacionados à obra “Nova Subida da Serra” até o limite temporal estabelecido no Ofício nº 238/2017/SUINF”.

3.18. Conclui afirmando que “urge considerarmos que a tese adotada pela Comissão Processante que consistiu em avaliar, destacadamente, a atuação da concessionária antes dos fatos provenientes do 12º Termo Aditivo, como no ano de 2015, justificada no, já citado, Parágrafo 55 do Despacho SUROD (SEI nº 5197537), ainda que parcialmente esclarecedora, distanciou-se das premissas estabelecidas no procedimento de Apuração Preliminar, bem como não obteve sucesso em responder ao requerido pela Deliberação nº 931, de 1/10/2019.”

3.19. Por fim, traz aos autos a Decisão Judicial - AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) 1006526-63.2021.4.01.0000 - Processo de origem: 1025293-08.2019.4.01.3400 -, a qual, segundo aduz o Relator, reconhece as conclusões a que chegou a perícia técnica realizada em sede de produção antecipada de provas, atestando a efetiva ocorrência do desequilíbrio contratual apontado nos autos.

3.20. Novamente, com a devida vênia, tenho ressalvas com relação ao entendimento acima esposado, pelos motivos que abaixo procurarei explanar.

3.21. Inicialmente, é importante rememorar que a documentação acostada aos autos para corroborar o posicionamento exarado pela Comissão é constituída de um detalhado histórico dos aportes da ANTT para as obras da Nova Subida da Serra, em face do 12º TA, conforme se afere dos parágrafos 39 a 49, oportunidade em que se concluiu que “mesmo antes do final 2015, independentemente dos problemas ocasionados pelo Termo Aditivo 12º, a concessionária já apresentava inadimplência sem justificativa aceitável pela não execução das obras e demais investimentos previstos no escopo do PER”.

3.22. Nesse sentido, as informações trazidas nos autos pela Comissão deixam claros os atrasos, por parte da CONCERT, nas obras da NSS já existiam no ano de 2014. Já no primeiro período de apuração, conforme previsto em contrato, qual seja, as execuções das obras ocorridas até 30/11/2014, levou ao pagamento já no 1º aporte com “glosa” por parte da ANTT: pelo 12º TA estava previsto a realização de (30%) das obras, até 30/11/2014, sendo que foi efetivamente executado pela CONCERT (20,19%). Assim foi pago o equivalente a tão somente 20,19% do efetivamente executado, ou seja, a ANTT aportou o montante R\$ 58.372.618,48 (a preços de 1995).

3.23. Conforme bem relatado pela Comissão, “os valores planejados para os aportes sempre foram condicionados à execução e ao tempo”, nos termos do item 2.2 do 12º TA, segundo o qual o primeiro aporte seria realizado pelo poder concedente até 31/12/2014, após a apuração pela fiscalização da ANTT dos quantitativos relativos aos serviços efetivamente executados pela CONCERT até 30/11/2014.

3.24. Assim, não há que se falar em pagamento de aporte a concessionária de percentual de obra que não foi concluído e que não tenha sido devidamente atestada pela Fiscalização, o que nos permite concluir que a CONCERT já se encontrava inadimplente perante a ANTT, em termos dos atrasos nas obras da NSS. A ANTT, para ajustar esses atrasos nas obras, tendo por base a apuração realizada pela fiscalização dos quantitativos relativos aos serviços efetivamente executados, decidiu por aplicar a correspondente glosa no 1º Aporte, nos termos do item 2.5 do 12º TA, transcrito abaixo:

“2.5. Caso seja apurado inexecução ou autorizada reprogramação dos investimentos objeto deste Termo Aditivo, o contrato será reequilibrado revendo-se o valor dos aportes ou do prazo de extensão contratual, permanecendo inalterado, para todos os fins de contrato e, em particular, deste Termo Aditivo, o valor total dos novos investimentos previstos do Anexo I, por se tratar de um orçamento de obra do tipo “turn key”.” (grifos nossos)

3.25. O próximo período de apuração ocorreria em 30/11/2015. Naquela data, foi novamente apurado pela ANTT que o percentual de execução acumulado era de apenas 37,43%, frente ao previsto no 12º TA, que previa a execução de 80% das obras.

3.26. Ademais, segundo a Comissão Processante, a CONCERT encontrava-se inadimplente perante a ANTT, em termos dos atrasos nas obras da NSS. Ressalta, ainda, o Relatório da Comissão que, até aquele momento, qual seja, “o pagamento do segundo aporte ainda não estava atrasado e o valor correspondente ao efetivamente executado até 30/11/2014 havia sido pago integralmente no 1º aporte”.

3.27. Tais fatos, se já não deixavam clara a conclusão da Comissão Processante de que o inadimplemento da CONCERT, em termos de atraso nas obras da NSS, já estava materializado *“mesmo antes do final de 2015”*, soma-se, ainda, a outro fato descrito pela Comissão, detalhado nos §§ 47 e 48 do Relatório Final: no ano de 2015, em face dos lucros percebidos naquele ano (R\$ 127,9 milhões), a CONCERT promoveu a realização da *“maior distribuição de dividendos desde a sua constituição, totalizando R\$ 203 milhões”*.

3.28. O cenário descrito pela Comissão Processante, salvo melhor juízo, é claro quanto ao inadimplemento das obrigações da CONKER, em especial aos atrasos que vinham ocorrendo nas obras da Nova Subida da Serra, com percentuais de execução muito abaixo do pactuado no 12º TA, e, ainda assim, a CONKER, nesse mesmo momento, distribuía dividendos aos seus acionistas, numa aparente situação financeira confortável, que pudesse posteriormente justificar e/ou atribuir alguma restrição financeira, como bem apontou o Relatório Final da Comissão Processante.

3.29. Além disso, com relação à conclusão do Voto Relator de que *“foi creditado à Concessionária o percentual de 20,19% de execução ou o montante R\$ 58.372.618,48, contrapondo uma execução apurada total de 40,68%”*, a Comissão Processante, no Relatório Final, asseverou que *“(…) não entendemos que tal glosa seja motivadora de desequilíbrio econômico do contrato, uma vez que os dispêndios efetivamente incorridos pela concessionária foram a ela restituídos”*.

3.30. Neste ponto, entendo que não merecem prosperar as argumentações ventiladas no Voto do Diretor Relator, pelas razões a seguir indicadas.

3.31. A uma, por que não cabe a comparação desse percentual de 20,19% (percentual creditado pela ANTT em face do efetivamente executado nas obras da NSS, refere-se ao mês de novembro de 2014), com o percentual 40,68% (percentual de execução ocorrido em agosto de 2016), para combater a afirmação da Comissão Processante contida no § 74 do Relatório Final, simplesmente por serem bases comparativas diferentes do ponto de vista temporal, em relação as obrigações contratuais e condições avençadas entre a ANTT e a CONKER.

3.32. A duas, porque a Comissão Processante conseguiu demonstrar, de forma inequívoca, que o 1º aporte pago pela ANTT (20,19%), correspondia exatamente ao percentual efetivamente executado naquele momento (20,19%), cujo pagamento foi aplicado com a devida “glosa” pela ANTT, vez que, em face da apuração da fiscalização da ANTT, a CONKER havia executado menos do que estabelecido no contrato (em 30/11/2004, o contrato previa a execução 30% das obras da NSS).

3.33. Portanto, a afirmação contida no Relatório Final da Comissão Processante está devidamente lastreada em fatos e dados carreados ao longo dos autos desse processo.

3.34. Pelo que se depreende dos autos, a Comissão Processante, de forma reiterada, ao longo de todo o Relatório Final, rebateu em sua plenitude as alegações da CONKER relativas à tese de desequilíbrio do contrato por inadimplemento dos aportes pela ANTT, como pode ser constatado nas seguintes passagens do Relatório Final §§ 49, 69, 93, 97, 103, 104, 105, 106, 122, 123, 128, 147, 150, 181 e 182, em claro atendimento ao contido no item b) do Inciso I do art. 1º da Deliberação 931/2019.

3.35. É importante frisar que se houve a interrupção dos aportes por parte da ANTT, em decorrência do 12º TA, fato que levou a infindáveis discussões administrativas, e até mesmo judiciais, sobre eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o fato é que, antes desse evento ocorrer, que se daria com advento somente do 2º aporte, a CONKER já se encontrava inadimplente perante o poder público, seja em decorrência dos atrasos nas obras da NSS e de obras previstas no PER, seja pelo não cumprimento de suas demais obrigações contratuais, notadamente a manutenção e conservação da rodovia, fatos esses claramente esclarecidos e devidamente apontados pela Comissão Processante.

3.36. Com relação ao presente item, o Relator aduz que, considerando que o escopo do Objeto 01[1] do TED 003/2018/ANTT abarca não somente a busca pelo valor atualizado da obra, mas também:

“(…) o inventário das obras executadas total ou parcialmente em campo; análise do projeto executivo e orçamento; e revisão parcial e atualização do projeto executivo e orçamento (…)”

3.37. Assim, entendeu o Relator que, com base no escopo do Objeto 01 do TED 003/2018/ANTT, a conclusão da Comissão Processante deveria contemplar também o resultado final da análise do projeto em seu bojo decisório.

3.38. Mais uma vez, com as devidas vênias, divirjo parcialmente do entendimento ora trazido, pelos motivos a seguir expostos.

3.39. Primeiramente, porque a informação a ser obtida ao final da análise do projeto no âmbito do Objeto 1, transborda ao que foi determinado pela Deliberação nº 931/2019, e tal proposição, se mantida nos termos propostos, pode levar a uma *“espiral sem fim”* no âmbito desse processo administrativo, vez que, a cada nova manifestação decisória proferida nos autos por essa Diretoria Colegiada, serão solicitados, a uma nova Comissão Processante, novos e mais elementos e documentos a serem produzidos para uma decisão que nunca é alcançada, e cada vez mais afastando-se do objetivo do processo em si, qual seja, a DECISÃO FINAL a ser proferida pela Diretoria Colegiada da ANTT.

3.40. Ademais, a própria CONKER já se manifestou contrária a utilização desse estudo em curso pela Universidade de Santa Catarina contratado pela ANTT, em resposta ao DESPACHO SUROD, de 06/10/2020 SEI nº 4223669, quando assim se manifestou:

“15. Em qualquer cenário, é imprescindível a produção das provas requeridas. A ANTT se baseia em pareceres próprios, sem isenção e com seleção dos dados utilizados para obtenção dos resultados. Mesmo no caso da contratação da UFSC, através das atas de reunião, a ANTT definiu premissas para o desenvolvimento dos trabalhos que direcionavam os resultados para os fins por ela pretendidos. A CONKER, apesar de todos os seus esforços, está sendo cerceado o seu direito de defesa, pelo que confia será reconsiderado o despacho SEI/ANTT 4223669, e deferidas as provas periciais.” **(destaques nossos)**

3.41. Outrossim, alega a própria concessionária que, além do *“aludido estudo ter sido contratado pela ANTT — o que, por si só, é suficiente para se afastar a possibilidade de se utilizar daquele estudo como prova pericial neste processo — ele sequer trata do objeto deste procedimento administrativo, que são as supostas infrações cometidas pela concessionária”*, não se prestando, em

sua visão, "para responder se a ausência de aportes da União deu causa ao desequilíbrio, tal como determinado pela Portaria nº 52/2020".

3.42. Conclui-se, portanto, como sendo despicienda a utilização desses estudos do Objeto 1 do TED 003/2018/ANTT, como elemento a ser carreado aos autos para a tomada de Decisão da Diretoria Colegiada.

3.43. Assim, pelas razões acima detalhadas, **entendo que a determinação III b** que propõe que a conclusão da Comissão Processante deveria contemplar em seu bojo decisório, também, o resultado final da análise do projeto, **não se mostra a melhor alternativa regulatória**.

3.44. Entendo, entretanto, **pela manutenção da determinação I**, que demanda que a SUROD conclua as atividades do Objeto 1 - Estudos, levantamentos e análises de obras existentes e revisão parcial do projeto executivo de implantação e orçamento da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ - NSS, BR-040/RJ, entre o Km 78.5 e o Km 103.5., do Termo de Execução Descentralizada (TED) nº 003/2018/ANTT firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

3.45. Além das razões já expostas acima, entendo que, considerando o princípio da eficiência e economicidade da Administração Pública, já há elementos suficientes nos autos para a tomada de decisão pela Diretoria Colegiada.

Realização de Provas Periciais:

3.46. Com relação ao presente item, o VOTO DWE assevera que *considerando o nível de criticidade do processo, cuja instância decisória final acontece em nível do chefe máximo do executivo, reforçamos que a juntada dessas provas periciais, já previamente autorizadas pela Diretoria Colegiada, aos autos, ainda que de forma complementar, imprimiria segurança jurídica ao processo servindo eventualmente de embasamento isento para reforçar a tese ora defendida pela Comissão Processante*".

3.47. Pondera, ainda, que, considerando que o marco regulatório específico dessa ANTT já prevê que o cálculo de indenização deverá ser certificado por empresa de verificação independente nos termos da Resolução ANTT nº 5.860, de 3/12/2018, *"essa avaliação, ao menos contábil, é imprescindível para o Processo de finalização do Contrato, enfim, obrigatoriamente, deverá acontecer"*. E concluiu, ao final, que essa *"avaliação da conformidade poderia estar inclusa, ainda que de forma parcial, pela prova pericial solicitada trazendo segurança à Deliberação da Diretoria Colegiada bem como aos posteriores atos do rito processual"*.

3.48. Mais uma vez, com a máxima vênia, permito-me divergir, em parte, do entendimento trazido pelo Relator, que foi incorporada nas **determinações II e III c**.

3.49. De início, importa destacar que o parágrafo único da Deliberação nº 931/2019 determinou à SUINF (atual SUROD), no caso em que não seja possível obter a comprovação técnica prevista na alínea "b" do inciso I da Deliberação nº 931/2019, o deferimento a produção de prova pericial:

"I - elaborar relatório com a análise preliminar da defesa da concessionária, contendo:

(...)

b) manifestação técnica que aprecie diretamente as alegações da Concer de que a ausência de aportes da União previstos no 12º Termo Aditivo causou desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, bem como se o eventual desequilíbrio pode ser considerado causa para as irregularidades apontadas no Ofício nº 238/2017/SUINF e no Ofício nº 638/2017/SUINF.

(...)

Parágrafo Único. Caso não seja possível obter a comprovação técnica prevista na alínea "b" do inciso I, a Suinf deverá deferir a produção de prova pericial requerida pela concessionária."

3.50. Sobre o pedido da CONKER de deferimento de produção de prova pericial, depreende-se do Despacho SUROD 4019822, que a Comissão Processante se debruçou sobre as documentações acostadas ao presente processo e concluiu que as perícias solicitadas pela concessionária configuravam como "impertinentes, desnecessárias ou protelatórias", para fins do disposto no art. 38, § 2º, da Lei nº 9.784/1999 e art. 44, § 4º e Resolução nº 5.083/2016, e sugerindo o indeferimento da produção de prova pericial.

3.51. Por meio da Carta PLC-CA-220/20 (SE4340919), de 23/10/2020, a CONKER apresentou suas considerações sobre o indeferimento do pedido de produção de provas periciais, e solicitou à SUROD a reconsideração da decisão exarada, com o respectivo deferimento do pedido de produção de prova pericial econômico-financeira e prova pericial de engenharia, alegando, na peça, que *"a análise das ANTT deveria ser realizada sobre a execução das obras previstas para o ano de 2014. Em 2015, já havia ocorrido atraso nos aportes previstos no 12º TA."*

3.52. No âmbito do Relatório Final, a Comissão Processante analisou as alegações da CONKER, contidas na Carta PLC-CA-220/20 (SE4340919), de 23/10/2020, e concluiu que são as mesmas alegações já apresentadas no decorrer de todo o processo e, por conseguinte, manteve o indeferimento do pleito por serviços periciais, e sugere que a SUROD não acate o pedido de reconsideração.

3.53. Em seu Relatório Final, a Comissão Processante entendeu não ser necessária a produção de novas provas periciais, como requerido pela Concessionária, diante do conjunto probatório já existente nos autos do presente processo. Ademais, concluiu que os documentos fornecidos pelas diversas áreas da SUINF, atual SUROD, os quais tem fé pública e, notadamente, presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, abordaram todas as questões contratuais, contemplando, inclusive, as áreas de conhecimento de engenharia e econômico-financeira. Assim,

entendeu que os documentos técnicos fornecidos pelas partes são suficientes para a eficiente e justa conclusão da lide.

3.54. Com relação à alegação da CONCER de que *“a análise das ANTT deveria ser realizada sobre a execução das obras previstas para o ano de 2014. Em 2015, já havia ocorrido atraso nos aportes previstos no 12º TA”*: o Relatório Final afirma que *“quanto ao 12º TA - firmado em comum acordo entre a ANTT e a CONCER - deve-se esclarecer que foi estabelecido um Cronograma Físico-Financeiro para execução das obras detalhando no tempo os percentuais de execução a serem cumpridos pela CONCER, bem como os respectivos pagamentos dos aportes, que estariam sempre condicionados ao atingimento dos percentuais acordados para a evolução da obra.”*

3.55. Adicionalmente, esta Diretoria realizou diligência à SUROD, por meio do **Despacho DG 6171623**, de 22/04/20121, solicitando manifestação quanto ao pedido da CONCER, com vistas a subsidiar a decisão a ser proferida pela Diretoria Colegiada.

3.56. Em resposta, a SUROD, por meio do **Despacho SUROD 6176791**, de 26/04/2021, manifestou-se nos seguintes termos:

"Preliminarmente, na apreciação dos presentes autos, não se pode perder de vista o objeto e a finalidade do processo administrativo de caducidade: a averiguação de descumprimento de obrigações regulamentares ou contratuais pelo concessionário, apto a ensejar a extinção contratual. Nesse sentido, o processo deve ser orientado pela apuração de inexecuções, conforme estabelecido na legislação e no contrato de concessão.

A esse respeito, o presente processo foi instruído nos estritos termos determinados pela Diretoria, no bojo da Deliberação nº 931/2019, a saber, a comissão processante adotou os atos instrutórios aptos a apurar as 18 (dezoito) inexecuções que ensejaram a sua instauração, constantes do Ofício nº 238/2017/SUINF e do Ofício nº 638/2017/SUINF.

Como bem constatado pela comissão processante com base em notas técnicas exaradas pela SUINF, destas 18 obras, 10 (dez) já estavam com atrasos ou sequer haviam sido iniciadas no ano de 2015, por fatos ou eventos causados com culpa da concessionária.

No pedido de realização de prova pericial, a linha argumentativa da concessionária CONCER está concentrada no suposto desequilíbrio decorrente do inadimplemento do pagamento integral do aporte devido pela União, por força do 12º termo aditivo celebrado entre as partes para execução das obras da Nova Subida da Serra.

A comissão processante foi explícita ao defender a improcedência dos argumentos da CONCER, sustentando a proporcionalidade do pagamento feito pela União face ao percentual executado da obra. Consta do Relatório Final (NOTA TÉCNICA SEI Nº 5508/2020/SUROD/DIR, SEI 4564483):

42. Deve-se ressaltar que a alegação da CONCER de que o inadimplemento do 12º Termo Aditivo (T.A.) teve início em 31/12/2014 e não no ano de 2015 é questionável dado os termos do acordo. Conforme previsto no item 2.2 do 12º T.A., o primeiro aporte seria realizado pelo poder concedente até 31/12/2014, APÓS A APURAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO DA ANTT dos quantitativos relativos aos serviços executados efetivamente pela CONCER até 30/11/2014. O acordado seria a execução, até 30/11/2014, de 30% da obra e, neste caso, a CONCER faria jus ao pagamento relativo aos 30% executados, que, em valores iniciais do contrato, correspondiam a R\$ 70.791.480,19. Os valores planejados para os aportes sempre foram condicionados à execução e ao tempo.

43. Entretanto, o corpo técnico da ANTT, que acompanhava pari-passu a execução das obras, atestou que, até 30/11/2014, a CONCER havia executado 20,19% das obras. Percentual inferior ao pactuado e que, proporcionalmente, corresponderia a obrigação de pagamento, por parte da União, de R\$ 58.372.618,48 (a preços de 1995). Observa-se, portanto, que, segundo os procedimentos fiscalizatórios da ANTT, a concessionária não havia performado de acordo com o cronograma pactuado, tendo incorrido em ATRASO, e por esta razão, o Poder Concedente entendeu que o valor devido à concessionária não poderia corresponder à integralidade do previsto para o primeiro aporte - R\$ 70.791.480,19 (PI), que previa a execução mínima de 30% do conjunto de obras.

44. Desta forma, o valor previsto não foi pago integralmente, em função do não atingimento da meta de execução por parte da CONCER e não por qualquer outro motivo senão o ATRASO na execução de cronograma físico por parte da Concessionária nas obras da NSS.

45. A SUINF, atual SUROD, solicitou à Gerência de Pagamentos da ANTT o valor correspondente ao total de R\$ 58.372.618,48, preços de 1995. Entretanto, por tratar-se de autarquia vinculada ao Ministério dos Transportes, atual Ministério da Infraestrutura, o órgão está sujeito a restrições orçamentárias e o pagamento foi feito em duas parcelas, uma em 05/01/2015, no valor de R\$ 45.396.320,27, preços de 1995 e outra no valor de R\$ 12.976.298,21, em 27/04/2015, totalizando R\$ 58.372.618,48, valor este correspondente à proporcionalidade do percentual de execução apontado pela fiscalização da ANTT.

46. Portanto, no entendimento da ANTT, o valor pago referente ao primeiro aporte correspondeu ao avanço real da obra executada pela CONCER no período pactuado para a primeira medição, ou seja, até 30/11/2014. De forma que não entendemos que tal glosa seja motivadora de desequilíbrio econômico do contrato, uma vez que os dispêndios efetivamente incorridos pela concessionária foram a ela restituídos.

Bem verdade que o avanço físico e montante eventualmente devido de parte a parte são objeto de estudo contratado por esta Agência junto ao LabTrans/UFSC e integram um contencioso judicial complexo entre as partes.

No entanto, o reconhecimento de eventual inexecução de ambas as partes para o andamento da Nova Subida da Serra diz respeito a apenas 1 (uma) obra objeto de apuração no presente processo de caducidade, entre outras tantas que já estavam inexecutadas em 2015.

Assim, sem prejuízo da apuração do montante devido de parte a parte no que concerne à execução da Nova Subida da Serra, o presente processo de caducidade diz respeito a um escopo mais amplo de inexecuções, para as quais a realização de perícia contábil e de engenharia se mostra impertinente, desnecessária e protelatória, de modo que, para os fins deste processo, a produção de prova pericial deve ser indeferida com fulcro no art. 38, § 2º, da Lei nº 9.784/1999 e no art. 44, § 4º, Resolução nº 5.083/2016.

Pelo exposto, **recomendo que a Diretoria rejeite o pedido de reconsideração para produção de prova pericial e prossiga no julgamento do mérito deste processo de caducidade.**

(...)"

3.57. Assim, diferentemente do entendimento do Relator, de que a realização de provas periciais traria "segurança à Deliberação da Diretoria Colegiada bem como aos posteriores atos do rito processual", entendo que as provas periciais podem trazer segurança à ANTT, não para a decisão a ser proferida nesse momento processual, em que se está na fase de se decidir pela proposição ou não de caducidade da concessão da CONCER ao Ministério da Infraestrutura, e sim em momento processual posterior, quando da apuração "do montante devido de parte a parte no que concerne à execução da Nova Subida da Serra", conforme bem alertou a SUROD em seu Despacho SUROD 6176791.

3.58. Nesse sentido, me alinho ao entendimento da Unidade Técnica, que, adequadamente, ressaltou que "o presente processo de caducidade diz respeito a um escopo mais amplo de inexecuções, para as quais a realização de perícia contábil e de engenharia se mostra impertinente, desnecessária e protelatória".

3.59. Neste sentido, resta devidamente demonstrado nos autos que todas as alegações da CONCER para o deferimento do seu pedido de produção de provas periciais foram suficientemente rebatidas pela Comissão Processante nos §§ 31º ao 56º do Relatório Final (4564483). Merecem destaque os §§ 50 a 52, que procuraram demonstrar o quadro de inadimplemento generalizado em que se encontra a CONCER com suas obrigações contratuais:

"50. Observou-se, ainda, que, no ano de 2015, **além do atraso expressivo na execução das obras da Nova Subida da Serra, houve atraso em demais obras previstas no PER e no Planejamento Anual de 2015**, conforme apontado no Parecer Técnico nº 164/2016/GEINV/SUINF, que realizou a análise preliminar da responsabilidade da CONCER pela não execução das obras em 2015.

51. No que tange à alegação de que a concessionária concluiu todas as obras, permanecendo a inexecução de apenas 6 (seis), de pequeno porte, ressalta-se que TODAS as obras previstas no PER são de grande relevância, principalmente, aquelas que visam proporcionar segurança aos usuários. Ainda que sejam de pequeno porte, esse é mais um motivo para a concessionária realizá-la no prazo contratual, uma vez que demandam menos recursos. Entretanto, conforme apurado, em alguns casos, as obras ou não foram iniciadas ou a Concessionária não as concluiu no prazo estabelecido.

52. **Das obras listadas nos Ofícios nº 238/2017/SUINF e nº 638/2017/GEFIR/SUINF e que a concessionária alega que foram concluídas, muitas delas foram realizadas com significativos atrasos**, como será aprofundado mais adiante neste Relatório Final, e num prazo muito superior ao da previsão contratual. Todos os motivos apresentados pela CONCER para os atrasos e/ou inexecuções já foram exaustivamente analisados e não acatados pela ANTT."

3.60. Além disso, é importante trazer à baila as recentes manifestações proferidas no âmbito do Processo nº 00424.042559/2018-63, que guardam relação com o presente processo.

3.61. O mencionado processo trata da análise do Laudo Técnico de Engenharia apresentado pelo Perito Mauro Pereira Lima, no âmbito do Processo Nº 1004885-30.2018.4.01.3400 da 5ª Vara Federal Cível da SJDF, decorrente do pleito de Produção Antecipada de Prova formulado pela Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora Rio (CONCER) a fim de *promover a medição e avaliação dos serviços executados pela CONCER, mediante ações de campo e tendo como referência os projetos executivos atualizados submetidos pela ANTT ao TCU* e relacionados ao conjunto de obras designado como Nova Subida da Serra de Petrópolis.

3.62. No referido processo, acerca do Laudo Técnico de Engenharia, a Procuradoria Federal Junto à ANTT assim se manifestou por meio do Ato de INFORMAÇÕES n. 01019/2021/PF-ANTT/PGF/AGU (5924408):

"6. Na via judicial, já anexou o laudo referido nos autos n.º 1003618-57.2017.4.01.3400 como se de prova constituída e irrefutável se tratasse.

7. Por sua vez, a ANTT foi demandada a apresentar o referido laudo pericial ao Tribunal de Contas da União.

8. No processo de jurisdição voluntária de prova, ainda que se possa descortinar eventual litígio ou pendências entre o autor e os interessados, tendo que o CPC/2015 preceitua a citação de interessados, é cabível em tensões de litigiosidade mínima, e não como a presente, em que a contenda é intensa e duradoura.

9. Pontue-se que as **consideráveis falhas do laudo pericial conduziram a uma conclusão extremamente danosa e adversa ao patrimônio público.**

10. Ademais, a prova uma vez homologada em juízo imputará à Agência a realização de prova diabólica em todos os litígios (e são muitos) que a parte contrária se valerá da referida prova, por ter sido produzida em juízo.

11. Nesse passo, a Agência não pode deixar de refutar pontualmente cada item do laudo pericial que implicará em prejuízo nefasto ao Erário. A uma, porque não se trata, em nenhuma hipótese, de anuência da Agência, seja com o meio utilizado (procedimento de jurisdição voluntária em panorama nada consensual), seja com o resultado. A duas, porque há determinação expressa do

juízo para que as partes se manifestem sobre o laudo pericial, com a apresentação de manifestações técnicas.

12. De largada, a prova pericial se revela imprestável, porquanto parte de premissa equivocada. O perito judicial utilizada do projeto executivo apresentado pela concessionária em 2018, como se tratasse de documento comum das partes, mas o projeto executivo de 2018 não foi aceito pela ANTT, conforme detalhamento do Parecer 179/2021/CPROJ/GEENG/SUROD/DIR e na NOTA TÉCNICA SEI N° 1910/2021/COINFRJ/URRJ em anexo.

13. A perícia judicial está embasada apenas nos documentos apresentados pelo autor. A documentação apresentada pela ANTT foi completamente esquecida pelo expert.

14. O laudo, ainda, se utiliza de metodologia inadequada para o o cálculo do montante supostamente devido, sem equipamentos tecnológicos e estudos para o adequado levantamento dos serviços realizados pela Concessionária." (grifos nossos)

3.63. Assim, me parece que deferir o pedido de produção de provas periciais, como requereu a concessionária, onde já há elementos suficientes nos autos para rebater o Pedido de Reconsideração da CONKER em face da decisão proferida pela Comissão Processante, soa, de fato, como medida "impertinente, desnecessária e protelatória".

3.64. Soma-se, ainda, ao fato de que a própria ANTT já vem, de forma diligente e sempre apoiada pela PF/ANTT, promovendo as ações necessárias para desconsiderar a prova pericial, no âmbito do Processo n° 00424.042559/2018-63, "embasada apenas nos documentos apresentados pelo autor", qual seja, a própria CONKER, cuja prova pericial apresentada tem se mostrado "imprestável, porquanto parte de premissa equivocada" e que, se utilizada, poderá conduzir a "uma conclusão extremamente danosa e adversa ao patrimônio público".

3.65. Assim, entendo pela rejeição das determinações II e III c e proponho à Diretoria Colegiada que indefira a produção das provas periciais no âmbito do presente Processo Administrativo Ordinário, requerido pela CONKER, por ser impertinente, desnecessária e protelatória.

3.66. Válido ressaltar, contudo, que a referida prova pericial poderá ser utilizada, com os devidos cuidados pela Unidade Técnica, quando da apuração do montante devido de parte a parte no que concerne à execução da Nova Subida da Serra.

3.67. Ante todo o exposto, considerando as manifestações técnicas e jurídicas contidas nos autos, entendo que a Diretoria Colegiada da ANTT pode deliberar por:

- a) Conhecer o Pedido de Reconsideração para produção de prova pericial protocolado pela Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - CONKER, por meio da carta PLC-CA-0220/20, 23/10/2020, e, no mérito negar-lhe provimento.
- b) Acolher as manifestações constantes no Relatório Final da Comissão Processante para propor à União decretação de caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia BR-040/RJ/MG, sob responsabilidade da Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora - Rio de Janeiro - CONKER.
- c) Determinar à SUROD que:
 - I - Conclua as atividades do Objeto 1 - Estudos, levantamentos e análises de obras existentes e revisão parcial do projeto executivo de implantação e orçamento da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ -NSS, BR-040/RJ, entre o Km 78.5 e o Km 103.5., do Termo de Execução Descentralizada (TED) n° 003/2018/ANTT, firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); e
 - II - Instaura Processo Administrativo específico para que seja feito o cálculo dos deveres e haveres, nos termos do exigido nos §§ 4º e 5º do art. 38 da Lei n° 8.987/1995 e nas Cláusulas 113, 114, 120 e 121 do Contrato de Concessão PG-138/95-00, respeitando a ampla defesa e o contraditório da concessionária.

[1] **Objeto 1** - Estudos, levantamentos e análises de obras existentes e revisão parcial do projeto executivo de implantação e orçamento da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ -NSS, BR-040/RJ, entre o Km 78.5 e o Km 103.5, contido no **Termo de Execução Descentralizada (TED) n° 003/2018/ANTT** firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

4. DOS FATOS SUPERVENIENTES

4.1. Por meio do Despacho DG6343590, após a conclusão do **VOTO VISTA DG 1(6385910)** e **Minuta de Deliberação DG(6343582)**, estando ocupando o cargo de Diretor-Geral Substituto, à época, solicitei a inclusão do presente processo na pauta da 900ª Reunião de Diretoria, ocorrida no dia 11/05/2021. Entretanto, em decorrência da **Decisão proferida pela Justiça Federal da 1ª Região (6668256)**, no dia 10/05/2021, que em apertada síntese, o Juízo determinou à ANTT, "que se **abstenha de reconhecer a caducidade do contrato de concessão da Rodovia BR-040, trecho Juiz de Fora - Petrópolis - Rio de Janeiro, que tem a COMPANHIA DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA JUIZ DE FORA/RIO S.A. - CONKER como contratada, até ulterior decisão deste Juízo** Assim, em face desse **fato superveniente**, o processo foi retirado de pauta, conforme **Despacho CODIC 6393574**.

4.2. Desta forma, o **VOTO VISTA DG 1(6385910)** e **Minuta de Deliberação DG(6343582)** que seriam pautados na RD n° 900, não foram deliberado pela Colegiada da ANTT, e sequer assinados por mim.

4.3. Diante dos fatos acima relatados, encaminhei consulta a Procuradoria Federal junto à ANTT, com vistas a orientar quais procedimentos que deveriam ser adotados pela Diretoria Colegiada, em face da decisão judicial.

4.4. Em resposta a consulta formulada, a PF/ANTT manifestou-se por meio da **Nota nº 00365/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 7203069), nos seguintes termos:

6. Vê-se da manifestação em testilha, que bem analisou a decisão judicial referenciada pela área consultante, a firme convicção de que a ANTT deve se abster de reconhecer a caducidade do contrato de concessão da Rodovia BR-040, celebrado com a CONGER, o que implica dizer que o processo administrativo instaurado para tal fim não pode culminar em tal capitulação, pelo menos no âmbito da Agência e enquanto vigente a indigitada decisão.

7. Decerto, eventual deliberação da Diretoria Colegiada propugnando pela declaração da caducidade, mesmo que submetida a posterior exame do Chefe Máximo do Poder Executivo, pode dar ensejo à alegação de descumprimento da decisão judicial, cujo teor, embora traga forte carga de dubiedade, deixa subtendido o caráter impeditivo desse direcionamento.

8. De outro lado, a supracitada decisão judicial não proibiu a ANTT de dar prosseguimento ao processo administrativo nº 50501.306425/2018-94, inclusive no que respeita ao pedido de reconsideração formulado pela interessada para produção de prova pericial, seja pelo acolhimento ou rejeição, havendo impedimento tão somente para reconhecimento, como já assinalado, da caducidade do contrato de concessão, não se olvidando que o próprio juízo asseriu no sentido de que "nada impede que a referida agência leve o processo à reunião para que possa deliberar de outra forma".

9. Dito isto, e em resposta aos questionamentos suscitados, informa-se: i) a ANTT já interpôs recurso em face da decisão judicial retromencionada, a teor do Agravo de Instrumento nº 1018687-08.2021.4.01.0000, distribuído perante a Quinta Turma do TRF-1ª Região, com relatoria designada para o Desembargador Federal Souza Prudente, ainda pendente de apreciação; ii) a indigitada decisão não determinou a retirada do processo administrativo nº 50501.306425/2018-94, da pauta da reunião da Diretoria Colegiada, podendo o mesmo ser apreciado, desde que o seu desfecho não culmine no reconhecimento da caducidade do contrato de concessão; iii) na hipótese do procedimento administrativo ser pautado, e à luz da decisão vigente, não há viabilidade jurídica para que o colegiado, neste momento processual, decida pela proposta de caducidade da concessão, até mesmo porque poderia se inferir que nessa "proposição", estaria embutido o "reconhecimento" da própria caducidade, sendo de todo prudente aguardar ulterior decisão do Poder Judiciário, antes senão sugerindo que o órgão de representação judicial da ANTT envide esforços para cassar a objurgada decisão, dando prioridade e imprimindo relevância àquele feito.

10. Por fim, e enquanto não resolvido o imbróglio em referência, sugere-se seja o processo administrativo sobrestado, aguardando-se ulterior decisão do juízo ou do recurso já interposto na instância superior, sendo certo que a presente proposição não significa engessamento da atividade discricionária afeta à Administração, que pode ultimar providências outras, sempre decidindo com suficiência de fundamentos." (nosso grifo)

4.5. Assim, com base na Decisão proferida pela Justiça Federal da 1ª Região (6668256) e na manifestação exarada pela PF/ANTT por meio da **Nota nº 00365/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 7203069), deparei, à época, que "*não havendo possibilidade jurídica para que o colegiado, nesse momento processual, decida pela proposta de caducidade da concessão, sendo de todo prudente aguardar ulterior decisão do Poder Judiciário*", conforme asseverou a manifestação da Procuradoria, restando portanto, prejudicado a viabilidade jurídica de pautar o presente processo administrativo em reunião de Diretoria Colegiada, enquanto estiver vigorando a referida decisão judicial.

4.6. Esse meu entendimento decorreu do fato de que, enquanto viger a decisão judicial para o presente caso, esta acaba por limitar o campo de possibilidades decisórias por parte desta Agência Reguladora, impedindo que a ANTT possa tomar suas decisões regulatórias de forma plena. Nesse sentido, a Procuradoria concluiu que "*enquanto não resolvido o imbróglio em referência, sugere-se seja o processo administrativo sobrestado, aguardando-se ulterior decisão do juízo ou do recurso já interposto na instância superior*".

4.7. Nesse sentido, encaminhei para a SEGER visando a deliberação de diretoria, o **Despacho DG 7206747**, de 13/07/2021, com fulcro no art. 15, inciso XVI, do Regimento Interno, para que o presente processo fosse remetido à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, para que aquela Unidade Técnica mantivesse sobrestado os autos, aguardando e monitorando ulterior decisão do juízo ou do recurso interposto pela PF/ANTT na instância superior, conforme recomendação da Procuradoria Federal junto à ANTT constante da **Nota nº 00365/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 7203069). Assim, o processo novamente foi incluído na pauta da 910ª Reunião de Diretoria, do dia 20/07/2021, visando a sua deliberação nos termos do **Despacho DG 7206747**.

4.8. O processo foi retirado novamente de pauta da 910ª Reunião de Diretoria, realizada em 20/07/2021, por solicitação do Diretor-Geral Substituto, Murshed Menezes Ali, tendo retornado à DG.

4.9. Em face da retirada de pauta do presente processo, foi promovida nova consulta à PF/ANTT pela SEGER, no âmbito do processo nº **50500.066612/2021-35**. A PF/ANTT manifestou-se por meio do **Nota N° 00410/PF-ANTT/PGF/AGU** (7487077), o qual exarou o seguinte posicionamento, *in verbis*:

"[...]

10. Das informações acima expostas, resta claro que a decisão judicial não teve o condão de retirar o processo da pauta de reunião, nem obsteu a apresentação do voto vista. Apenas, naquela oportunidade, não poderia haver deliberação que importasse no reconhecimento da caducidade da concessionária.

11. Partindo-se desse pressuposto, conclui-se que o voto vista poderá ser apresentado pelo Diretor Alexandre Porto, assim que novamente o processo for pautado em reunião da Diretoria-Colegiada. Conforme elucidou a manifestação desta Procuradoria, a decisão judicial não obsta o andamento do processo o a realização de atividades acessórias. O impedimento apenas se dirige a que a ANTT reconheça a caducidade da concessão.

12. Por outro lado, reconhecemos que o Diretor Alexandre Porto poderá apresentar seu voto vista porque este não deixará de ocupar o cargo de Diretor da ANTT. Explica-se. Com a aprovação da indicação do Sr. Alexandre Porto pelo Plenário do Senado Federal em 8 de julho de 2021 e respectiva nomeação pelo Decreto SN de 19 de julho de 2021, publicado no DOU de 20 de julho de 2021, o mesmo - sem que tenha havido qualquer interrupção de suas atividades - deixará de

ser Diretor interino nos termos do art. 10 da Lei nº 9.986/2000 e passará a ser Diretor sabatinado nos termos do art. 53, §1º da Lei nº 10.233/2001. Sob esse ponto de vista, é plausível afirmar que o mesmo não perderá a sua condição de Diretor. Por outro lado, com a nomeação e posse do Diretor Geral RAFAEL VITALE RODRIGUES, o Diretor Porto que até então exercia o papel de Diretor-Geral interino perderá o espectro especial de competências que lhe era conferido na qualidade de Diretor-Geral.

[...]

14. Pelas lições trazidas acima, portanto, deflui-se que em o Sr. Alexandre Porto deixando a vaga de Diretor-Geral, perderá o espectro de competência especial, previsto no §4º do artigo 4º da Lei nº 9.986/2000, incluído pela Lei nº 13.848/2019, que preconiza que compete ao Diretor-Geral da Diretoria Colegiada "a representação da agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e os serviços e o exercício de todas as competências administrativas correspondentes, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada". **Todavia, em ocupando nova vaga de Diretor da ANTT, sem qualquer interrupção entre o exercício da interinidade e o mandato de Diretor sabatinado, passará a deter o centro de competência, aqui qualificado como ordinário, cabendo-lhe o exercício das atribuições e responsabilidades regulares que são dirigidas a todo e qualquer dos Diretores da Agência.**

2.1 Da resposta à consulta

15. Do exposto, considerando os argumentos apresentados, passa-se a responder objetivamente ao questionamento formulado na consulta:

a) Após a saída do Diretor Revisor, o processo nº 50501.306425/2018-94 poderá ser redistribuído entre os novos Diretores que comporão o Colegiado da Agência??

Não. Dada a peculiaridade de que o Sr. Alexandre Porto se manterá na posição de Diretor da ANTT sem interrupção, perdendo apenas o espectro de competências conferido ao Diretor-Geral, não há necessidade de redistribuição do processo que ainda se encontra pendente de apresentação do voto vista.

b) Caso não seja possível a redistribuição, esse processo ficará com o Diretor que ocupar a vaga do Diretor Revisor, ou seja, do Diretor-Geral? E o voto do Diretor Relator deve ser considerado, mesmo quando a vaga for ocupada por outro Diretor?

Não. Dada a peculiaridade de que o Sr. Alexandre Porto se manterá na posição de Diretor da ANTT sem interrupção, perdendo apenas o espectro de competências conferido ao Diretor-Geral, não há necessidade de redistribuição do processo que ainda se encontra pendente de apresentação do voto vista. O voto do Diretor Relator, ainda que não mais pertencente ao quadro de Diretores da ANTT, é válido e deve ser considerado na formação da vontade do órgão colegiado. Idêntica questão foi apreciada no PARECER n. 00127/2020/PF-ANTT/PGF/AGU, que segue em anexo.

c) Ainda, em caso de resposta negativa à primeira pergunta de letra "b", qual o procedimento a ser adotado para o referido processo no que concerne a sua distribuição?

Recomenda-se que o processo seja pautado em reunião, para apresentação do voto vista pelo Sr. Diretor Alexandre Porto, nos termos do art. 79, §1º, do Regimento Interno da ANTT, observadas as orientações da Subprocuradoria-Geral de Assuntos Judiciais e Recuperação de Crédito no que se refere as repercussões do processo judicial no presente caso."

[...]

4.10. A partir dessa nova manifestação da Procuradoria Federal, o Diretor Geral Rafael Vitale, restitui os autos à Diretoria Alexandre Porto - DAP, conforme **Despacho Diretoria DG7493568**. No referido despacho o Diretor Geral traz o entendimento exarado pela PF/ANTT de que o *Voto-Vista deve ser proferido pelo Diretor Alexandre Porto Mendes de Souza, posto que não houve interrupção entre sua atuação como Diretor-Geral em Exercício e seu mandato como Diretor sabatinado, de modo que a área jurídica recomendou que os presentes autos sejam pautados em Reunião Deliberativa, consoante disposto no § 1º do artigo 79 do Regimento Interno.* E conclui ao final sugerindo pela *"remessa dos presentes autos à Diretoria Alexandre Porto - DAP, para conclusão da análise"*.

4.11. Assim diante do contido no referido Despacho da Diretoria Geral, passo a seguir as conclusões do presente VOTO VISTA.

4.12. Ante a análise que promovi no presente VOTO VISTA, em que procurei rever e/ou aclarar cada um dos pontos elencados no **VOTO DWE 34** (5519109), entendo que há elementos suficientes nos autos para: (i) Conhecer o Pedido de Reconsideração para produção de prova pericial, protocolado pela CONCERT por meio da carta PLC-CA-0220/20, 23/10/2020, e, no mérito negar-lhe provimento.; e (ii) acolher as manifestações constantes no Relatório Final da Comissão Processante, para propor à União, a decretação de caducidade do Contrato de Concessão da Rodovia BR-040/RJ/MG, sob responsabilidade da Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora - Rio de Janeiro - CONCERT.

4.13. Entretanto, enquanto vigor a **Decisão proferida pela Justiça Federal da 1ª Região** (6668256), **esse fato superveniente é fator impeditivo para que a Diretoria Colegiada da ANTT delibere, na forma proposta constante do item 4.12 (ii)** Por outro lado, não há impedimento para que a Diretoria Colegiada possa deliberar relativamente o item 4.12 (i), conforme se depreende da recomendação exarada pela PF/ANTT, no **item 8 da Nota nº 00365/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 7203069).

4.14. Diante disso, e considerando o contido na **Nota nº 00365/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 7203069) e na **Nota Nº 00410/PF-ANTT/PGF/AGU**(7487077), proponho que a Diretoria Colegiada delibere, com fulcro no § 1º do artigo 79 do Regimento Interno, acolher o pedido de Reconsideração para produção de prova pericial, protocolado pela CONCERT, para no mérito negar-lhe provimento, e restituir os autos do presente processo à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, para que aquela Unidade Técnica mantenha sobrestado o Processo Administrativo Ordinário nº **50501.306425/2018-94**, aguardando e monitorando ulterior decisão do juízo ou do recurso interposto pela PF/ANTT na instância superior, em consonância com a recomendação da Procuradoria Federal junto à ANTT constante da **Nota nº 00365/PF-ANTT/PGF/AGU** (SEI 7203069).

5.1. Isso posto, considerando as instruções técnicas e jurídicas colacionados ao Processo Administrativo Ordinário nº **50501.306425/2018-94**, e em conformidade com a **Minuta de Deliberação DAP 7577096, VOTO por:**

- a) Conhecer o Pedido de Reconsideração para produção de prova pericial protocolado pela Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - CON CER, por meio da carta PLC-CA-0220/20, 23/10/2020, e, no mérito negar-lhe provimento.
- b) Restituir os autos à Superintendência de Infraestrutura Rodoviária - SU ROD, para que aquela Unidade Técnica mantenha-o sobrestado, aguardando e monitorando ulterior decisão do juízo ou do recurso interposto pela PF/ANTT na instância superior.
- c) Determinar a SU ROD que, tão logo sobrevenha decisão judicial que permita a ANTT deliberar em sua plenitude sobre o Processo Administrativo Ordinário nº 50501.306425/2018-94, com fundamento no art. 50, § 1º, e no art. 72 do Regimento Interno da ANTT, promova a devida instrução processual para a deliberação da Diretoria Colegiada.

Brasília, 02 de agosto de 2021.

ALEXANDRE PORTO MENDES DE SOUZA
DIRETOR



Documento assinado eletronicamente por **ALEXANDRE PORTO MENDES DE SOUZA, Diretor**, em 10/08/2021, às 16:47, 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 **7623535** e o código CRC **202C3830**.

Referência: Processo nº 50501.306425/2018-94

SEI nº 7623535

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 10 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166

CEP 70200-003 Brasília/DF - www.antt.gov.br