



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - SEDE  
SUBPROCURADORIA-GERAL DE MATÉRIA REGULATÓRIA (PF-ANTT) - PROCURADORES  
SCES TRECHO 3, LOTE 10, PROJETO ORLA 8, BLOCO A, 3º ANDAR

---

**PARECER n. 00266/2023/PF-ANTT/PGF/AGU**

**NUP: 50500.030241/2021-53**

**INTERESSADOS: SUPERINTENDÊNCIA DE CONCESSÃO DA INFRAESTRUTURA - SUCON**

**ASSUNTOS: Regulamento de Concessões Rodoviárias. RCR3. Minuta**

EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA. AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 004/2023. TERCEIRO REGULAMENTO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS. MINUTA DE RESOLUÇÃO. APONTAMENTOS. PELO RETORNO À SUPERINTENDÊNCIA DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA.

---

**1. RELATÓRIO**

---

1. Submetem-se os autos a esta Procuradoria Federal, como manda o §3º do art. 7º da Resolução ANTT nº 6.020, de 20 de julho de 2023, após consolidação do Relatório Final de Audiência Pública nº 7/2023 (SEI 16998815), seguido da versão final da minuta de Resolução da Terceira Norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias - RCR3 (SEI 17070029), por meio da qual se estabelece normas relativas à gestão econômico-financeira dos contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

2. A Nota Técnica SEI Nº 6508/2021/GERER/SUROD/DIR (SEI 8823123), datada de 02 de março de 2022, inaugurando a instrução do processo administrativo, traz à baila os aspectos econômicos, regulatórios e sociais que levaram a ANTT a empreender esforços para o estabelecimento de um marco regulatório estável que envolvesse normas gerais das concessões de rodovias. A Nota Técnica narra o cenário que permeou as concessões rodoviárias, a partir da implementação da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), fomentada pelo advento da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

3. Do que se extrai dos autos, após o amadurecimento dos diálogos internos no tocante à nova proposta regulatória, chegou-se à conclusão de que o Regulamento das Concessões Rodoviárias seria melhor executado se implementado em etapas, as quais foram assim delineadas pelo corpo técnico da ANTT:

- o RCR 1 - Regras gerais e direitos de usuários
- o RCR 2 - Bens, obras e serviços e adequação dos procedimentos de execução de obras e serviços;
- o RCR 3 - Equilíbrio da gestão econômico-financeira dos contratos de concessão;
- o RCR 4 - Fiscalização e penalidades; e
- o RCR 5 - Meios de encerramento contratual.

4. À vista disso, propõe nesse momento a aprovação da Terceira Etapa do Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR 3), cujo escopo é o equilíbrio da gestão econômico-financeira dos contratos de concessão, a fim de dar

cumprimento à agenda regulatória estabelecida pela Autarquia, nos termos da Deliberação nº 358, de 25 de novembro de 2022 (biênio 2023/2024).

5. Nesses lindes, no curso do procedimento de definição do texto da nova norma, a área técnica desenvolveu a Análise de Impacto Regulatório SEI Nº 10406897/2022 e a NOTA TÉCNICA SEI Nº 3900/2022/GERER/SUROD/DIR (SEI 12061824), ambas de 04/08/2022. Colheu sugestões e críticas no âmbito de consulta interna, quando foram ouvidas as várias gerências da Superintendência de Infraestrutura Rodoviária - SUROD e outras unidades organizacionais da Agência.

6. Posteriormente, a SUROD encabeçou Reunião Participativa Mista nº 05/2022, com várias sessões presenciais com os representantes dos setores interessados, cujas contribuições foram objeto de análise pela Nota Técnica SEI Nº 8835/2022/GERER/SUROD/DIR/ANTT, de 07/02/2023 (SEI 14816038). Em complemento ao primeiro estudo, foi elaborada a Análise de Impacto Regulatório SEI Nº 16019580/2023, de 09/05/2023.

7. Foi, então, realizada Audiência Pública nº 04/2023, instaurada pela Deliberação nº 74, de 2023, quando foram colhidas mais de 300 (trezentas) contribuições, seja por meio de manifestação escrita ou oral em sessão presencial híbrida realizada no dia 27 de março de 2023.

8. Do enfrentamento das inúmeras manifestações, elaborou-se Relatório Final da Audiência Pública SEI nº 7/2023, de 08/09/2023 (SEI 16998815), acompanhado de documento contendo os comentários à minuta da terceira parte do Regulamento das Concessões Rodoviárias (SEI 18799841) e o quadro comparativo (SEI 18799838), colacionando o texto da nova norma com as disposições dos contratos firmados nas 1ª a 4ª Etapas de concessões.

9. É o breve relatório; passemos à análise que nos compete.

---

## 2. ANÁLISE JURÍDICA

---

10. De início, não podemos deixar de louvar o trabalho encabeçado pela SUROD na confecção de norma tão extensa e tão grande complexidade como a que nesse momento propõe. Vê-se que, ainda em meados de 2022, aquela Superintendência oportunizou, em consulta interna, a participação, para além de suas próprias gerências e coordenações, de outras unidades organizacionais da Agência, na discussão e elaboração da norma.

11. Dedicou-se a elaborar Análise de Impacto Regulatório (SEI 10406897) e deu especial atenção à busca pela redução do fardo regulatório. Em Reunião Participativa nº 05/2022, realizou várias sessões em que foram ouvidas seguradoras, bancos, associações (ABIDIB, ABCR, ANUT, CNT), cujas contribuições foram compiladas e analisadas na NOTA TÉCNICA SEI Nº 8835/2022/GERER/SUROD/DIR/ANTT (SEI 14816038).

### **Do procedimento de participação e controle social**

12. Na sequência, instaurou-se ainda Audiência Pública nº 04/2023, por meio de Deliberação nº 74, de março de 2023 (SEI 15988491), que contou com sessão pública virtual e presencial realizada por meio de videoconferência e no auditório da Sede da ANTT em Brasília-DF, no dia 27 de abril de 2023. Além da minuta da norma, e de quadros comparativos, disponibilizou-se também naquele momento, de forma complementar, nova Análise de Impacto Regulatório (SEI 16019580) que, partindo das contribuições recebidas na Consulta Interna e na Reunião Participativa nº 5/2022, apresentou experiências internacionais, apreciou os efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo; e lançou mão de metodologia multicritério para comparação das alternativas regulatórias.

13. Segundo Relatório Simplificado de Audiência Pública (SEI 16878912), seguido de Relatório Final (SEI 169988815), foram registradas, no período disponibilizado, 310 (trezentos e dez) contribuições escritas de instituições e pessoas físicas, além das contribuições orais em sessão pública. Desse universo, atestou-se que os capítulos que mais contribuições receberam foram, em ordem, o III - Regime de Recuperação Regulatória; XI - Revisões Contratuais; VII - Receita e o Apêndice - Metodologia para apuração da classificação das Concessionárias. Contudo, decidiu-se por excluir todo o capítulo de Recuperação Regulatória para que venha a ser melhor discutido com a sociedade posteriormente.

14. Conforme consta de tabela *excel* (SEI 18799838), verifica-se que todas as contribuições recebidas ao longo do procedimento foram compiladas e analisadas individualmente, acolhidas ou afastadas, de forma motivada. É preciso reconhecer, assim, que o processo de controle e participação popular oportunizou ao público ambiente propício ao encaminhamento de seus pleitos e sugestões; foi também efetivamente provocada a participação dos setores envolvidos, seja em Reunião Participativa ou em Audiência Pública; foi de fato dada publicidade e transparência à construção regulatória pela Agência.

15. Nesse sentido, a Audiência Pública parece ter sim cumprido seu múnus, o de ser instrumento para consolidar proposta final de ação regulatória, aberto ao público, franqueando participação escrita e oral em sessão pública, que realizada por videoconferência e transmissão ao vivo, o que ampliou a possibilidade de participação dos interessados.

16. Sendo assim, outra não pode ser nossa conclusão senão a de que o Relatório Final de Audiência Pública (SEI 16998815), acompanhado de seu anexo (SEI 18670836), merece ser aprovado pela Diretoria Colegiada da Agência para em seguida ser dada a seus documentos a devida publicidade.

17. A minuta de resolução proposta (SEI 17070029), contudo, merece alguns apontamentos, que serão tecidos ao longo desta manifestação.

### **Do Regulamento de Concessões Rodoviárias**

18. Por meio do chamado Regulamento de Concessões Rodoviárias, a SUROD afirma pretender traduzir em norma única ou microssistema normativo o marco regulatório setorial, buscar ser hígida e coerente com as melhores práticas regulamentares da Administração Pública Federal, e ter por objeto respeitar as obrigações contratuais firmadas e ser orientada para a atualização.

19. O que se propõe editar, nesta oportunidade, foi assim resumido pela SUROD:

*Capítulo I - Informações sobre a concessão e sistemas de acompanhamento.* Apresenta alterações à Resolução nº 2.495/2007, que trata de encaminhamento de informações econômico-financeiras que as concessionárias devem apresentar à ANTT;

*Capítulo II - Gestão Societária.* Trata da forma de constituição legal da concessionária; apresenta regras para transferência do controle societário da concessão e para transações com partes relacionadas;

*Capítulo III - Financiamento e relação com financiadores.* Expõe as regras para financiamento, intercâmbio de informações, administração temporária e assunção do controle societário por financiador;

*Capítulo IV - Garantias.* Explicita as regras gerais e modalidades de garantias. O capítulo traz ainda as diretrizes quanto à caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; seguro-garantia, fiança bancária e cobrança e execução da garantia;

*Capítulo V - Seguros.* Descreve os seguros que a concessionária deverá contratar e manter em vigor, bem como as regras e os prazos das apólices;

*Capítulo VI - Receitas.* Apresenta as regras gerais das receitas tarifárias, não-tarifárias da concessionária e pagamentos efetuados pelo poder concedente, descrevendo cada um deles. A tarifa de pedágio, e as regras para implantação e início da cobrança; reajustes, isenções, fluxo livre e descontos da tarifa de pedágio. O capítulo abrange, ainda, conteúdo relativo às administradoras de meios de pagamento para arrecadação eletrônica de pedágio, vale-pedágio. Outro ponto que merece destaque neste capítulo é a seção sobre o regramento que envolve a exploração das atividades na obtenção de receitas extraordinárias;

*Capítulo VII - Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.* Veicula as regras para preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, tanto por meio de reajustes quanto de recomposição.

*Capítulo VIII - Fatores tarifários -* Descreve os Fatores de acréscimo de reequilíbrio (A e E), a conta C (Fator C), os descontos de reequilíbrio (Fator D) e de produtividade (Fator X), sendo que para este último, ainda requer proposta das áreas da SUROD para desenvolvimento de texto, para compor a minuta em apresentação.

Capítulo IX - Verbas contratuais - Lista e pormenoriza as verbas contratuais a serem destinadas pelas concessionárias. Dentre elas estão a verba de fiscalização; desenvolvimento tecnológico; segurança no trânsito; verificação; aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal, desapropriações, e de licenciamento ambiental;

Capítulo X - Revisões contratuais. Detalha os procedimentos para realização de revisões ordinárias, extraordinárias e quinquenais, bem como a instrução dos eventos de desequilíbrio e da inclusão, alteração, reprogramação e exclusão de obras e serviços.

*Capítulo XI* - Mecanismos de contas da concessão. Descreve detalhadamente os mecanismos de contas da concessão, seus objetivos, as contas que cada concessionária deve ter, bem as características dos bancos que podem receber essas contas.

*Capítulo XII* - Disposições finais e transitórias. Com destaque para os normativos que serão revogados.

20. Vê-se, portanto, que ao mesmo tempo em que o RCR3 compila outros vários normativos da Agência (revogando expressamente as resoluções cujos dispositivos são aqui concentrados), também inova em uma série de aspectos.

21. Nossa análise, assim, concentrará esforços especialmente no que representa novidade e cuja compreensão, clareza e alcance da norma demandam nossa análise sob o olhar, decerto, estritamente jurídico.

22. Dito isso, passamos a tecer nossas considerações, levando em conta a ordem com que os temas foram tratados na minuta de resolução.

### **Das definições**

23. O estabelecimento de conceitos, como deve ser, inaugura a norma, logo em seu art. 1º; a exata compreensão de seus termos, nem precisaríamos dizer, depende da clareza dessas definições. De igual forma, uma conceituação pouco precisa ou dúbia fragiliza a interpretação de todo o normativo e abre margem a discussões que todos desejamos evitar.

24. Com essa preocupação é que fazemos nossos apontamentos em relação à definição atribuída à “data-base” do contrato, “data de reajuste” e “índice de reajustamento tarifário” que parecem merecer uma redação mais precisa.

25. Da forma como conceituado, a leitura pode levar ao entendimento de que a data-base do contrato de concessão seria estabelecida a posteriori, *de acordo* com os estudos de viabilidade que fundamentaram a licitação da concessão. Na verdade, a data base é aquela estabelecida pelos estudos, a data ali fixada, a partir da qual serão feitas as atualizações a valores presentes.

26. Com isso sugerimos:

II - data-base do contrato de concessão: data referencial da definição dos valores do contrato de concessão, estabelecida pelos estudos de viabilidade que fundamentaram a licitação;

27. Quanto à conceituação da *data de reajuste*, sabendo haver discussões sobre quando incidir o reajuste no caso de abertura de praças de pedágio em datas distintas, parece-nos ser esse o momento para que se afaste a possibilidade de leitura desse dispositivo como se autorizasse diferentes datas de reajuste para cada uma das praças de pedágio.

28. Ninguém duvida de que, no momento da abertura de cada uma das praças, o valor da tarifa deverá ser, naquele momento, atualizado. É o que costumam estabelecer os contratos. Contudo, isso não pode significar que haverá diferentes datas de reajuste contratual, ou ainda, que incidirá mais de um reajuste no ano, se transcorrerem menos de doze meses entre a abertura da praça e o reajuste anual seguinte.

29. Queremos com isso afastar a discussão que fora objeto do recente PARECER n. 00262/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (50500.294628/2023-06), momento em que se viu diante da abertura de várias praças de pedágio em

datas distintas, fazendo com que se cogitasse de novo reajuste numa determinada praça que já operava com tarifa reajustada há poucos meses.

30. Para que não paire qualquer dúvida nesse sentido, sugerimos a seguinte redação:

III - data de reajuste: data referencial para implementação anual do reajuste da tarifa de pedágio, determinada pelo início da cobrança, na primeira praça aberta, da tarifa de pedágio;

31. Por sua vez, não parece adequado definir o IRT, índice de reajuste da tarifa, como sendo simplesmente *taxa de correção monetária*; é sabido que ele é um multiplicador que se presta a atualizar monetariamente o valor da tarifa de pedágio, calculado com base na variação do IPCA, segundo marcos temporais estabelecidos no contrato de concessão.

32. Sendo assim, sugerimos reproduzir nesse conceito o que já consta dos contratos firmados pela ANTT nas últimas duas décadas, no seguinte sentido:

VI - índice de reajuste da tarifa: índice para atualização monetária do valor da Tarifa de Pedágio, e de outras variáveis, calculado com base na variação do IPCA, segundo equação estabelecida no contrato de concessão;

33. Ainda quanto às definições, a norma carece de conceitos do que considera ser receitas complementares em detrimento de receitas acessórias, por exemplo, espécies do gênero *receitas não tarifárias*. Talvez não seja devido listar exemplos dessas atividades, sob pena de engessar a criatividade da concessionária, mas é imprescindível que a norma de algum modo atribua minimamente os contornos do que se tratariam essas hipóteses em que é lícito auferir receitas complementares, acessórias, alternativas e decorrentes de projetos associados.

34. A partir da delimitação e distinção desses institutos entre si é que será possível conferir o tratamento adequado a cada um deles, e com isso conferir a segurança jurídica necessária a sua melhor utilização e proveito pela concessionária.

35. Sugerimos também que norma traga para seu artigo 1º as definições de "acordo direto" e "plano de reestruturação".

### **Constituição da sociedade e capital social**

36. É verdade que os editais, coerentemente ao tamanho e complexidade do projeto licitado, estabelecem os valores de capital social mínimo e o prazo em que deve ser subscrito e integralizado pela recém-criada sociedade de propósito específico.

37. Os contratos de concessão vigentes, por sua vez, em sua grande maioria, já admitem a redução desse capital social, atrelada a um momento contratual em que também reduzido o volume de investimentos a cargo da concessionária. O que o RCR parece pretender é fixar parâmetros para que, naqueles contratos que não detêm previsão semelhante, a Diretoria Colegiada da Agência possa autorizar a diminuição do capital social, a depender do *índice de execução das obras obrigatórias ou a conclusão de ciclo de investimentos*.

38. Sendo assim, sugerimos que a conjunção "ou" seja substituída por "e", na medida em que a redução do capital social, se não prevista em contrato, haverá de contar necessariamente com a prévia aprovação da Diretoria:

*Art. 4º O capital social da sociedade será subscrito e integralizado conforme indicado no edital da concessão.*

*Parágrafo único. O capital social mínimo exigido poderá ser reduzido, nos termos do contrato de concessão e mediante autorização da Diretoria, conforme o índice de execução das obras obrigatórias ou a conclusão de ciclo de investimentos.*

### **Transferência de controle societário**

39. Embora o RCR3 tenha tomado o cuidado de não se imiscuir na disciplina específica sobre anuência prévia à transferência de concessão ou do controle societário, hoje tratada na Resolução nº 5.927, de 2021, pretendeu acrescentar uma hipótese de vedação a troca de controle societário:

Art. 7º A proponente vencedora da licitação que detenha o controle do consórcio não poderá retirar-se do controle da concessionária antes do atendimento aos requisitos previstos no contrato de concessão para conclusão da fase de trabalhos iniciais, salvo se demonstrada incapacidade da concessionária de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas.

40. Entendemos o propósito da norma que parece ser o de impedir a troca de controle societário antes mesmo de concluídos os trabalhos iniciais. Contudo, não nos parece adequado falar em "controle do consórcio" e em "atendimento aos requisitos previstos para a conclusão dos trabalhos iniciais", pelas seguintes razões.

41. Primeiro porque a pretensão de vedação deveria abranger de igual forma a troca de controle societário e a própria transferência da concessão, sabendo-se que a Lei nº 8987/95 equipara os dois institutos para fins de prévia anuência do poder concedente. Se há uma preocupação de que não haja saída do controlador "original" quando sequer os trabalhos iniciais foram concluídos, deve pairar também, imagina-se, o mesmo receio em relação à transferência da concessão a um novo concessionário nesse momento contratual.

42. E sendo assim, abrangendo a hipótese de transferência da própria concessão, essa vedação alcançaria não só os contratos decorrentes de um leilão vencido por um consórcio, mas todos os demais, ou seja, mesmo aqueles cujo proponente vencedor tenha sido uma pessoa jurídica única. Em outras palavras, sendo o proponente vencedor consórcio ou não, busca-se impedir a troca de controle societário da sociedade de propósito específico - SPE ou a transferência da concessão, se ainda não finalizados os trabalhos iniciais.

43. Além disso, não faz sentido falar em "controle do consórcio", na medida em que o consórcio não detém personalidade jurídica própria, mas representa tão somente uma reunião de sociedades empresárias que se agrupam para um determinado propósito. Não detém assim um "controlador".

44. Diferentemente, a "empresa-líder" do consórcio, aquela que atua como responsável pelos atos praticados pelo consórcio perante a ANTT e que figura como outorgada pelas demais consorciadas a agir em nome delas numa licitação, não será necessariamente quem detém a maior parcela de participação no empreendimento.

45. Fato é que este RCR3 preocupa-se em disciplinar a gestão contratual, não com momento que antecede a celebração do contrato quando ainda tramita o procedimento licitatório. A aferição sobre a participação de cada um dos consorciados no leilão e o devido espelhamento desse percentual na composição da sociedade de propósito específico são aferidos anteriormente à celebração do contrato de concessão.

46. Ou seja, os editais já vedam a inclusão, a substituição, a retirada ou a exclusão de consorciados até a assinatura do contrato de concessão, e com maior razão, impedem a alteração na proporção de participação das consorciadas. À evidência, há de ser mantida a proporcionalidade entre aqueles que figuram como integrantes do consórcio proponente na participação societária na sociedade de propósito específico com quem se celebrará o contrato de concessão.

47. Se mantida a ideia de vedar a troca de controle ou da transferência da concessão prematuramente, propomos a seguinte redação:

Art. 7º É vedada a transferência da concessão ou a troca de controle societário da concessionária antes da conclusão da fase de trabalhos iniciais, salvo se demonstrada incapacidade da concessionária de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas.

### **Transações com partes relacionadas**

48. Constatase que o RCR3 cuidou de incorporar em seu texto dispositivos transplantados da Resolução nº 5.940, de 2021, no que se refere às transações da concessionária com partes relacionadas. Para além dessa mera reprodução, inovou ao atribuir à Diretoria da ANTT o dever de *declarar a irregularidade de transação com partes relacionadas* realizada em desconformidade com o Regulamento das Concessões Rodoviárias ou com a política de transações instituições que figurem nessa posição.

49. Sem prejuízo, esse momento deve servir ao aprimoramento da norma que, parece-nos, não delimitou bem seu alcance e acaba, assim, por não alcançar seu propósito.

50. O primeiro apontamento que fazemos diz respeito à ausência de definição sobre quais contratos firmados com partes relacionadas seriam de fato relevantes (a depender de seu valor ou de seu objeto) a ponto de deverem ser, obrigatoriamente, divulgados pela concessionária e comunicados à ANTT.

51. O §2º do art. 9º, tal como redigido, inclui **todo e qualquer** contrato firmado pela concessionária com parte relacionada; nesse rol estariam incluídas contratações de valor inexpressivo ou mesmo aquelas para cumprimento de obrigações originalmente previstas como de responsabilidade da concessionária.

52. Ou seja, naqueles dispositivos não se delimitou quais contratos devem ser publicizados e remetidos à ANTT; não foi atribuído qualquer filtro, seja do ponto de vista do seu valor ou do seu objeto (se referente a obra já prevista originalmente ou incluída posteriormente como obrigação contratual).

53. Dizemos o mesmo em relação ao art. 10: impôs-se ali um ônus à Diretoria de aferir se **todos** os contratos celebrados pela concessionária com partes relacionados seriam regulares ou não, pouco importando o valor da contratação ou mesmo a relevância do seu objeto.

54. Dado o alcance do dispositivo, o colegiado da Agência, e por certo também a SUROD, assumirá um papel de "auditoria" do universo de contratações firmadas pelas inúmeras concessionárias reguladas com suas partes relacionadas. Não parece ser, imagina-se, o que se quer com a norma, especialmente levando em conta a preocupação com a redução do fardo regulatório que norteou sua construção.

55. Dessa forma, sugerimos que se delimite quais contratos merecerão ser olhados com maior cuidado, a fim de que se apure, naqueles casos, o cumprimento das premissas estabelecidas para se garantir a transparência e lisura do que foi ali pactuado.

56. Ainda sobre transações com partes relacionadas, não vislumbramos sentido na possibilidade de glosa em eventual indenização em relação a bens reversíveis não amortizados de que trata o parágrafo único do art. 11 que restou assim redigido:

*Art. 11. Caso seja verificada a ausência ou omissão no cumprimento de qualquer das regras desta Seção ou realização de transação em condições não equitativas de mercado, a concessionária não será remunerada pelos custos indiretos que figuram nos benefícios e despesas indiretas, quanto ao orçamento relativo a obras ou serviços não previstos inicialmente no contrato de concessão.*

*Parágrafo único. O valor contratado acima das condições equitativas de mercado será glosado de eventual indenização pelos investimentos relacionados a bens reversíveis não amortizados.*

57. Salvo incompreensão de nossa parte a respeito do que se pretendia com tal disposição, tratando o *caput* de obra ou serviços extraPER (*não previstos inicialmente no contrato de concessão*), o valor a ser reequilibrado não parte do valor contratado; ou seja, reequilibra-se o investimento novo com base em tabelas de preços referenciais e em outros sistemas oficiais de composição de custos e segundo normativos específicos, e não se leva em conta o valor efetivamente contratado, seja com parte relacionada ou com um terceiro qualquer.

58. Sendo assim, não vislumbramos a razão para tratar de *glosa da indenização*; o quantum a ser reequilibrado deverá ser aquele exato valor definido pela ANTT, não importando se, para cumprir o investimento novo, a concessionária firmou contrato com valor acima do montante que "recebeu" a título de reequilíbrio, seja celebrado com parte relacionada ou terceiros estranhos a ela.

## Financiamento e relação com financiadores

59. Como de praxe, o RCR3 replica a lógica segundo a qual o risco pela obtenção de financiamento ou pelas condições com que se contrata esse financiamento é integralmente assumido pelas concessionárias.

60. No Capítulo sobre financiamento, reforça disposição legal (art. 28 da Lei nº 8.987/95) que autoriza o oferecimento dos direitos emergentes da concessão em garantia nos contratos de financiamento, *até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço*.

61. Contudo, o RCR3 não impôs a necessidade de prévia autorização da ANTT, apenas obrigou que a concessionária comunique a Agência, a posteriori, sobre tais contratações em que as garantias ofertadas sejam *vinculadas à exploração da concessão* (art. 14 da minuta). Nesse ponto, dois aspectos nos chamam a atenção.

62. O primeiro deles diz respeito à pouca ou nenhuma efetividade da aferição, *ex post*, pela ANTT de que os bens emergentes da concessão dados em garantia foram dados em demasia ou a tal ponto que importaria em prejuízo à continuidade do serviço. Depois de já firmado o contrato com o financiador, por certo seria desarrazoado impor a sua rescisão. Isso representaria caminhar na contramão da busca pela segurança jurídica que próprio RCR3, em vários de seus dispositivos, almeja conferir aos financiadores e garantidores do projeto concedido.

63. O segundo aspecto refere-se à inexistência de parâmetros na norma que permitam dizer qual seria esse limite de endividamento que não comprometeria a *operacionalização e a continuidade da prestação do serviço*, para que ambos, ANTT e concessionária, possam balizar suas decisões. Na minuta originalmente levada à audiência pública havia dispositivo com a pretensão de estabelecer critérios para essa aferição; contudo, depois de algumas críticas, optou-se por excluí-lo, na totalidade.

64. Ocorre que esse, parece-nos, é o momento para que se trace na norma premissas, percentuais, critérios mínimos que permitam às concessionárias conhecerem o que, aos olhos da Agência, seria o limite a partir do qual restaria comprometida a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço público. A omissão da norma a ninguém interessa; nem à ANTT, que não terá parâmetros para fundamentar sua análise, e menos ainda à concessionária, que precisa saber de antemão que grau de endividamento seu pode ser considerado temerário.

65. Ainda neste capítulo, constata-se como inovação a permissão de que, enquanto exceção, a concessionária estaria autorizada a prestar fiança, aval ou qualquer outra forma de garantia em favor de suas *controladas*. A minuta do RCR3 assim dispôs:

Art. 15. É vedado à concessionária:

I - conceder empréstimos, financiamentos ou quaisquer outras formas de transferência de recursos para seus acionistas ou partes relacionadas, exceto em caso de pagamentos e emissão de debêntures privadas, comissões, juros e amortização decorrentes de empréstimos *intercompany*, remuneração pela prestação de garantias, transferências de recursos a título de distribuição e antecipação de dividendos, pagamentos e antecipação de juros sobre capital próprio ou pagamentos pela contratação de obras e serviços celebrados em observância à política de transações com partes relacionadas; e

II - prestar fiança, aval ou qualquer outra forma de garantia em favor de suas partes relacionadas ou terceiros, exceto para suas controladas.

66. Tal possibilidade nunca havia sido admitida em nenhum das disposições contratuais dos instrumentos até então firmados pela ANTT. Sendo assim, sentimos falta de uma maior motivação que seja capaz de afastar o receio de que uma fiança, aval ou outra garantia prestada pela concessionária em benefício de uma controlada sua possa vir a comprometer a prestação do serviço ou, em alguma medida, possa expor a concessionária a riscos indevidos.

67. É preciso que fique demonstrado que essa possibilidade não afrontaria a própria razão pela qual exige-se da concessionária constituir-se na forma de sociedade de propósito específico que, como é sabido, decorre da intenção de



blindar a companhia ou de isolá-la de outros intentos/compromissos/dívidas que não sejam aqueles direta e intrinsecamente relacionados à exploração da infraestrutura rodoviária concedida.

68. Essa preocupação faz ainda mais sentido levando em conta que não há norma - nem disposição editalícia - que estabeleça em que condições ou segundo que critérios poderá ser constituída uma sociedade *controlada* pela SPE.

### **Intercâmbio de informações e acordo direto**

69. A minuta de resolução buscou disciplinar, e incentivar, um constante compartilhamento de informações entre ANTT, concessionárias e seus financiadores e garantidores, de modo que todos, em conjunto, acompanhem o cronograma contratual e desempenho da concessionária, saibam sobre a instauração de processos administrativos sancionadores, e dividam informações econômico-financeiras a respeito dos fluxos de caixa real e contratual, índice de endividamento e capacidade de captação de crédito, por exemplo.

70. A minuta estabeleceu também a possibilidade de celebração de "acordo direto", muito embora não tenha atribuído um conceito a esse instrumento, o que merece ser feito lá junto às demais "definições". Para além da ausência de uma conceito que estabeleça seus contornos, não está suficientemente claro na norma quem serão os signatários desse ajuste.

71. Supõe-se, contudo, a exemplo do então chamado *acordo tripartite*, que o celebrarão em conjunto ANTT, concessionária e os respectivos financiadores/garantidores interessados. Sendo assim, parece-nos inadequada a dispensa de submissão à Diretoria, como disposto no §7º do art. 17:

§ 7º Será dispensada apreciação pela Diretoria caso o acordo direto atenda à minuta padrão prevista no Anexo I a esta Resolução, de natureza referencial e não vinculante aos contratos a serem celebrados.

72. Se a ANTT figurará como parte desse acordo, não vislumbramos possibilidade de dispensar a sua apreciação pela Diretoria, ainda que o ajuste pretendido reproduza os exatos termos do que consta como "modelo" no anexo da resolução; de um jeito ou de outro, se a Agência é parte no instrumento, pois ali assume obrigações, necessariamente a celebração do acordo dependerá, no caso concreto, de aprovação da Diretoria para sua posterior assinatura.

73. E exatamente porque pressupõe assinatura do acordo pela ANTT, o exercício dos direitos de administração temporária e assunção do controle parecem depender de comunicação à Diretoria, segundo trâmites estabelecidos no próprio acordo, e não à Superintendência, como afirma o § 6º do mesmo art. 17.

74. Mesmo porque, imagina-se, o *plano de reestruturação* deverá ser aprovado pela Diretoria, muito embora isso não tenha ficado suficientemente claro na norma. Sendo assim, recomendamos que tais aspectos, quais sejam, os elementos mínimos que devem constar do plano de reestruturação e a forma como e por quem ele será aprovado, sejam devidamente explicitados na minuta de resolução.

75. Quanto aos termos específicos do acordo direto, abordaremos mais adiante, quando nos debruçarmos sobre o anexo I da norma.

### **Administração temporária e assunção do controle societário por financiador**

76. Há algum tempo, tem-se tentado estruturar mecanismos e salvaguardas contratuais para conferir segurança ao financiadores e garantidores dos projetos concessórios, de forma a viabilizar o que já dispunha o art. 27-A da Lei nº 8.987/95, incluído pela Lei nº 13097, de 2015:

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§1º Na hipótese prevista no **caput**, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27.

§2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do **caput** deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

§ 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no **caput** deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do [art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#).

§ 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes:

I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela [Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#); ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades;

II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral;

III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no **caput** deste artigo;

IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no **caput** deste artigo.

§ 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados.

§ 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária.

77. De fato, a lei autoriza que financiadores e garantidores assumam o controle da concessionária ou a sua administração temporária, com vistas a promover *sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços*. O RCR3, portanto, busca operacionalizar essa hipótese, trazendo, para além de dispositivos normativos, minuta de *acordo direto*, bastante semelhante ao que até então era chamado de acordo tripartite, como anexo.

78. Faremos, no entanto, alguns apontamentos aos dispositivos pelos quais se pretende tratar de tema. De início, o **art. 19** parece contradizer seu parágrafo único:

Art. 19. A administração temporária e a assunção do controle societário não implicarão responsabilidade do financiador ou do administrador temporário perante o Poder Concedente pelas obrigações constantes no contrato de concessão, exceto em caso de dolo ou fraude.

Parágrafo único. A administração temporária e a assunção do controle societário por financiador não alterarão as obrigações da concessionária e do financiador perante o Poder Concedente.

79. É verdade que, por imposição legal do art. 27-A, § 2º, acima transcrito, a assunção do controle ou da administração temporária **não** alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos. Ou seja, permanecem válidas e exigíveis as obrigações contratuais, nos moldes pactuados.

80. É o que replicou o parágrafo único da minuta de resolução, contudo, retirando a ressalva quanto às obrigações assumidas pela concessionária perante **terceiros** quaisquer e perante os **usuários** da via, que são, em última medida, o destinatário final das compromissos assumidos na exploração do serviço público outorgado. Se a ideia é reforçar o comando legal, a exclusão da referência a *terceiros* e *usuários* pode acabar por restringir, indevidamente, seu alcance, razão pela qual sugerimos ajustar a redação do dispositivo para que não difira do comando legal.

81. Também por determinação legal, a administração temporária não acarreta responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. Isso não é o mesmo que dizer que *financiador ou o administrador temporário não respondem pelas obrigações constantes no contrato de concessão*, como disposto no art. 19 acima transcrito.

82. O ingresso do financiador/garantidor por meio da assunção do controle societário ou figurando como administrador temporário se dá exatamente para que o cumprimento das obrigações seja retomado; presume-se que mudar a gestão da concessionária de mãos, atribuindo ao financiador/garantidor poderes de tomar as rédeas da concessão, franqueará uma melhora/retomada do adimplemento contratual.

83. Isso não significa que a personalidade jurídica da concessionária será desconsiderada; ela, concessionária, permanecerá sendo responsável pelos compromissos que assumira ao firmar o contrato de concessão. Contudo, os seus novos gestores ou controladores responderão sim por seus atos, na medida em que passam a dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

84. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder, conforme há tempos disciplinado pela Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S.A). De igual maneira, o administrador detém uma série de responsabilidades, tais como dever de lealdade, dever de diligência, dever de informar, dentre outros. Segundo a mesma lei (art. 158 e seguintes), o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo e com violação da lei ou do estatuto.

85. Esse não é o momento para tanto, e nem é o objetivo deste parecer avançar nessa discussão; porém, cumpre alertar para o fato de que, ao cogitar da assunção do controle ou da administração temporária da concessionária que venha negligenciando com suas obrigações, a Lei nº 8.987/95 não pretendeu eximir controladores e administradores de quaisquer ônus que lhes recairiam na condução de qualquer outra companhia, e menos ainda desonerá-los da observância aos ditames da Lei de S.A.

86. Sendo assim, o art. 19, da forma como redigido, parece extrapolar o comando legal, razão pela qual recomendamos a sua exclusão.

87. De outra banda, coerentemente ao que já havíamos apontado acima em relação ao art. 17 da minuta de resolução, temos que a administração temporária ou a assunção do controle societário da concessionária são medidas de grande repercussão e que demandam mais formalidade que apenas a comunicação à Superintendência competente, tal qual disposto no art. 20.

88. A nosso ver, a Diretoria haverá de se debruçar sobre o plano de reestruturação, apreciar sua viabilidade, aferir se o prazos e metas ali estabelecidos são de fato capazes de fazer com que a concessão volte aos trilhos. Mesmo porque também pretende-se atribuir à Diretoria poderes de desconstituir a administração temporária e a assunção do controle societário, caso comprovado prejuízo para concessão ou desatendido o plano de reestruturação (art. 23 da minuta).

89. O mesmo raciocínio vale para o disposto no **art. 24** da minuta, que admite mera comunicação à Superintendência se se der nova transferência de controle, na hipótese de financiador decidir por desconstituir a administração temporária e a assunção do controle societário. É papel da Diretoria, e não da superintendência, aferir o atendimento aos requisitos estabelecidos em resolução específica, e anuir previamente a tal operação (Resolução nº 5.927, de 2021).

## **Garantias**

90. A minuta de resolução, ora em discussão, dedicou vários artigos para tratar da garantia de execução do contrato, especialmente porque *a viabilização de estruturas de garantias adequadas aos riscos assumidos no projeto permanece como um dos principais entraves para a expansão das concessões e parcerias público privadas*, como afirmado pela SUROD.

91. Com isso, buscou-se esmiuçar a exigência legal de que trata o inciso II do parágrafo único do art. 23 da Lei nº 8987/95 que, lembremos, impõe que os contratos de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

92. Assim, de forma exemplificativa, como convém ser, o art. 25 da minuta elencou algumas hipóteses em que poderá ser demanda a contratar garantia para cobrir riscos de inadimplemento de pagamento de multa, de saldo de haveres e deveres apurado ao final da concessão e de inexecução de obras.

93. O art. 25 ainda admite a possibilidade de "substituir" o dever de apresentação de garantias por outros mecanismos, no seguinte sentido:

Art. 25 (...)

§ 1º O contrato de concessão poderá substituir total ou parcialmente o dever de apresentação de garantias por outros mecanismos para assegurar a cobertura dos riscos nele previstos, tais como:

I – reserva de recursos em conta da concessão para tais finalidades;

II – renúncia expressa da concessionária ao direito de impugnar a cobrança judicialmente ou em arbitragem.

94. Ocorre que a pretensão da norma não parecer ser propriamente de *substituição* de garantias, mas da possibilidade de que, contratualmente, se disponha sobre alternativas que lhe faça as vezes. Em outras palavras, o que se almeja aqui é constituir garantias por outros mecanismos (além daqueles de que usualmente se lança mão) e não dispensá-las. Para que isso fique claro, propomos a seguinte redação:

Art. 25 (...)

§ 1º O contrato de concessão poderá exigir apresentação de garantias de execução contratual por outros mecanismos para assegurar a cobertura dos riscos nele previstos, tais como:

95. Para tanto, o mesmo dispositivo previu a possibilidade de que contrato crie uma conta da concessão com a finalidade de reservar algum recurso que sirva de garantia para uma das hipóteses de inexecução contratual, o que nos pareceu bastante interessante, tendo em vista a dificuldade, como é sabido, de execução das garantias que se costuma prestar nos contratos vigentes.

96. Ocorre que a norma não teceu maiores detalhes de como se daria a opção por essa essa figura, embora tenha dedicado o Capítulo XI para tratar do *mecanismo de contas da concessão*. Sugerimos, assim, que a SUROD avalie se não seria este o momento para pormenorizar a forma como essa conta seria constituída e movimentada, ao lado das chamadas conta centralizadora, conta de ajuste e de livre movimentação de que tratam os artigos 168 e seguintes na norma.

97. No que se refere ao inciso II do transcrito art. 25 (que menciona *a renúncia expressa da concessionária ao direito de impugnar a cobrança judicialmente ou em arbitragem* como um mecanismo de garantia), foge à nossa compreensão o que de fato se quis com aquela redação, especialmente porque não se especificou a que cobrança se refere.

98. Tendo em vista que a garantia é ofertada no começo do contrato e renovada e atualizada ao longo de toda a sua vigência, não vislumbramos em que medida a renúncia ao direito de judicializar ou submeter à arbitragem uma determinada questão ou uma determinada sanção - numa situação em concreto - possa servir de *garantia*.

99. Talvez porque não tenhamos compreendido o propósito do dispositivo, parece-nos muito pouco provável que as concessionárias renunciem, de forma tão abrangente e de antemão, a submeter ao judiciário ou à arbitragem qualquer *cobrança*. E mesmo assim, é preciso dizer, o fato de eventualmente renunciar ao juízo arbitral, ou à jurisdição estatal, não representa garantia de que a concessionária efetivamente honrará seu compromisso.

100. Ainda sobre as modalidades de garantia, não parece haver dúvida de que a, a critério da concessionária<sup>[1]</sup>, poderá ser eventualmente oferecida modalidade de garantia diversa daquela prestada numa primeiro momento. Todavia, essa substituição parece depender de aprovação da Agência, não mera comunicação à superintendência, como disposto no **parágrafo único do art. 26**. Aliás, a imprescindibilidade de prévia aprovação mostra-se coerente ao que exige o art. 28 seguinte, para quem *a concessionária poderá, mediante prévia aprovação da Diretoria, alterar condições da garantia para adequação às novas situações ou necessidades*.

101. Por sua vez, o **art. 30** busca encontrar solução a um dos grandes problemas enfrentados ao final da concessão, momento em que a Administração se debruça a promover apuração de haveres e deveres sem qualquer garantia de que a concessionária honrará com o pagamento de eventual saldo em proveito do poder público.

102. Para tanto, a SUROD propõe (i) estabelecer a contratação de garantia específica, a vigor no último ano da concessão, que cubra pagamento de saldo devedor em apuração de haveres e deveres, e (ii) atribuir ao controlador a responsabilidade solidária por tal garantia (art. 30, §5º).

103. Segundo justifica, tal proposta decorreria de recomendação do Tribunal de Contas da União que, no item 9.3.4, do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário (relicitação Via040), propôs a incorporação, quando da elaboração de futuros termos aditivos aos contratos de concessão para fins de relicitação, de "... cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após à extinção dos contratos de parceria, de forma a evitar que no resultado final do processo licitatório se observe uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente".

104. Essa preocupação, aliás, já havia sido objeto do PARECER n. 00083/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (NUP: 50500.185601/2022-34) que sugeriu inclusão de subcláusula contratual para dispor que nos 5 últimos anos de vigência do contrato de concessão a ANTT possa exigir a contratação de garantia adicional ou, alternativamente, a seu critério, aumentar a alíquota de Recursos Vinculados sobre a Receita Bruta destinada à Conta de Ajuste, caso identificado, por meio de fiscalização especialmente designada para este fim, risco de descumprimento dos parâmetros contratuais no momento do encerramento contratual, conforme regulamentação da ANTT.

105. Sugeriu-se, assim, estabelecer dois mecanismos de salvaguarda: a prestação de garantia específica e um "reforço" na conta de ajuste de modo que o montante ali depositado possa ser capaz de arcar com eventual indenização devida pela concessionária ao final da concessão.

106. Constata-se, então, que na minuta do RCR3 criou-se, no art. 30, essa hipótese de garantia "específica" exigida ao final do contrato, sem prejuízo da previsão de mecanismo de contas da concessão que viabilize a *operacionalização de pagamento de débitos entre as partes* (art. 168, II), muito embora a norma não tenha tecido em maiores detalhes como isso se daria.

107. Contudo, contribuições recebidas em audiência pública insistiram que haveria, no mercado securitário, grande dificuldade na contratação de garantia nestes moldes. Faz-se imprescindível, assim, que a SUROD se certifique se de fato o mercado disporia de garantia nos moldes demandados, sob pena de impor às concessionárias medida supostamente inexecutável.

108. Se superadas essas questões, propomos ajustes na redação no seguinte sentido:

Art. 30. No último ano concessão, a concessionária deverá contratar exclusivamente garantia para cobrir pagamento de saldo devedor em apuração de haveres e deveres, dispensadas as demais modalidades.

§ 1º A garantia ~~adicional~~ de que trata o caput terá prazo de vigência mínimo de 3 (três) anos e deverá ser renovada pela concessionária, em caso de ~~pactuação de novo~~ **extensão** do prazo da concessão, por qualquer razão.

§ 2º Se não estabelecido no contrato de concessão, a Diretoria definirá o valor da garantia, com base em estimativa preliminar e não vinculante do saldo da apuração de haveres e deveres, a partir da contabilização de indenizações, multas e outros débitos e créditos entre as partes.

§ 3º A garantia será liberada ou restituída após a celebração do termo de encerramento do contrato de concessão.

§ 4º A garantia de que trata este artigo poderá ser reduzida caso demonstrado, com grau razoável de certeza, que a apuração de haveres e deveres resultará em saldo credor estimado em favor da concessionária, **ou em saldo devedor inferior ao inicialmente estimado.**

109. Por fim, parece-nos que a intenção do §5º do mesmo art. 30 é atribuir ao controlador o dever de arcar, solidariamente, com o pagamento de eventual indenização em apuração de haveres e deveres e não apenas com o dever de contratação da garantia exigida. Em sendo assim, sugerimos:

§ 5º O ~~grupo~~ controlador e a concessionária são responsáveis solidários pelo pagamento de eventual saldo devedor apurado em haveres e deveres ao final da concessão.

### **Seguro da Nova Lei de Licitações (*Performance bond*)**

110. O art. 37 da minuta do RCR3 parece ter querido abarcar, ao mesmo tempo, para além das hipóteses de **(i)** assunção pela seguradora do controle societário e **(ii)** da administração temporária, de que trata o art. 27-A da Lei nº 8987/95, também a possibilidade trazida pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/202) que admite que **(iii)** a seguradora execute, ela própria, obra ou serviço de engenharia que tenham sido descumpridos pela tomadora do seguro (concessionária), nos seguintes termos:

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;

b) acompanhar a execução do contrato principal;

c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

111. Como é sabido, tal possibilidade representa uma inovação nas contratações públicas e, com isso, não se tem notícias - ainda - do quão proveitoso e efetivo é o instituto, embora seja de fato grande o otimismo no sucesso da sua adoção.

112. Se não se dispõe ainda de meios de avaliar a adequação desta figura na contratação de obras e serviços de engenharia no país, ainda mais prematuro parece ser querer replicar tal dispositivo para as concessões, **sem que se discipline minimamente como se dará a convivência com esse terceiro - estranho à concessionária e à ANTT - no cumprimento de obrigações contratuais**. Essa triangulação (seguradora/subcontratado - concessionária - ANTT) merece ser detalhada, nos moldes de um acordo tripartite, que esmiúce o exercício dessa prerrogativa e os direitos/obrigações que recairão sobre a seguradora ou sobre aquele subcontratado para a execução da obra ou serviço.

113. É mais, é preciso definir que tipo de obra ou serviço poderia ser assumido pela seguradora e de que forma se daria a fiscalização da ANTT, sobre quem recairia eventual penalidade por novos descumprimentos ou pelo não atendimento de parâmetros contratuais, por exemplo.

114. Além disso, não parece adequado tratar das três hipóteses - distintas entre si - num mesmo dispositivo, com o fez o **art. 30**. Da forma como redigido, o art. 30 confunde a opção conferida à seguradora de encabeçar a execução e concluir o objeto da obrigação inadimplida, com o exercício do direito de assumir a administração temporária ou o controle societário da concessionária.

115. Tratando-se de assunção do controle ou da administração temporária (a que se refere o art. 27-A da Lei nº 8.987/95), a concessionária permanece obrigada a cumprir com suas obrigações, embora gerida por outro controlador ou tendo à frente um novo administrador. No caso do seguro *performance bond* (de que trata o art. 102 da Lei nº 14.133/2021), a concessionária sai de cena e um terceiro (a própria seguradora ou alguém que ela contrata) tem a prerrogativa de assumir a obrigação e executar a obra ou serviço.

### **Cobrança e execução de garantia**

116. O art. 43 da minuta do RCR3 representa uma completa inovação, na medida em que dispõe de forma diametralmente contrária ao que os contratos, em sua maioria, vêm estabelecendo:

Art. 43. O pagamento da indenização decorrente da garantia exonera a concessionária da obrigação para a qual a garantia foi prestada, até o limite do valor pago.

117. Nos contratos, resta expresso que a concessionária permanecerá responsável pelo cumprimento das obrigações contratuais, independentemente da utilização da garantia de execução do contrato; ou ainda, afirmam que a utilização da garantia de execução do contrato não eximirá a concessionária das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo Contrato.

118. A única hipótese em que, parece-nos, deverá haver desoneração da concessionária, será quando a garantia tiver sido acionada para quitação de multas ou outras obrigações pecuniárias não pagas. Nesse caso, faz mesmo todo sentido que não persista a cobrança de valor se a garantia se prestou a quitá-lo.

119. Ocorre que o art. 43 foi mais abrangente e busca exonerar a concessionária da obrigação de forma proporcional, *até o limite do valor pago*. Contudo, o dispositivo carece de mais clareza quanto a esse fracionamento; não se especificou como uma determinada obrigação poderia ser fracionada e apenas parcialmente exigida da concessionária naquele percentual que não foi coberto pela garantia.

120. De igual forma, preocupa-nos a ideia de que isentar a concessionária do cumprimento da obrigação com o acionamento da garantia possa importar num sério risco moral; pode ser mais vantajoso à concessionária simplesmente deixar de cumprir a obrigação e fazer com que a garantia prestada seja acionada. Com isso, estar-se-ia estimulando comportamento inadequado da concessionária que acabaria tendo incentivos a ser pouco diligente com seus compromissos.

121. Não bastasse, eximida a concessionária de cumpri-la, depositado o montante garantido em conta da concessão ou na conta única do Tesouro, resta saber quem haverá de executar a obrigação que pode ser, como de regra são, de extrema importância para a concessão.

122. Recomendamos, assim, a **exclusão do art. 43**, ou a sua adequação às hipóteses de acionamento da garantia para pagamento de multa e/ou obrigações pecuniárias.

### **Receitas**

123. Ao tratar de espécies de receitas auferidas pela concessionária, o RCR3 elenca três delas: (i) receitas tarifárias, (ii) receitas não tarifárias e (iii) pagamentos efetuados pelo Poder Concedente. Parece-nos, no entanto, atécnico tratar aportes públicos como sendo *receita* ou *pagamento* do Poder Público à concessionária.

124. É preciso ter em mente que, de regra, é vedada a aplicação de recursos públicos em concessões comuns, como as que hoje são geridas pela ANTT. Nesse sentido, a Lei nº 12.379/2011 (que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação) expressamente veda a aplicação de recursos financeiros em obras ou serviços assumidos pelo privado delegatário:

Art. 7º A União poderá aplicar recursos financeiros no SFV, qualquer que seja o regime de administração adotado.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 6º, é vedada a aplicação de recursos da União em obra ou serviço que, nos termos do respectivo contrato ou outro instrumento de delegação, constitua responsabilidade de qualquer das demais partes envolvidas.

125. Os incisos do art. 6º a que o parágrafo único se refere elencam as hipóteses de concessão, autorização ou arrendamento a empresa pública ou privada e parceria público-privada. Ou seja, quaisquer que sejam esses modelos de outorga da infraestrutura do sistema nacional de viação adotados, fica a União impedida de aplicar recursos orçamentários para custear obra ou serviço que seja originalmente de responsabilidade do outorgado.

126. Contudo, como é sabido, admite-se, para garantir o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de concessão, que a sua recomposição possa ser feita por meio de aportes públicos. Há tempos a Resolução nº 3.651, de 2011 já admite essa hipótese, ao lado de outros mecanismos, como acréscimo tarifário, extensão de prazo de vigência contratual, por exemplo.

127. Ocorre que a natureza jurídica desse aporte não se confunde com *receita* da concessionária e menos ainda com *pagamento público* para a execução de uma determinada obra, dado o desdobramento que decorre de cada uma dessas terminologias. Menos ainda se confunde com *aplicação de recursos da União em obra ou serviço que constitua responsabilidade de qualquer das demais partes envolvidas*, vedado pela Lei do SNV.

128. Queremos com isso propor a exclusão do inciso III do art. 55, o que, parece-nos, não compromete em nada a compreensão dos demais dispositivos da norma.

### **Tarifa de pedágio**

129. Nos parágrafos do art. 56, o RCR3 buscou disciplinar a forma de cumprimento de eventual decisão judicial ou arbitral que imponha alterações do valor da tarifa de pedágio, da seguinte forma:

Art. 56 (...)

§ 2º Em caso de decisão judicial ou arbitral que afete o valor da tarifa de pedágio, a alteração será implementada:

I - por decisão superveniente da ANTT, a ser proferida em até 5 (cinco) dias contados da ciência da decisão judicial ou arbitral, sob pena de alteração de ofício pela concessionária; ou

II – a zero hora do segundo dia subsequente da ciência da decisão judicial ou arbitral pela concessionária, quando expressamente permitir a alteração imediata do valor da tarifa, mediante prévia comunicação à ANTT.

130. Embora louvável a intenção de padronizar a atuação da Agência nesses casos, parece inócuo o estabelecimento desses prazos na medida em que, de um jeito ou de outro, haverá de ser respeitado o que dispuser a decisão judicial ou arbitral. O seu cumprimento deverá se dar nos exatos termos da determinação e dependerá de orientação traçada em parecer de força executória de autoria da Procuradoria atuante no feito.



131. Por essa razão, **sugerimos a exclusão do §2º do art. 56.**

### **Fluxo Livre**

132. É sabido que a disciplina do fluxo livre (*Free Flow*), além de ser objeto de ambiente experimental regulatório em andamento (*sandbox* regulatório), vem sendo debatida de forma apartada (consta da Agenda Regulatória 2023/2024) e seu texto, nesse momento, é discutido no âmbito de consulta interna nos autos de nº 50500.284423/2022-23.

133. Com isso, alertamos para o fato de ser prudente deixar de tratar do fluxo livre neste RCR3 para que ele receba normas próprias em resolução distinta e apartada, no momento em que a Agência tiver absorvido e se apropriado dos ganhos com a experiência do *sandbox*, e depois de recebidas e analisadas as contribuições que vierem a ser recebidas em audiência pública específica.

134. Em reforço, o art. 196 da redação original do RCR3 (embora posteriormente excluído na versão final), afastava expressamente a incidência de suas normas aos projetos de *free flow* objeto de *sandbox* em andamento, exatamente para que não se engessem as inovações e soluções que se revelarão ao longo de sua experimentação.

135. De igual forma, com a observação do desenrolar do *sandbox* será possível melhor alocar os riscos em relação à implementação da cobrança em fluxo livre, o que, talvez, seja prematuro fazer na norma nesse momento.

136. Sem prejuízo do que se decidir a esse respeito, cumpre-nos chamar a atenção para o fato de que parece-nos indevido deixar que a concessionária possa optar, segundo seus critérios, por manter ou não a cobrança por meio de fluxo livre, ainda que arque com as repercussões financeiras disso, como admite o art. 63.

137. Isso porque a aferição quanto à adequação desse tipo de cobrança, a sua efetividade, os ganhos decorrentes devem partir de uma análise exclusivamente feita pela ANTT e não segundo a conveniência da concessionária. Por essa razão, **sugerimos a exclusão do art. 63.**

### **Isenções e descontos da tarifa de pedágio**

138. Constata-se que grande parte dessa disciplina representa reprodução de norma já editada pela Agência (Resolução nº 3916, de 2012) que cuidava da obrigatoriedade de isenção de pagamento de tarifa de pedágio aos veículos oficiais e do corpo diplomático, incluídos aqueles sem identificação, os locados ou contratados pela Administração Pública.

139. Sugerimos incluir, no rol de informações a serem prestadas à concessionária:

Art. 66. São documentos necessários para cadastramento dos veículos isentos do pagamento da tarifa de pedágio:

I – cópia do Certificado de Registro de Licenciamento do Veículo (CRLV) ou documento eletrônico correspondente;

II – cópia do contrato de locação dos veículos, quando for o caso;

III – em caso de autarquia e fundação pública, ~~cópia~~ indicação da norma que a instituiu e cópia da certidão de registro civil, quando se tratar de fundação pública de direito privado;

IV – dados do TAG, se for o caso.

140. De outro lado, o RCR3 trouxe, como inovação, a operacionalização da isenção legal atribuída à cobrança que recai sobre veículo de carga, cujos eixos suspensos não devem ser considerados como multiplicador da tarifa. Nesse sentido, vale transcrever o art. 17 da Lei nº 13.103, de 2015, com redação dada pela Lei nº 13.711, de 2018:

Art. 17. Em todo o território nacional, os veículos de transporte de cargas que circularem vazios ficarão isentos da cobrança de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos.

§ 1º O disposto no caput deste artigo abrange as vias terrestres federais, estaduais, distritais e municipais, inclusive as concedidas.

§ 2º Os órgãos e as entidades competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disporão sobre as medidas técnicas e operacionais para viabilizar a isenção de que trata o caput deste artigo.

§ 3º Até a implementação das medidas a que se refere o § 2º deste artigo, considerar-se-ão vazios os veículos de transporte de carga que transpuserem as praças de pedágio com um ou mais eixos mantidos suspensos, assegurada a fiscalização dessa condição pela autoridade com circunscrição sobre a via ou pelo agente designado na forma prevista no [§ 4º do art. 280 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 \(Código de Trânsito Brasileiro\)](#).

§ 4º Para as vias rodoviárias federais concedidas ou delegadas, será adotada a regulamentação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

§ 5º Ficam sujeitos à penalidade prevista no [art. 209 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 \(Código de Trânsito Brasileiro\)](#), os veículos de transporte de cargas que circularem com eixos indevidamente suspensos.

§ 6º O aumento do valor do pedágio para os usuários da rodovia a fim de compensar a isenção de que trata o caput deste artigo somente será adotado após esgotadas as demais alternativas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

141. Para tanto, no exercício de seu papel regulador, a norma fez bem em estabelecer de que forma se aferirá se o veículo trafega sem carga a ponto de poder estar com determinados eixos suspensos. Porém, o §1º do art. 67 acabou por criar uma condição ao exercício de um direito conferido ao transportador rodoviário de cargas na medida em que lhe impõe pagar a tarifa, obrigatoriamente, por mecanismo de pagamento eletrônico:

Art. 67. Para implementação da isenção dos eixos suspensos dos veículos de transporte de cargas que circularem vazios, de que trata o art. 17 da Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015, a condição de veículo vazio poderá ser verificada a partir:

§ 1º Para usufruir do direito à isenção de que trata o caput, o usuário deverá pagar a tarifa de pedágio por mecanismo eletrônico de pagamento aceito pela concessionária.

142. É preciso reconhecer que a lei não impôs tal obrigatoriedade para fruir dessa isenção; condicioná-la ao pagamento eletrônico parece restringir indevidamente o exercício desse direito, razão pela qual sugerimos **a exclusão do §1º do art. 67**.

143. Sugerimos também que se fixe prazo durante o qual a concessionária haverá de manter arquivados os registros de isenções que concedera, a que se refere o parágrafo único do art. 68:

Art. 68 (...)

Parágrafo único. A concessionária deverá manter por XX anos o registro das isenções concedidas.

144. Constata-se que o RCR3 quis reproduzir a vedação de que trata art. 35, da Lei nº 9.074, de 1995, que assim dispõe:

Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular.

145. Entretanto, ao dar redação semelhante, o art. 69 do RCR3 pode dar margem a discussões indesejáveis, especialmente porque traz para seu corpo o cumprimento de determinação legal ou judicial como se fora hipótese de isenções estabelecidas pela ANTT:

Art. 69. É vedado à ANTT estabelecer isenções ou descontos tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários, exceto no cumprimento de lei ou decisão judicial, observado o disposto no art. 35, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

146. Se se considerar, de fato, necessário replicar aqui essa vedação, sugerimos que a redação seja o mais fiel possível ao texto legal:

Art. XX É vedada a estipulação de novos benefícios tarifários pela ANTT sem que haja previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular.

### **Receitas não tarifárias**

147. À evidência, o RCR3 busca estimular a exploração pela concessionária de atividades econômicas que lhe permitam aferir receitas outras para além daquele decorrente do recebimento da tarifa de pedágio. Nesse ponto, como afirmado acima, insistimos na necessidade de que a norma teça os conceitos desses institutos: é preciso estar descrito o que se entende por "projeto associado", "receitas complementares", "receitas acessórias", "receitas alternativa", de forma a dar conforto à concessionária de que é legítimo o exercício daquela determinada atividade.

148. Partindo, então, do que dispuseram o art. 73 e seguintes da norma, compreende-se que a exploração da atividade econômica - estranha à prestação do serviço prevista em contrato - é de inteira responsabilidade da concessionária, risco assumido por ela, não sendo capaz, portanto, de importar em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

149. Quis a norma, então, deixar claro que eventual frustração de receita não tarifária, diferentemente do que possa ter sido estimado pela concessionária, não dá causa à desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é, certamente, verdade. Isso porque, ainda que de forma estimada, esses ganhos alternativos já terão sido considerados na proposta da concessionária e, portanto, na modicidade tarifária, como manda o art. 11 da Lei nº 8.987/95:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

150. Sabendo-se que não mais prevalece o entendimento, pelo menos não em relação aos editais e contratos mais recentes, segundo o qual percentual da receita não tarifária auferida ao longo do contrato pela concessionária deveria ser *revertido* à modicidade tarifária, parece oportuno que o RCR3 reforce essa posição, no sentido de que a possibilidade de recebimento de receitas não tarifárias já atua em proveito da modicidade tarifária, porque considerado no edital e, via de consequência, na proposta econômica da concessionária, então proponente.

151. Em outras palavras, seria importante que o RCR3 apresente a escolha feita pela Agência, qual seja, a de considerar, como manda a Lei nº 8.987/95, as fontes de receitas alternativas como integrante do equilíbrio econômico-financeiro **inicial** do contrato, na medida em que já levado em conta ainda na modelagem econômica do projeto concessório.

152. Por sua vez, não há dúvida de que a relação que se estabelece entre a concessionária e o terceiro é de direito privado, não vincula ou alcança a ANTT; de igual forma, são privados os bens necessários à execução do projeto gerador de receitas alternativas.

153. Nesse sentido, não vislumbramos razão que justifique impedir que a concessionária celebre contratos com *pessoas físicas* para tanto; haverá de estar muito bem demonstrada a razão para tal restrição, sabendo ser *vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público* (Lei nº 13.848/2019).

Art. 73. A concessionária poderá, por sua conta e risco, desenvolver projeto gerador de receitas não tarifárias para exploração de qualquer atividade econômica sobre a faixa de domínio, outros ativos da concessão ou mediante projeto associado, podendo para isso:

I – constituir sociedade subsidiária integral ou sociedade de propósito específico com objeto:

- a) exclusivo, para exploração para cada uma das atividades que gerem receitas não tarifárias; ou
- b) diverso, para a exploração de múltiplas fontes de receitas não tarifárias conjuntamente; ou

II - celebrar:

- a) contrato de permissão especial de uso, quando envolver a exploração da faixa de domínio, observado o disposto na segunda norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias; ou
- b) contrato de receita não tarifária, com terceiro interessado constituído sob forma de pessoa jurídica, nos demais casos.

154. Não nos parece claro também o sentido da distinção entre subsidiária integral ou sociedade de propósito específico - SPE de que trata o inciso I do art. 73, mesmo porque uma subsidiária integral pode ser uma SPE. É preciso esclarecer se a ideia é permitir que se constitua sociedade empresária em que a concessionária figure ao lado de outros acionistas (que pode ser uma SPE ou não), ou se pretende anuir com a constituição exclusivamente de subsidiária integral.

155. Nesse contexto também é preciso dizer que não está claro na norma em que condições, eventualmente, os bens - dedicados à exploração dessa atividade econômica estritamente privada - se tornarão reversíveis. Tais condições precisam estar muito bem descritas, de modo que a concessionária tenha segurança e previsibilidade nas negociações que empreender.

156. Essa preocupação, aliás, quanto à previsibilidade e segurança jurídica de que devem se revestir os investimentos promovidos na exploração de receitas não tarifárias pela concessionária, fez com que a norma buscasse disciplinar o afastamento da *precariedade* em determinadas situações, estabelecendo que:

art. 73 (...)

§ 5º Os projetos geradores de receitas não tarifárias possuem natureza precária, salvo por deliberação da Diretoria, demonstrada a necessidade da medida para viabilidade da exploração da atividade ou o incremento substancial da rentabilidade do negócio, conforme regulamentação específica.

157. Acontece que a precariedade se refere ao **uso privado** de bens públicos; é de fato precária a ocupação por um privado de um bem público, a exemplo dos *termos de permissão de uso* firmados pelo DNIT que, segundo a definição dada pela Resolução DNIT nº 7, de 02 de março de 2021, são o documento no qual se *autoriza o uso precário pela permissionária de faixa de domínio de rodovia federal sob sua jurisdição*.

158. E faz sentido que assim seja; essa ocupação deve ser precária na medida em que envolve ocupação de bem público; a qualquer momento, pode haver necessidade de se dar àquele espaço outra utilidade.

159. Contudo, *projetos geradores de receitas não tarifárias*, de que trata o RCR3, parecem englobar um universo bem maior de relações jurídicas que não são precárias, mas objeto de vínculo contratual, privado, entre dois entes privados.

160. Não vislumbramos também como seria possível que, por ato da Diretoria, se alterasse a condição de precariedade de uso de bem público pelo particular, especialmente porque esse ato, ao mesmo tempo, atrairia para o Poder Público o dever de indenizar investimentos, benfeitorias e demais bens necessários à execução do projeto gerador neste caso (art. 74, § 2º da minuta). Para que se vincule dessa forma e assuma o ônus de indenizar por eventuais investimentos não amortizados, haverá de ser celebrado contrato específico em que o poder público, como parte, traga para si esse tipo de obrigação.

161. **Levando em conta que o próprio §5º do art. 73 acima transcrito remete à necessidade de regulamentação específica, parece-nos que esse regramento deve mesmo ser objeto de norma apartada, dada a imprescindibilidade de discussões mais aprofundadas que consigam antever que tipo de empreendimento se vislumbra interessante, ou que natureza de exploração se almeja incentivar, para que, então, seja possível construir a sua formatação jurídica.**

162. A norma carece ser melhor debatida também para que se compreenda qual é o objetivo que se busca alcançar com o disposto no art. 77, por exemplo:

Art. 77. O projeto gerador poderá contemplar atividade em área que extrapole a faixa de domínio por instrumentos dominiais ou contratuais de natureza privada, tais como compra e venda, locação, arrendamento ou servidão.

Parágrafo único. Os imóveis adquiridos e os demais bens utilizados na exploração da atividade de que trata este artigo serão submetidos à reversão e não ensejam direito à indenização por parte do Poder Concedente.

163. Não está claro qual seria o propósito, e várias perguntas precisariam ser respondidas: o concessionária auferiria receita com a compra e venda de imóveis; poderia vendê-los todos antes do término da concessão de modo que nada reverta ao poder público? e um terceiro que adquira esse imóvel o perderá em proveito da concessão? Esses bens seriam anteriormente desapropriados, sabendo tratar de bens que serão obrigatoriamente revertidos ao final da concessão? Ou, de outro lado, se se pretende permitir que a concessionária explore imóveis, os alugue ou arrende segundo sua própria gestão, faz sentido que esses bens - que não tem relação direta com a exploração da rodovia - sejam revertidos ao final da concessão?

164. Por fim, chamamos a atenção para o fato de que parece ter havido erro de digitação no § 3º e no parágrafo único do art. 79, que, supomos, está deslocado na norma.

165. Diante dessas dificuldades e da falta de maturidade na discussão, **sugerimos que esse capítulo seja excluído da norma** e levado à nova discussão de forma apartada, a fim de se conferir a segurança devida na exploração desses projetos que, por óbvio, muito interessam à concessão, seja do ponto de vista da concessionária, como dos usuários e das comunidades lindeiras à rodovia.

### **Pagamentos efetuados pelo Poder Concedente**

166. A exemplo do que já havíamos suscitado anteriormente, não vislumbramos o proveito com o disposto no art. 80, que transcrevemos:

Art. 80. A concessionária poderá auferir receita decorrente de pagamentos efetuados pelo Poder Concedente decorrente de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, conforme previsão de políticas públicas.

Parágrafo único. A ANTT adotará as providências orçamentárias e financeiras necessárias para pagamento à concessionária pelo Poder Concedente com recursos do Orçamento-Geral da União, mediante prévia aprovação do Poder Concedente e observada a legislação aplicável.

167. Primeiro porque não é apropriado chamar o reequilíbrio econômico financeiro dos contrato de concessão por meio de aportes públicos de "pagamento". A expressão pagamento remete à contratação de obra pública custeada com

orçamento público, ou seja, contraprestação por um serviço prestado ou obra executada. Não é o que se dá em havendo necessidade de recompor a equação econômico-financeiro contratual de uma concessão.

168. Segundo porque não está clara a razão pela qual se pretende classificar os eventuais aportes públicos que venham a ser necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro como "receita" e quais seriam as implicações disso.

169. Coerentemente ao que propusemos acima, sugerimos a exclusão desse dispositivo, o que, de forma alguma, compromete a compreensão da norma.

### **Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de Concessão**

170. O uso da expressão "partes" é de regra usado em contratos; em norma, parece-nos mais adequado mencionar exatamente o destinatário do comando. Além disso, se se pretende trazer para norma conceitos de *equilíbrio* e *desequilíbrio* contratual, sugerimos lançar mão de redação das Leis nº 8987/95 e da recente nº 14.133/2021, no seguinte sentido:

Art. 81. As concessionárias têm o direito de exigir a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, devendo a ANTT tutelá-lo de ofício.

§ 1º Considera-se preservado o equilíbrio econômico-financeiro sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos ~~quando mantida a relação entre encargos e vantagens conforme definida pela proposta vencedora na licitação, observada a alocação de riscos e as demais disposições do contrato de concessão.~~

~~§ 2º Ocorre *desequilíbrio econômico-financeiro* do contrato de concessão passível de recomposição quando configurado evento de *desequilíbrio* que resulte em encargo ou vantagem a uma das partes, decorrente de risco que não lhe fora alocado pelo contrato de concessão.~~

171. O §1º, assim, já diz tudo, fazendo com que o §2º perca o sentido de existir. No § 1º resta esclarecido que se alterado contrato (quando "não atendidas as condições do contrato") ou se ocorrido evento de risco (alocado a uma das partes na matriz de riscos contratual), o equilíbrio de desfaz e aí sim a equação deverá, por óbvio, ser reequilibrada.

172. Sugerimos também os seguintes ajustes:

Art. 82. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será realizada mediante utilização dos seguintes mecanismos, a critério da ANTT:

I – alteração do valor da tarifa de pedágio, ~~promovida no âmbito de revisão;~~

II – alteração do prazo da concessão;

III – aporte público;

IV – modificação de obrigações contratuais;

V – alteração da localização, inclusão de praças de pedágio ou pórticos de fluxo livre;

VI – estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio;

VII - transferência ou retenção de valores utilizando o mecanismo de contas da concessão.

~~Parágrafo único. Exceto na hipótese do inciso I do caput, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelos mecanismos será disciplinada em termo aditivo ao contrato de concessão.~~

173. Recomendamos a exclusão do parágrafo único por uma questão conceitual: o disposto em termo aditivo é que, eventualmente, dará causa ao *desequilíbrio* e com isso, ao mesmo tempo, disciplinará a forma como a recomposição se dará. Ou seja, o que for pactuado no aditivo contratual pode acarretar *desequilíbrio*, cuja consequência será a necessidade de reequilibrar.

174. E mesmo a hipótese tratada no inciso I, em que se optar por alterar a tarifa, como mecanismo de equilíbrio, pode ter sido precedida sim de um termo aditivo.

175. De outra banda, deixa de fazer sentido falar em *alteração* de obrigação não prevista; a norma deve ter querido mencionar *inclusão* de obrigação nova que eventualmente pode dar causa a desequilíbrio da equação contratual. Por isso, propomos:

Art. 85. Eventual desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de inclusões de obrigações não previstas originalmente nos contratos de concessão será calculado por meio ~~no âmbito~~ do fluxo de caixa marginal.

### **Reajuste da tarifa de pedágio**

176. Apenas para melhorar a redação, sem alterar seu sentido, sugerimos:

Art. 86. A tarifa básica de pedágio será reajustada anualmente com base na variação do índice de preços ao consumidor amplo (IPCA), conforme a seguinte fórmula:

(...)

177. Por sua vez, o §2º dispõe que o *primeiro reajuste* será realizado quando da autorização pela ANTT para início da cobrança da tarifa de pedágio. Quis-se estabelecer que o ato autorizativo para início da cobrança já considerará no cálculo da respectiva tarifa de pedágio o devido reajuste, levando em conta o período transcorrido desde a data-base do contrato; assim, a cada abertura de praça, a cobrança já se inicia com uma tarifa atualizada.

178. Mas, na sequência, o §4º franqueia à Superintendência a possibilidade de alterar a data do *primeiro reajuste* do contrato de concessão, mediante apresentação de fundamentação prévia, para estabelecer prazo suficiente para processamento de reajuste e de revisão ordinária após o término do ano concessão.

179. Parece, no entanto, que o §4º não quis tratar do *primeiro reajuste*, aquele a que se refere o §2º acima, sob pena de se iniciar a cobrança da tarifa num valor desatualizado. Se estiver correta a nossa compreensão do que se quis com o §4º dispositivo, não se trata propriamente de alteração da data de reajuste, mas da data em que, junto com os cálculos da ordinária, o reajuste será implantado. A data a partir da qual o reajuste é devido permanece a mesma; a sua implementação é que, eventualmente, será postergada.

180. Prova disso é o §5º é expresso em reconhecer que a revisão subsequente considerará os impactos decorrentes desse atraso.

181. Deixar a critério da superintendência parece fragilizar o reconhecido direito ao reajuste anual, motivo pelo qual recomendamos **a exclusão do § 4º**. De toda forma, como alguns contratos mais recentes vêm estabelecendo, é possível fixar uma **data certa** (18 meses, por exemplo) na qual se tenha tido tempo hábil para que a revisão ordinária seja concluída e, nesse momento, fazer incidir o reajuste devido.

182. Por outro lado, não está claro em que hipóteses poderá haver *alteração na data de reajuste* a se dar no âmbito de revisão extraordinária, como admite o § 6º:

§ 6º Alteração das datas de outros reajustes previstos no contrato de concessão poderá ser realizada mediante fundamentação prévia apresentada pela Superintendência competente no âmbito das revisões extraordinárias.

183. Recomendamos que isso seja melhor disciplinado ou especificado, para que não persista a mesma dúvida que nos acometeu.

### **Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**

184. O art. 89, da forma como redigido, parece reduzir o lista os instrumentos de que o contrato se vale para a recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro. Parece-nos faltar nessa lista *o mecanismo de contas*, que não se confunde com as hipóteses elencadas de (i) fluxo de caixa marginal ou original e (ii) adoção de fatores de reequilíbrio.

## **Acréscimo de reequilíbrio – Fator A e Fator E**

185. Sugerimos a seguinte redação, sem modificação do seu sentido:

Art. 98. A aplicação do acréscimo de reequilíbrio dependerá de requerimento da concessionária ou provocação de ofício pela Superintendência competente.

§ 1º Na apreciação do requerimento da concessionária ou na provocação de ofício, a Superintendência competente deverá considerar os benefícios decorrentes da antecipação da obra ou serviço ou da execução da obra do estoque de melhorias, à luz dos ganhos aos usuários, da sinergia da execução concomitante com os demais investimentos ou de outra razão de interesse público.

§ 2º No caso do Fator A, não executada a obra ou o serviço antecipadamente, à concessionária não será aplicado qualquer desconto tarifário ou sanção, ~~salvo se houver atraso em relação ao prazo previsto no contrato de concessão.~~

§ 3º No caso do Fator E, não executada a obra ou o serviço ~~no prazo previsto na segunda norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias~~ em 18 meses, contados da decisão da Superintendência, à concessionária não será aplicado qualquer desconto tarifário, sem prejuízo da sanção prevista em contrato ou em norma da ANTT. ~~na quarta norma do Regulamento.~~

## **Desconto de reequilíbrio – Fator D**

186. Seja em relação aos fatores de acréscimo de reequilíbrio ou no que se refere aos fatores de desconto e seus coeficientes, deixaremos de nos manifestar a respeito das metodologias, fórmulas e premissas que, pela sua natureza técnica, fogem do âmbito de competência desta Procuradoria.

187. Sem prejuízo, o regramento de que trata o **art. 105** (quanto ao cálculo do fator D a ser considerado em apuração de haveres e deveres) talvez mereça ser deslocado para o que virá a ser o quinto Regulamento de Concessões Rodoviárias. Lá parece ser o locus adequado para disciplinar as questões que envolvem o encerramento contratual; sendo tratadas em conjunto, evita-se o risco de impropriedade ou de conflitos interpretativos.

## **Instrumentos de Incentivo**

### **Antecipação e atraso da fase de trabalhos iniciais**

188. O RCR3 dedicou um capítulo inteiro a estabelecer mecanismos e instrumentos que motivem a concessionária a se empenhar no cumprimento de suas obrigações em menos tempo e de forma mais eficiente. Para tanto, começa admitindo que concessionária possa ser autorizada a dar início à cobrança da tarifa de pedágio, anteriormente ao prazo estabelecido no contrato de concessão, se atestado o atendimento às obrigações da fase de trabalhos iniciais.

189. Ocorre que o início da cobrança de pedágio, de regra, não depende exclusivamente da conclusão dos trabalhos iniciais. O próprio art. 57 do RCR3 elenca várias outras condições que precisam ser implementadas pela concessionária, de forma que a habilite a dar início à cobrança do pedágio, a exemplo da comprovação da integralização do capital social e operacionalização do mecanismo de contas da concessão.

190. **Se a ideia for liberá-la desses demais compromissos, é preciso que isso seja expressado na norma.**

191. De outro lado, sugerimos a exclusão do parágrafo único do art. 112; não se trata de postergação de autorização, mas sim de não cumprimento de obrigações que são condição para o início de cobrança da tarifa.

Art. 112. (...)

~~Parágrafo único. A concessionária arcará com os efeitos da postergação da autorização para início da cobrança da tarifa de pedágio em razão do atraso na conclusão dos trabalhos iniciais.~~



192. Para a hipótese tratada no art. 113, sugerimos que ele se torne parágrafo do artigo anterior com a seguinte redação, que a nosso ver o deixa mais claro:

Parágrafo único. Para os casos nos quais o início da cobrança da tarifa de pedágio não esteja condicionado à prévia execução de trabalhos iniciais, o contrato poderá estabelecer a retenção de até 25% da receita auferida entre o fim do prazo de cumprimento estabelecido e o efetivo adimplemento da obrigação, a ser revertido à modicidade tarifária.

193. Também parece prudente impor que o contrato preveja a incidência dos acréscimos e decréscimos de que trata o art. 115, razão pela qual propomos:

Art. 115. Como mecanismo de incentivo à conclusão de obrigações da fase de recuperação no prazo estabelecido no contrato ou antecipadamente, poderá o contrato prever a incidência de acréscimo ou redução na tarifa de pedágio, nos seguintes percentuais:

I – acréscimo de 1% (um por cento), em caso de conclusão antecipada em pelo menos 12 (doze) meses do prazo previsto no contrato de concessão;

II – acréscimo de 0,5% (meio por cento), em caso de conclusão antecipada em pelo menos 6 (meses) meses do prazo previsto no contrato de concessão;

III – decréscimo de 1% (um por cento), em caso de conclusão depois de 12 (doze) meses do prazo previsto no contrato de concessão;

IV – decréscimo de 2% (dois por cento), em caso de conclusão depois de 24 (vinte e quatro) meses do prazo previsto no contrato de concessão.

§ 1º Os acréscimos e decréscimos de que trata o caput surtirão efeitos econômico-financeiros apenas no ano de vigência da revisão ordinária em que forem implementados.

§ 2º O decréscimo de que trata o inciso IV do caput será aplicado na revisão ordinária subsequente ao prazo nele previsto, independentemente da conclusão do término da fase de recuperação.

### **Verbas contratuais**

194. O RCR3 optou por elencar, exaustivamente, as verbas que podem ser destacadas no contrato, cujo dispêndio tem uma destinação específica que deverá ser comprovada por meio de prestação de contas. São as seguintes: verba de desenvolvimento tecnológico; verba de segurança no trânsito; verba de verificação; verba de desapropriações; verba de licenciamento ambiental.

195. Há tempos, como é sabido, não mais se fala em verba de aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal. Sendo assim, deixa de fazer sentido a ressalva a que se refere o §2º:

Art. 117. O contrato de concessão poderá prever as seguintes verbas contratuais que deverão ser destinadas pela concessionária:

I – verba de fiscalização;

II – verba de desenvolvimento tecnológico;

III – verba de segurança no trânsito;

IV – verba de verificação;

V – verba de desapropriações;

VI – verba de licenciamento ambiental.

§ 1º Os valores das verbas contratuais constarão do contrato de concessão e serão atualizados anualmente pelo índice de reajuste da tarifa.

§ 2º A destinação das verbas contratuais será atestada em prestação de contas pela Superintendência competente, ~~excepto quanto à verba de aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal.~~

196. Tais verbas deverão estar previstas no contrato, onde constará o exato montante de cada uma delas. O valor ali descrito, por certo, já foi considerado na equação econômico-financeira do contrato.

Art. 118. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da execução de verba contratual será promovida na revisão ordinária subsequente à aprovação da prestação de contas, salvo se já considerada na equação econômico-financeira do contrato de concessão:

~~§ 1º Os gastos que excederem os valores definidos nos contratos de concessão para as verbas contratuais não serão computados na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, exceto em relação a:~~

~~I – verba de verificação;~~

~~H – verba de desapropriações e verba de licenciamento ambiental, quando os respectivos riscos forem alocados pelo contrato de concessão ao Poder Concedente;~~

~~III – qualquer outra verba, por determinação do Poder Concedente, Fato do Príncipe ou Fato da Administração.~~

§ 1º A responsabilidade em caso de extrapolação do valor definido para as verbas contratuais se dará conforme disciplinado na matriz de riscos.

197. Quanto à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que decorra da extrapolação do valor definido, parece-nos mais adequado remeter à alocação de riscos estabelecida em contrato. Eventualmente, cada contrato poderá prever um compartilhamento dessa "conta", ou atribuir o risco exclusivamente a uma das partes.

198. É verdade que os contratos podem ser modificados para que uma determinada verba deixe de ser exigida. Para tanto, não basta determinação da Diretoria, mas celebração de aditivo nesse sentido. Por essa razão sugerimos:

art. 118 (...)

§ 3º Caso constatado que nenhum montante ou parcela significativa de seu saldo foi utilizado, o contrato pode ser alterado para deixar de exigir determinada verba, mediante respectiva recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 119. Ato da Superintendência competente ~~poderá~~ disciplinará os requisitos, o processamento, a fiscalização e a prestação de contas das verbas contratuais.

### Verba de desenvolvimento tecnológico

199. De início, como se optou por não mais chamar de *recurso* de desenvolvimento tecnológico, mas *verba*, seria bom também alterar a sigla RDT.

200. Não vislumbramos razão para impedir que concessionárias que não sejam do mesmo grupo econômico se unam na execução de um projeto. Sugerimos, assim, a exclusão da limitação:

Art. 126. Os projetos de pesquisa e desenvolvimento poderão ser executados pelas concessionárias:

I – individualmente; ou

II – em conjunto com outras concessionárias ~~do mesmo grupo econômico~~, desde que reste demonstrada a destinação individualizada dos recursos por concessionária e por etapa do projeto, vedada a confusão patrimonial e de gestão.

201. De outra banda, constata-se que o RCR3 inova ao atribuir à concessionária, e não mais à ANTT, a **propriedade** do produto da aplicação da verba de desenvolvimento tecnológico. À ANTT foi cedido *os direitos de uso e fruição*.

202. Ocorre que, a exemplo do que já havíamos afirmado em outro parecer sobre recurso de desenvolvimento tecnológico a cargo das concessionárias que exploram infraestrutura ferroviária, deve-se sempre partir da premissa segundo a qual o uso dessa verba deve servir ao interesse público, e **não** se presta a atender exclusivamente a interesses dos concessionários. Ou seja, o produto fruto da verba de desenvolvimento é público e tem a finalidade de desenvolver todo o setor, mesmo porque ele decorre da aplicação de verba contratual arcada, em última instância, pelos usuários pagantes da tarifa de pedágio.

203. Talvez seja possível alguma espécie de compartilhamento de propriedade intelectual; mas o que deve importar é que todo o setor seja beneficiado com a inovação, com o que for obtido com esses projetos.

204. Sendo assim, fez bem o § 3º do art. 129 em deixar claro que os produtos decorrentes da aplicação da verba para desenvolvimento tecnológico poderão ser aplicados na respectiva concessão ou *em qualquer sistema rodoviário concedido ou de domínio público*. Mas seu uso nessas hipóteses há de ser gratuito, o que conflita com a propriedade atribuída unicamente à concessionária no *caput* do mesmo artigo.

205. Recomendamos, então, que se discipline melhor a destinação desses produtos, de modo que fique claro que a sua fruição - gratuita - também poderá ser cedida a terceiros interessados.

206. Coerentemente, dada a imprescindibilidade de que o produto da utilização da verba de desenvolvimento tecnológico seja público, propomos a seguinte redação:

Art. 129. Os produtos decorrentes da aplicação da verba para desenvolvimento tecnológico são de propriedade da ANTT.

§ 1º Aos demais órgãos e entidades do Poder Concedente será assegurada cessão irrestrita, a título gratuito, dos direitos de uso e fruição das invenções, sistemas, técnicas, procedimentos e demais produtos, e respectivas atualizações supervenientes, decorrentes do projeto de pesquisa e desenvolvimento.

§ 2º Na divulgação dos produtos realizados em decorrência das atividades apoiadas com recursos da verba para desenvolvimento tecnológico deverá ser feita referência à ANTT.

§ 3º Os produtos decorrentes da aplicação da verba para desenvolvimento tecnológico poderão ser aplicados na respectiva concessão ou em qualquer sistema rodoviário concedido ou de domínio público; e deverão ser disponibilizados pela concessionária, a título gratuito, a quaisquer interessados.

### **Verba de verificação**

207. Verifica-se que o RCR3 replica norma do RCR2:

RCR3:

Art. 135. A concessionária depositará mensalmente a verba de verificação em conta vinculada da concessão, caso existente, ou diretamente ao verificador, correspondente a duodécimo do valor anual contratado.

Parágrafo único. A verba de verificação somente será transferida após expedição de ordem de serviço pela Superintendência competente, após ateste da prestação de serviço.

RCR2:

Art. 211. O verificador será remunerado, após ateste da prestação do serviço pela Superintendência competente, com recursos decorrentes da verba de verificador.

§ 1º A verba de verificador será depositada pela concessionária:

I - em conta vinculada da concessão, caso existente, para posterior liberação ao verificador; ou

II - diretamente ao verificador.

208. Sugerimos assim **exclusão do art. 135**, sabendo-se da impropriedade de disciplinar a mesma matéria em normas diferentes.

### **Levantamento de necessidades**

209. A partir do art. 144 da minuta da resolução, pretendeu-se criar um mecanismo periódico de levantamento de necessidades que oportunize, não só à concessionária, mas às entidades representativas de usuários, aos municípios e Estados interessados e à comissão tripartite atuante na rodovia, apresentarem propostas de inclusão, alteração, reprogramação e exclusão de obras e serviços ou alteração de escopo, parâmetros técnicos e de desempenho previstos no contrato de concessão.

210. É bem verdade que os contratos atribuem, de regra, o prazo de cinco anos para que a ANTT se debruce sobre o contrato, o examine com cautela para, fazendo um levantamento das necessidades, possa se entender pela alteração ou não do contrato, com a consequente promoção do reequilíbrio contratual, se for o caso.

211. Contudo, vê-se que não foi estabelecida, no RCR3, qual seria a periodicidade com que a Agência promoveria esses levantamentos. A ideia é que se mantenha, de forma perene, a coleta dessas informações, em proveito da agilidade na implementação do que se mostrar necessário à exploração do sistema rodoviário. Não há, de fato, qualquer impedimento a que a Agência procedimentalize o recebimento de pleitos vários, da sociedade organizada ou de entes públicos, sobre melhorias e adequações a serem feitas no sistema rodoviário, a qualquer tempo e não exclusivamente quando efetivamente instaurada a revisão quinquenal.

212. Sugerimos assim a seguinte redação:

**Art. XX.** O levantamento de necessidades da concessão consiste em procedimento de caráter permanente e contínuo, que tem por objetivo acompanhar o desenvolvimento do contrato e fornecer subsídios para a realização da Revisão Quinquenal da Concessão, garantindo sua eficácia e adequação ao interesse público.

§§ O levantamento de necessidades, por sua natureza dinâmica, não se restringirá apenas à finalidade da Revisão Quinquenal, podendo seus resultados e análises serem empregados a qualquer momento para embasar eventuais alterações contratuais que se fizerem necessárias para o aprimoramento do serviço prestado.

§§ Cabe à Superintendência competente a tarefa de conduzir o Levantamento de forma diligente e precisa, assegurando que os dados e informações coletados reflitam fielmente as demandas e necessidades surgidas ao longo da vigência do contrato de concessão.

**Art. XX.** O levantamento de necessidades deverá ser abrangente, incorporando tanto os elementos colhidos diretamente pela ANTT como também as propostas provenientes da concessionária, da sociedade civil e demais partes interessadas.

§§ A ANTT deverá adotar medidas para garantir a participação ativa e democrática da sociedade no processo de levantamento de necessidades, podendo promover reuniões e outros mecanismos de consulta e audiências públicas, quando cabíveis, visando assegurar a representatividade e diversidade de perspectivas no diagnóstico das necessidades da concessão.

§§ A concessionária deverá cooperar de forma proativa no processo de levantamento de necessidades, fornecendo informações relevantes e propondo soluções que contribuam para aprimorar a eficiência e qualidade do serviço prestado.

213. O detalhamento das minúcias procedimentais podem ser feitos por meio de portaria do Superintendente, sem que haja necessidade de se valer de resolução para tanto.

### **Revisões Contratuais**

214. Pedimos vênias, nesse ponto, para propor uma redação que parece ordenar melhor as ideias e dar maior clareza aos institutos, sem, contudo, divergir da versão original.

215. Preocupou-nos, nesse intento, enxugar a norma, de forma a excluir dispositivos meramente procedimentais que podem ser objeto de instrução normativa, o que facilita eventuais modificações e atualizações posteriores.

216. Nestes termos, propomos:

## REVISÕES CONTRATUAIS

### Seção I

#### Disposições gerais

Art. 138. As revisões tarifárias do Contrato de Concessão poderão ser ordinárias ou extraordinárias, de acordo com as ocorrências que deem causa à revisão, conforme previsto neste Capítulo.

Parágrafo único. A Revisão Quinquenal da Concessão consiste em procedimento periódico destinado a promover a análise da evolução do cumprimento das obrigações e da necessidade de atualização e modernização contratual, bem como a determinar a alteração do contrato como forma de atender ao interesse público, tendo seus eventuais impactos tarifários processados por meio de revisão tarifária.

Art. 141. Quaisquer erros identificados no processo de revisão tarifária, seja quanto ao mérito, seja quanto aos cálculos, poderão ser corrigidos em revisão tarifária seguinte.

Art. 142. A não apresentação pela concessionária das manifestações, documentos, estudos, projetos e demais informações nos prazos de que tratam este Capítulo ou a apresentação de informação incompleta não prejudicará o regular andamento do respectivo processo de revisão.

Parágrafo único. A Superintendência competente poderá diligenciar junto à concessionária para que esta envie, em até 15 (quinze) dias ou outro prazo indicado, documentação ou informação complementar.

Art. 143. Ato da Superintendência competente estabelecerá o calendário das revisões dos contratos de concessão.

### Seção II

#### Revisão tarifária ordinária

Art. 148. A revisão ordinária será processada conjuntamente com o reajuste tarifário, com periodicidade anual, por iniciativa da Superintendência competente, com efeitos tarifários a serem implementados na data estabelecida no contrato de concessão.

Art. 149. Na revisão ordinária serão considerados exclusivamente os seguintes elementos, relativos ao ano concessão anterior, além de eventuais impactos residuais de eventos pretéritos:

I – as diferenças de receita apuradas entre as datas de reajuste decorrentes de:

- a) aplicação do índice de reajuste da tarifa;
- b) arredondamento da tarifa do reajuste anterior;
- c) atraso na implementação de reajuste;
- d) oscilação do tráfego real em relação ao tráfego projetado na definição dos fluxos de caixa marginal;

II – as repercussões de antecipação e de inexecução de obra ou serviço previsto no contrato de concessão, no âmbito do fluxo de caixa ou mediante aplicação de Fator A e Fator D;

IV – impacto tarifário relativos à conclusão de obras ou serviços, inclusive em razão da aplicação de Fator E;

V - eventos que gerem impacto exclusivamente sobre as receitas de pedágio da concessionária ou sobre as verbas contratuais, por meio de Fator C ou via fluxo de caixa.

VI – impacto de instrumento de incentivo decorrente de antecipação ou atraso das fases de trabalhos iniciais e de recuperação.

Art. 150. O procedimento relativo à revisão ordinária e reajuste da tarifa de pedágio será estabelecido por norma própria, editada pela ANTT.

Parágrafo único. Será assegurado à concessionária o direito de apresentar recurso à Diretoria em face da decisão da Superintendência competente, em questões relativas ao processamento ou ao mérito da revisão ordinária, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação do ato.

Art. 151. Pactuada a extensão de prazo da concessão ou a relicitação, a revisão ordinária observará a nova data de reajuste fixada no termo aditivo respectivo.

Parágrafo único. O valor residual dos eventos de desequilíbrio do período que anteceder a celebração do termo aditivo poderá ser apurado em haveres e deveres.

#### Seção IV

##### Revisão tarifária extraordinária

Art. 152. A revisão extraordinária da tarifa de pedágio tem por finalidade a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em razão da ocorrência de eventos de risco ou de alterações promovidas no contrato de concessão e será processada de ofício, pela Superintendência competente, ou por provocação da concessionária.

§ 1º A revisão extraordinária será processada a qualquer tempo quando o impacto econômico-financeiro do evento ou do conjunto de eventos de desequilíbrio ocorridos ultrapassar, dentro do período de 12 meses, o valor equivalente aos seguintes percentuais da receita bruta anual do exercício financeiro anterior ao requerimento:

I – 7% (sete por cento), caso a receita bruta anual do exercício financeiro anterior seja até R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais);

II – 5% (cinco por cento) ou R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais), o que for maior, caso a receita bruta anual do exercício financeiro anterior seja entre R\$ 300.000.000,01 (trezentos milhões de reais e um centavo) e R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais);

III – 3% (três por cento) ou R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), o que for maior, caso a receita bruta anual do exercício financeiro anterior seja acima de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais).

§ 2º A revisão extraordinária será processada no máximo a cada 5 (cinco) anos, caso não sejam verificadas as circunstâncias previstas no §1º.

Art. 153. O processo de revisão extraordinária realizado a cada 5 (cinco) anos consolidará os impactos econômico-financeiros dos eventos de desequilíbrio já apurados nos respectivos processos administrativos, desde a realização da revisão extraordinária anterior.

Art. 154. O procedimento da revisão extraordinária da tarifa observará regulamentação específica da ANTT.

### **Da revisão quinquenal**

217. Quanto ao regramento da revisão quinquenal, pedimos vênias uma vez mais para, reescrevendo alguns dos dispositivos da minuta e realocando outros, propor uma versão distinta (**que segue em anexo a este Parecer**) que, no entanto, pouco difere da versão original da minuta do RCR3.

218. Há tempos essa Procuradoria vem constatando um desvirtuamento do conceito de *revisão quinquenal*, o que tem dado causa a discussões indesejáveis e a um entrave no desenrolar dos trâmites dessas revisões na Agência. Isso porque, segundo a leitura que as concessionárias fazem, por vezes escoradas em norma da Agência talvez não tão clara como deveria, credita-se à revisão quinquenal o múnus de servir exclusivamente aos seus próprios interesses, um momento no qual seus pleitos e queixas seriam acolhidos e os descompassos no cumprimento contratual pudessem ser corrigidos.

219. Fez-se parecer que a realização da revisão quinquenal seria, portanto, um *direito subjetivo* da concessionária, uma garantia de que esse seria o instrumento por meio do qual a concessionária veria enfim atendidas suas pretensões de ter a equação contratual reequilibrada, por óbvio, a seu favor. Ocorre que nunca foi essa a razão de ser da revisão quinquenal, em nenhum dos contratos já firmados até então pela Agência. A revisão quinquenal não tem por

escopo promover reequilíbrio econômico-financeiro do contrato algum. Eventualmente, da revisão quinquenal pode decorrer a constatação de necessidade de alterações contratuais, e como **resultado** dessas modificações que ela própria promover, aí sim, pode-se revelar necessária a devida recomposição do equilíbrio contratual.

220. É preciso ter em mente que a revisão quinquenal se presta, exclusivamente, a ajustar o contrato às condições dinâmicas do **serviço público prestado**, não às necessidades da concessionária. Ou seja, a revisão quinquenal não é direito da concessionária, mas prerrogativa do Poder Concedente de avaliação dos ajustes que considerar necessários ao contrato.

221. Deve representar, portanto, o momento no qual a Administração se debruça a aferir se as obrigações contratuais permanecem condizentes com as demandas do sistema rodoviário, se determinado parâmetro exigido até então merece ser adequado, se a curva de tráfego está a impor intervenções distintas, mais ou menos dispendiosas para a concessionária.

222. E sendo essa a premissa a partir da qual se enxergava a revisão quinquenal, o procedimento acabava sendo protagonizado pela concessionária: sua instauração pressupunha provocação da concessionária, pois cabia a ela apresentar *proposta de revisão quinquenal*; a instrução ficava refém do que a concessionária considerava devido apresentar, e em vários momentos a regular tramitação da revisão quinquenal ficava condicionada à manifestação da concessionária.

223. Para mudarmos essa ótica, deve passar a recair exclusivamente sobre a ANTT o julgamento sobre ser devida ou não determinada inclusão, exclusão de obra ou serviço, afastamento ou imposição de obrigação nova, razão pela qual deve trazer para si protagonismo ao longo da revisão quinquenal, ainda que, por óbvio, ouvida a concessionária.

224. Nesse trilhar é que a minuta que ora propomos busca estabelecer **procedimento** mais simplificado que retira o protagonismo atribuído à concessionária, sem afastá-la, contudo, do debate; passa-se a admitir, eventualmente, a dispensa de processo de participação e controle social se a Agência já tiver obtido, no levantamento de necessidades, elementos suficientes para decidir; e mantém perene, como proposto pelo RCR3, o procedimento de levantamento de necessidade, de modo a garantir celeridade à revisão quinquenal.

225. Com isso, espera-se que a norma reflita o verdadeiro papel para o qual se criou essa hipótese de revisão, do modo a tornar possível dar-lhe efetividade, permitindo alcançar seu real propósito em menor prazo.

226. Vale, por fim, lembrar que as disposições acerca da revisão quinquenal são meramente **procedimentais**, traçam rotinas a serem seguidas pela Agência, oportunizam prazo para manifestação da concessionária e da sociedade civil organizada, fixam trâmites para o levantamento de necessidades, o que significa dizer que, por sua natureza, podem ter vigência imediata, e são de pronto aplicáveis, mesmo em relação a processos em andamento.

227. A isso se soma o fato de que, como é sabido, há revisões quinquenais em andamento na Agência, cujo avanço das discussões tem sido pouco efetivo, muito em razão dos entraves procedimentais da norma vigente. À evidência, a experiência recente da ANTT tem demonstrado que os trâmites da quinquenal, segundo a resolução atual, tem imposto uma morosidade inadequada ao procedimento, e as diversas fases lá estabelecidas acabaram por dificultar que a revisão quinquenal enfim chegue a seu termo, com a conclusão acerca da necessidade ou não de ajustes contratuais.

228. Por óbvio, a ninguém interessa, nem à ANTT nem à concessionária, e menos ainda ao cidadão usuário da rodovia, que tal procedimento se arraste por tanto tempo sem que se consiga alcançar o fim a que se propõe, em razão do estabelecimento de um roteiro que, hoje, se mostra despropositado e ineficiente.

229. Não restando dúvida de que a *norma* puramente processual tem eficácia a partir da data de sua *vigência*, **conservando-se os efeitos dos atos já praticados**, é preciso dizer que, em nome do princípio da eficiência, é dever da ANTT implementar, de pronto, as novas regras, sabendo-se que, sem prejuízo do devido debate, é possível simplificar o procedimento, permitindo assim que a Agência se desincumba do dever de concluir as revisões quinquenais pendentes.

230. Com isso, sugerimos que, como exceção, seja previsto o início de vigência das normas acerca da revisão quinquenal **ao tempo da publicação desta resolução**. Nesse sentido, propusemos redação distinta ao art. 192 abaixo.

## Mecanismos de contas

231. Vê-se que o RCR3 não pretendeu esgotar todas as possíveis *contas da concessão*, listando apenas aquelas consideradas imprescindíveis: conta centralizadora; conta de ajuste; conta de livre movimentação da concessionária. Isso significa dizer que cada contrato poderá prever outras contas que se mostrem necessárias para aquele determinado projeto.

232. Dentre as disposições gerais, cumpre alertar para o fato de que não cabe à Agência estabelecer comandos aos bancos que custodiarão as contas. Os dispositivos devem ter como destinatários as concessionárias; elas é que serão obrigadas a firmar contratos bancários com determinadas características e especificidades. Ou seja, melhor impor que o contrato de custódia os obrigue a tanto.

233. Dessa forma, propomos:

Art. 173 (...)

§ 4º No contrato de custódia, o banco depositário deverá se obrigar a cumprir todas as disposições constantes das notificações expedidas pela ANTT.

Art. 174. O contrato de custódia deverá estabelecer a obrigatoriedade de que o banco depositário assegure à ANTT e à concessionária acesso em tempo real, por sistema informatizado, ao saldo das contas da concessão.

§ 1º O contrato de custódia deverá prever que, quando solicitado pela ANTT e pelos agentes legitimados pelo contrato de concessão ou de custódia, o banco depositário deverá enviar, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, informações sobre as contas da concessão, incluindo extratos e históricos de investimentos, depósitos e transferências.

§ 2º O contrato de custódia poderá prever ainda que o banco depositário, havendo interesse em cessar a prestação do serviço, deverá comunicar a concessionária e a ANTT com no mínimo 120 (cento e vinte) dias de antecedência, período durante o qual deverá a concessionária apresentar outra instituição interessada em administrar as contas da concessão.

234. Coerentemente ao que havíamos dito em relação ao acordo direto, temos que se a ANTT figurará como parte interveniente desse contrato de custódia, não vislumbramos possibilidade de dispensar a sua apreciação pela Diretoria, ainda que o ajuste pretendido reproduza os exatos termos do que consta como "modelo" constante do edital; de um jeito ou de outro, se a Agência é parte no instrumento, necessariamente sua celebração dependerá, no caso concreto, de aprovação da Diretoria para sua posterior assinatura. Propomos então a exclusão da parte final do § 2º do art. 170:

Art. 170 (...)

§ 2º O contrato de custódia será aprovado pela Diretoria antes de sua assinatura, ~~exceto quando adotada a minuta padrão aprovada por ato da Superintendência competente ou minuta anexa ao edital da licitação, de natureza referencial e não vinculante aos contratos a serem celebrados.~~

## **Alterações na Primeira norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias – Resolução nº 5.950, de 20 de julho de 2021**

235. O Capítulo XII da minuta ora discutida cuidou de alterar dispositivos e incluir novos na primeira das normas do Regulamento das Concessões Rodoviárias, editada pela Resolução nº 5.950, de 20 de julho de 2021.

236. Dentre outras alterações, quer fazer incluir regramento a respeito da classificação das concessionárias, prevendo período inicial no qual as notas que elas obtiverem tenham apenas caráter informativo. Como a norma já foi publicada, ainda em 2021, não faz sentido acrescentar dispositivo que leve em conta a data de sua publicação. Por essa razão, sugerimos:

“Art. 29-A. Até XX de XX de 202..., a ANTT divulgará a classificação das concessionárias para fins meramente informativos.



§ 1º Até 31 de dezembro de 2024, às concessionárias será dispensado tratamento regulatório equivalente à classe B.

§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2025, às concessionárias será dispensado o tratamento regulatório aplicável de acordo com a classe observada na classificação aprovada para o respectivo biênio.”  
(NR)

### **Alterações na Segunda Norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias**

237. Para que fique mais claro, sugerimos:

“Art. 40. ....

§ 1º Os custos relacionados à contratação de estudos, projetos executivos e orçamentos relativos a obras e serviços não previstos inicialmente no contrato de concessão, desde que não objetado pela Superintendência competente, serão objeto de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na revisão extraordinária ~~ou revisão quinquenal~~ subsequente à sua não objeção:

I – quando solicitada pela ANTT sua apresentação, independentemente da formalização de inclusão da obra ou serviço no contrato de concessão ~~pela Diretoria;~~

II – quando apresentados espontaneamente pela concessionária, apenas se formalizada a inclusão da obra ou serviço no contrato de concessão por meio de termo aditivo ~~pela Diretoria.~~

238. Pode parecer preciosismo, mas é preciso ter em mente que não é a Diretoria que inclui obra ou serviço no contrato; modificação contratual imprescinde de celebração de aditivo para tanto.

239. Parece ter havido equívoco na referência feita ao art. 58. As modificações pretendidas têm como objeto, na verdade, o art. 57 do RCR2.

240. Outro equívoco parece ter ocorrido na nova redação que se pretende dar ao art. 68 que substituiria, na integralidade, a versão anterior que cuidava da celebração de contrato de permissão de uso pelo terceiro interessado.

Redação original:

Art. 68. Autorizado o projeto de interesse de terceiro, a concessionária e o terceiro interessado deverão celebrar contrato de permissão especial de uso, disciplinando as obrigações das partes, observado o disposto na autorização.

§ 1º A concessionária deverá protocolar cópia do contrato de permissão especial de uso e de seus termos aditivos na Unidade Regional, em até 30 (trinta) dias da sua celebração.

§ 2º A concessionária poderá solicitar alterações no contrato de permissão especial de uso, após manifestação do terceiro, justificando a necessidade de alteração da autorização.

§ 3º A autorização caducará caso o projeto de interesse de terceiro não seja executado no prazo previsto no contrato de permissão especial de uso.

Proposta do RCR3:

“Art. 68. É obrigatória a submissão de projeto de interesse de terceiro à prévia aprovação pela Superintendência competente:

I – se o projeto constituir polo gerador de viagens; II – se a implementação do projeto exigir intervenção em terrapleno ou em obra de arte especial.

§ 1º A Superintendência competente decidirá quanto à autorização do projeto de interesse de terceiro de que trata o caput no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do protocolo da solicitação, mediante ato publicado na página oficial da ANTT e em extrato no Diário Oficial da União.....” (NR)

241. Se sobreposta a nova redação, o RCR2 deixará de ter previsão da celebração do CPEU por quem tiver o projeto de interesse de terceiro aprovado. Não parece ser o que se quer nesse momento. Não sendo essa a intenção, há de

ser alterado o dispositivo para art. 67-A ou art. 68-A.

242. Parece haver, aqui também, equívoco na numeração do parágrafo, o que merece ser conferido pela SUOD. Sem prejuízo, propomos ainda uma redação que nos parece mais compreensível:

“Art. 90. (?).....

§ 3º A adoção de medidas preparatórias ~~promoção dos atos~~ à desapropriação antes da emissão de declaração de utilidade pública ~~da celebração de termo aditivo ou de aprovação da inclusão ou alteração da respectiva obra em revisão~~ poderá ser realizada pela concessionária por sua conta e risco, não importando em desequilíbrio econômico-financeiro caso a obra não venha a ser incluída ou alterada no contrato de concessão.” (NR)

243. Optamos por considerar a expedição de DUP um marco devido, levando em conta que ela só será emitida quando e se determinada obra, segundo os limites definidos, estiver formalmente prevista em contrato.

244. A minuta do RCR3 parece se equivocar também em relação às referências feitas aos arts. **136, 140, 157, 217 e 234** da Segunda norma que se pretende alterar nesse momento. As proposições de alterações não correspondem aos dispositivos mencionados. Com isso, fica prejudicada a nossa análise.

### **Disposições finais e transitórias**

245. Chegando ao final da norma, propomos:

Art. 180. Para os contratos de concessão celebrados antes da entrada em vigor **deste** Regulamento das Concessões Rodoviárias, a concessionária deverá adotar as seguintes providências, em até 6 (seis) meses da entrada em vigor desta Resolução:

Art. 181. A aplicação das seguintes regras depende de adesão ao Regulamento das Concessões Rodoviárias pela concessionária, para os contratos de concessão celebrados antes da sua entrada em vigor:

I – a adoção dos instrumentos de incentivo de que trata o Capítulo VIII.

~~H - direito a requisição de até 30% do montante de obras repactuadas em revisão quinzenal, nos termos do §9º do art. 163.~~

246. Diante do que propusemos em relação à revisão quinzenal, deixa de fazer sentido essa figura de "requisição" de percentual do montante de obras.

Art. 183. Para os contratos de concessão já celebrados na data de entrada em vigor **deste** Regulamento das Concessões Rodoviárias, nos quais haja previsão do compartilhamento de receita não tarifária, será revertida à modicidade tarifária em revisão ordinária a receita não tarifária líquida após deduzidos os valores relativos a tributos e o montante estabelecido no contrato de concessão para apropriação da receita bruta pela concessionária:

247. Uma redação melhor parece ser a seguinte:

Art. 185. Para os contratos de concessão ~~já celebrados na data de entrada em vigor do Regulamento das Concessões Rodoviárias~~ que prevejam a incidência do desconto de reequilíbrio de forma integral, independentemente do grau de inexecução da obrigação, aplica-se o disposto no § 2º do art. 103, em caso de adesão **a este** Regulamento pela concessionária.

Parágrafo único. O termo aditivo de adesão ao Regulamento das Concessões Rodoviárias definirá o cálculo do desconto de reequilíbrio proporcional à extensão da inexecução.

Art. 186. Para os contratos de concessão já celebrados na data de entrada em vigor **deste** Regulamento das Concessões Rodoviárias que prevejam Fator C em que haja adesão ao Regulamento pela concessionária, serão ajustadas:

Art. 192. Esta Resolução entra em vigor:

~~I - em 1º de dezembro de 2024, quanto às regras de revisão quinquenal, constantes da Seção IV, do Capítulo X.~~

I - na data de sua publicação, quanto às regras de revisão quinquenal;

II - em 1º de fevereiro de 2024, quanto aos demais dispositivos.

### **Concessão Polo Pelotas**

248. O Regulamento das Concessões Rodoviárias é norma geral, abstrata e, por essa razão, não deve possuir destinatário certo e determinado. Parece, assim, descabido o tratamento dado pelo art. 184:

Art. 184. Ao contrato de concessão de exploração da infraestrutura rodoviária das rodovias BR-116/392/RS – Polo de Pelotas não se aplica a taxa de reajuste conforme o disposto no § 1º do art. 86, prevalecendo a regra original do contrato de concessão para reajuste da tarifa de pedágio, mesmo em caso de adesão pela concessionária ao Regulamento das Concessões Rodoviárias.

249. Ainda que seja esse o entendimento em relação a esse contrato de concessão em específico, tal conclusão deve ser fruto de interpretação da Agência acerca da aplicabilidade da norma. Sugerimos, dessa forma, a exclusão do dispositivo, sem que isso represente prejuízo ao posicionamento que se quis firmar.

### **Aditivo contratual. Desconto de reequilíbrio**

250. Pretende o art. 189 fixar o prazo de 02 anos para se celebre aditivo previsão de desconto de reequilíbrio sobre as inexecuções no âmbito dos contratos de concessão que contemplem plano de negócios; contudo, a norma nos parece demasiadamente aberta, merecendo um detalhamento maior de como se dará esse mecanismo, segundo quais critérios e condições.

### **Vigência**

251. Coerentemente ao que havíamos dito acima, acerca da vigência imediata de **normas procedimentais**, sugerimos:

Art. 192. Esta Resolução entra em vigor:

~~I - em 1º de dezembro de 2024~~ na data de sua publicação, quanto às regras de revisão quinquenal, constantes da Seção IV, do Capítulo X.

II - em 1º de fevereiro de 2024, quanto aos demais dispositivos.

252. Para além do fato de se tratar de norma procedimental, de aplicação imediata mesmo em processos já instaurados, a sua imediata implementação representaria um grande ganho à celeridade das revisões em andamento.

253. Por essa razão, é preciso reconhecer tratar-se de hipótese de urgência, justificada pela enorme dificuldade que a Agência vem enfrentando para concluir as revisões quinquenais em andamento, fazendo com que reste atendido o que dispõe o art. 4º do Decreto nº 10.139/2019:

Art. 4º Os atos normativos estabelecerão data certa para a sua entrada em vigor e para a sua produção de efeitos:

I - de, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação; e

II - sempre no primeiro dia do mês ou em seu primeiro dia útil.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses de urgência justificada no expediente administrativo.

### **Acordo Direto**

254. No ANEXO I do RCR3, decidiu-se por incorporar à norma minuta de acordo direto, cujas disposições se prestam a disciplinar, previamente, os termos e as condições para exercício pelos financiadores dos direitos conferidos pelo art. 27-A da Lei nº 8.987/1995.

255. O acordo direto, anteriormente chamado de *acordo tripartite*, não é propriamente uma novidade, e uma primeira versão dele já consta como anexo em alguns contratos de concessão mais recentemente firmados pela ANTT.

256. Contudo, a minuta que acompanha o RCR3 inova em muitos aspectos, e segundo informa a SUOD, seria fruto de discussões havidas ao longo da elaboração dos documentos jurídicos que integram os procedimentos licitatórios do trecho da BR040 (Belo Horizonte/MG - Cristalina/GO), apelidado de Rota dos Cristais, nesse momento pendente de análise pelo Tribunal de Contas da União.

257. Sem embargo dos apontamentos que faremos a seguir, chama nossa atenção o fato de, em tópico dessa relevância, ter sido recebida uma única contribuição na Audiência Pública nº 04/2023. É bem verdade que o então acordo tripartite já compunha os vários documentos jurídicos divulgados em audiências públicas que precedem os leilões, porém como mais um anexo dos muitos que compõem toda a documentação/estudos que envolvem o projeto em vias de ser licitado.

258. Fato é que a Agência não tinha, até então, dedicado procedimento de participação e controle social em que se pudesse discutir, especificamente, esses institutos da assunção do controle ou a administração temporária da concessionária pelos financiadores; possivelmente, no universo de mais de 190 artigos do RCR3, não foi dada, pela sociedade organizada e em especial, pelos agentes financiadores, a atenção devida ao acordo direto.

259. Dada a importância desse regramento e a imprescindibilidade de que as suas disposições estejam claras o bastante e sejam capazes de inspirar a confiança dos agentes financiadores, parece-nos recomendável que o acordo direto seja objeto de procedimento apartado de controle e participação social, ainda que por instrumento mais célere e mais direcionado aos players interessados.

260. Sem prejuízo dessa recomendação, constatamos que a minuta final trouxe uma série de inovações em relação à versão que foi levada à audiência pública, o que também, em última medida, reforça a necessidade de oportunizar o efetivo debate de suas disposições. Por exemplo, foi excluído todo o item sobre "troca de informações pelas partes" e sobre "notificação entre as partes", foi bastante alterado o rol dos "eventos de alerta", foi também integralmente suprimido o item sobre "solução de divergências".

261. Não obstante, registramos aqui o que nos aparenta ser mais sensível: (i) exclusão do Relatório de Situação Regulatória; (ii) compromissos assumidos pela ANTT sem previsão em norma; (iii) aprovação tácita de plano de reestruturação.

262. De início, não nos pareceu clara a razão pela qual excluiu-se a obrigatoriedade de elaboração, pela ANTT, de Relatório de Situação Regulatória, oportunidade em que, anualmente, o Agente tomaria pé do *status regulatório* da Concessionária. Tal previsão, excluída na versão final, parecia bem atender à preocupação com a transparência acerca da gestão contratual, cujo contexto merece ser do conhecimento do Agente.

263. A minuta do acordo direto elenca as várias medidas de que se poderia lançar mão no período de reestruturação, a exemplo da reprogramação de obrigações vencidas e vincendas, desconto para pagamento da totalidade de penalidades:

8.4 O Plano de Reestruturação ou sua readequação a ser apresentado pelo Agente poderá considerar a adoção das seguintes medidas, isolada ou cumulativamente:

- a) reprogramação de obrigações vencidas e vincendas, desde que saneadas as inexecuções de caráter prioritário nos 2 (dois) primeiros anos;
- b) desconto de até 40% (quarenta por cento) sobre a totalidade de penalidades aplicadas, transitadas em julgado ou não e não inscritas em dívida ativa, quando renunciado o direito de recurso e acordada a forma de pagamento;
- c) redução dos parâmetros de desempenho, quando essas medidas forem essenciais à manutenção da viabilidade econômico-financeira da Concessionária, preservando, em qualquer caso, a continuidade e regularidade da prestação dos serviços públicos;
- d) limitação dos descontos relativos aos Fatores C e D em relação às obrigações previstas no Plano de Reestruturação, os quais serão calculados normalmente, ficando suspensa sua aplicação para além do previsto no Plano de Reestruturação, considerando a incidência do art. 2º, IV, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999;
- e) prorrogação do prazo da concessão, até o limite previsto no Contrato; e
- f) outra(s) medida(s) sugerida(s) pelo Agente, desde que expressamente aceita(s) pela ANTT.

264. Contudo, comprometer-se de antemão à redução de parâmetros de desempenho, prorrogação do prazo da concessão, e à limitação de aplicação de Fator C e D pode importar em malferimento de dispositivo legal que veda, na hipótese de assunção do controle ou administração temporária pelo financiador, alteração de obrigações contratuais.

265. Assim dispõe o §2º do art. 27-A da Lei nº 8.987/95:

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

(...)

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do **caput** deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

266. Ninguém duvida da legalidade e do proveito na adoção de ajustes contratuais que contribuam para o sucesso da reestruturação da concessão e na retomada do cumprimento das obrigações contratuais (a exemplo do que é feito em termos de ajustamento de conduta). É preciso ter cuidado, no entanto, em não desvirtuar o instrumento contratual ou flexibilizá-lo a ponto de parecer violada a vedação legal.

267. E mais, quanto aos descontos de reequilíbrio, o disposto no Acordo Direto excepciona regra do RCR3 sem que tenha essa previsão na própria norma. Por exemplo, no §1º do art. 83, veda o parcelamento do desconto de reequilíbrio referente às inexecuções (Fator D), sem elencar qualquer exceção.

268. Por fim, nesse ponto, o acordo direto admite, equivocadamente a nosso ver, a possibilidade de **aprovação tácita** do plano de reestruturação:

8.4.4 O Plano de Reestruturação será considerado aprovado caso não haja manifestação da ANTT no prazo previsto na cláusula 8.3.2.2., liberando o Agente para adotar as medidas necessárias ao exercício do direito dos financiadores e reestruturação da concessão, exceto as medidas que dependam de apreciação específica por parte da ANTT, tais como o relaxamento de obrigações contratuais ou outras alterações no contrato de concessão.

269. De um jeito ou de outro, dada a repercussão do plano de reestruturação, não parece adequado admitir a sua aprovação tácita; afinal, o exercício dos direitos de Administração Temporária ou da Assunção do Controle Societário invariavelmente demandarão a elaboração de um plano de reestruturação, cujos termos, condições, etapas não podem ser definidos à revelia da ANTT.

270. E mais, não existe, na minuta de acordo, cláusula 8.3.2.2; a referência merece, pois, ser corrigida, se porventura se optar por manter o dispositivo.

---

### 3. CONCLUSÃO

---

271. Diante do exposto, reiterando os elogios ao complexo trabalho desenvolvido pela SUROD, concluímos pela possibilidade de aprovação do Relatório Final de Audiência Pública (SEI 16998815), pela Diretoria Colegiada da Agência, precedida, contudo, **do retorno dos autos àquela Superintendência para que conheça nossas recomendações e sugestões acerca da minuta de resolução e as acolha, se assim entender devido.**

É o parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2023.

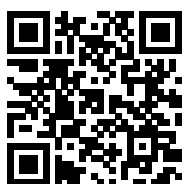
SÍLVIA MACHADO LEÃO  
Procuradora Federal

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50500030241202153 e da chave de acesso eededb44

Notas

- <sup>1</sup> - *No art. 96 da nova lei de licitações (Lei nº 14133, de 2021), também admite-se que o contratado opte por uma das modalidades ali elencadas.*



Documento assinado eletronicamente por SÍLVIA MACHADO LEÃO, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1283087403 e chave de acesso eededb44 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SÍLVIA MACHADO LEÃO, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-11-2023 20:39. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---