



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação Geral de Transportes e Logística

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 06 COGTL/Seae/MF

Brasília, 30 de agosto de 2010.

Assunto: Edital e o contrato de concessão rodoviária da 3ª Etapa das Concessões Rodoviárias Federais – Fase II (BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 – Divisa ES/RJ)

1. Introdução

1. A Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, em seu sítio da Internet no dia 29 de julho de 2010, submeteu à audiência pública minutas de edital e contrato da Rodovia BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ.
2. A decisão de conceder essas rodovias consta do Programa Nacional de Desestatização - PND conforme definido pelo Decreto nº. 2.444, de 30 de dezembro de 1997, e pelo Decreto nº 6.256, de 13 de novembro de 2007. Essa concessão foi incluída também como obra do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.
3. Neste contexto, o objetivo deste parecer é apresentar as contribuições desta Secretaria para aperfeiçoamento dos documentos mencionados, considerando as suas atribuições, explicitadas no art. 27 do Decreto nº 7.050, de 23 de dezembro de 2009:

“I - propor, coordenar e executar as ações do Ministério, relativas à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica;

II - assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência, ...

III - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, manifestando-se, dentre outros aspectos, acerca:

a) dos reajustes e das revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos;

b) dos processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União; e

c) da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de desestatização e de descentralização administrativa; ...”

2. Da Análise

3. Ao analisar as minutas de edital e contrato de concessão da concessão rodoviária em questão, a Seae identificou oportunidade para aperfeiçoamento nos temas a seguir abordados.

2.1. Prazo da Concessão

4. O item 3.2 da minuta de contrato estabelece que a concessão poderá ser prorrogada, a exclusivo critério do Poder Concedente, por até 25 (vinte e cinco) anos, nas seguintes hipóteses:

(i) por imposição do interesse público, devidamente justificado;

(ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada;

(iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.

5. Também consta que os atos administrativos pertinentes à prorrogação deverão ser adequadamente motivados pela ANTT, inclusive quanto ao prazo fixado, que será estritamente vinculado às obras e serviços a serem realizados, devendo o instrumento contratual de prorrogação explicitar o respectivo prazo, as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a Tarifa Básica de Pedágio a ser cobrada.

6. Considerando os benefícios proporcionados pela competição pelo mercado (no caso, o direito de explorar a rodovia), que a prorrogação impediria de serem colhidos pelos consumidores, seria pertinente que a extensão do contrato por imposição do interesse público e por força maior também estivessem associados à necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Cabe ressaltar que a não prorrogação do prazo traz vantagens adicionais, pois diminui a barreira à entrada no negócio das concessões

rodoviárias. A redução dessa barreira estimula novas firmas a disputarem as licitações e induz as concessionárias a investir em produtividade para se manterem no negócio.

7. De fato, espera-se que a prorrogação da concessão por eventos decorrentes do interesse público e de força maior esteja associada a eventual desequilíbrio econômico-financeiro na concessão. Portanto, a prorrogação do prazo do contrato pode então ser entendida como mais um meio de recomposição do mesmo, devendo estar elencada em seu item 20.3.1.

8. Ademais, vale registrar que a cláusula 20.7.1 do contrato da Viabahia Concessionária de Rodovias S.A. (BR-116-324) prevê que a alteração do prazo de concessão como meio de recomposição está limitada a 5 (cinco) anos. Desta forma, seria pertinente que o novo prazo para a prorrogação, estipulado nesta minuta de contrato, fosse precedido de informações que justificassem a necessidade de um prazo de até 25 anos. Isso porque a decisão de prorrogação restringe a competição pelo mercado e todos os benefícios que poderiam ser alcançados.

9. Portanto, sugerimos que:

- i) somente a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de alteração do PER, ou de fato do príncipe, ou de interesse público ou de força maior, seja motivo para a prorrogação;
- ii) seja explicitado os fatos que justificam o prazo de até 25 anos para prorrogação nesta fase de elaboração de edital e contrato.

2.2. Obras e Serviços

10. Na cláusula 8.1 da minuta de contrato, “Diretrizes de Execução das Obras e dos Serviços”, é mencionado na subcláusula 8.1.6 que, durante a Concessão, o Poder Público poderá realizar investimentos no Sistema Rodoviário concedido, estejam ou não previstos no PER. Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em decorrência, respectivamente, da diminuição ou do acréscimo de obrigações a cargo da Concessionária.

11. Sugerimos suprimir a possibilidade de realização de obras previstas no PER pelo Poder Público. Entendemos que a ANTT pode alterar o PER a qualquer momento desde que seja resguardado o impacto sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A previsão em questão pode dar margem para que a concessionária pleiteie a redistribuição de riscos

previamente assumidos e que, por isso, foram precificados no momento da licitação.

2.3. Sistema Tarifário

12. Na cláusula 16.3 do Contrato (Reajuste da Tarifa de Pedágio), mais precisamente na subcláusula 16.3.3, é mencionado que do valor do reajuste da Tarifa de Pedágio será deduzido o Fator X, estabelecidos de acordo com os percentuais da tabela abaixo:

Tabela 1 – Fator X a ser Aplicado na Vigência do Contrato de Concessão

Período da Concessão	Fator X (%)
Até o 5º ano do Prazo da Concessão	0,00
Do 6º ao 10º ano do Prazo da Concessão	0,25
Do 11º ao 15º ano do Prazo da Concessão	0,50
Do 16º ao 20º ano do Prazo da Concessão	0,75
Do 21º ao 25º ano do Prazo da Concessão	1,00

Fonte: minutas de edital e contrato da Rodovia BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ, disponibilizadas pela ANTT em consulta pública.

13. A subcláusula 16.3.5 estabelece que (i) o Fator X será revisto quinquenalmente pela ANTT, com base em projeções de estudo de mercado por ela realizados, de modo a contemplar a projeção de ganhos de produtividade operacionais do setor rodoviário brasileiro e (ii), caso se faça necessário, os valores pré-estabelecidos serão alterados para o período remanescente da Concessão.

14. Considerando a possibilidade de se gerar expectativa por parte do concessionário em relação ao valor do fator X (de que os valores apresentados na Tabela 1 se convertam em teto) e de surgimento de questionamentos futuros, a Seae sugere que não se pré-estabeleça no contrato o Fator X a partir do 6º ano da concessão e que esteja previsto que a ANTT procederá ao cálculo por ocasião das revisões tarifárias. Com isso, mitigam-se eventuais riscos de que as revisões dos valores do fator X a serem implementadas pela ANTT sejam restringidas pela decisão de explicitar os valores iniciais no contrato.

15. Cabe mencionar também que a subcláusula 16.3.6 da minuta de contrato prevê a limitação dos ganhos de produtividade a serem repassados para a tarifa: “O Fator X jamais poderá ser superior, em qualquer período do Prazo da Concessão, ao valor aferido para o IRT”.

16. Considerando que fixar um teto para os ganhos de produtividade a serem transferidos ao consumidor não é desejável, por restringir os ganhos de produtividades que podem ser

transferidos ao consumidor, esta Secretaria recomenda que não haja limitação do Fator X no contrato. Ressalta-se que um dos propósitos do fator X é emular os benefícios que a concorrência provoca na transferência dos ganhos de produtividade aos preços, de forma que, a princípio, o estabelecido pela subcláusula não estaria em consonância com tal objetivo. Neste contexto, seria pertinente que a limitação fosse tecnicamente fundamentada.

2.4. Revisão Quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio

17. O contrato da BR-116/324/BA previu explicitamente que haveria revisão quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio, o que não consta na minuta de contrato da BR-101/ES/BA, ora analisada.

18. Ainda que a revisão quinquenal esteja prevista na Resolução nº 1187/2005 da ANTT, alterada pela Resolução nº 2554/2008, o que poderia ensejar a interpretação de que estas normas dispensariam a menção no contrato de sua existência e periodicidade, sugerimos, para fins de maior clareza e com vistas mitigar eventuais incertezas regulatórias, que o tema seja tratado explicitamente no contrato. Com isto, mitiga-se o risco de possíveis debates provocados por mudanças nos citados normativos.

2.5 Parâmetro para Aferição do Equilíbrio Econômico e Financeiro (EEF)

19. A Seae entende que seja interessante incorporar cláusula sobre o parâmetro de aferição do EEF no caso de recomposição pelo plano de negócios.

20. Ressalta-se que a Instrução Normativa nº 46 do Tribunal de Contas da União -TCU, de 25 de agosto de 2004, exige o parâmetro e o Acórdão anterior do TCU (Acórdão nº 587, de 2001) já faz a recomendação que conste qual é o parâmetro, independente de qual seja.

2.6 Alocação de riscos

21. A Seae não identificou cláusula com a alocação de riscos em caso de defeitos em obras, entregues pelo poder público, em desacordo com as especificações constantes do anexo, que possa impedir o atendimento total ou parcial das obrigações da Concessionária.

22. Sugere-se a alocação deste risco ao Poder Concedente até a assinatura do Termo de Aceitação Definitivo pela Concessionária e posteriormente à Concessionária. Desta forma, haverá maior segurança jurídica e a partir da assinatura não subsistirá qualquer responsabilidade do Poder Concedente no que toca à qualidade ou conformidade das obras realizadas para a execução do Contrato.

2.7 Encampação

23. Na subcláusula 29.1 do contrato está previsto que a União poderá, a qualquer tempo, mediante proposta da ANTT, encampar a Concessão, por motivos de interesse público, mediante lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização. A indenização devida à Concessionária em caso de encampação cobrirá, de acordo com o texto, dentre outros, todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do conseqüente rompimento dos respectivos vínculos contratuais.

24. Inicialmente, é pertinente que a ANTT avalie a conveniência de suprimir o item 29.2.3 que trata de possibilidade de indenização nas regras de encampação, uma vez que: (i) tais regras já são especificadas por lei (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995); (ii) necessidade de lei que autorize a mencionada indenização e que pode conter dispositivos díspares daqueles constantes no contrato.

25. Independente da questão jurídica apontada, sugere-se que a ANTT avalie os critérios específicos adotados para encampação, uma vez que o Poder Concedente poderá assumir um risco maior quanto ao pagamento de encargos e ônus decorrentes de rescisões contratuais ou multas que não fazem parte do atendimento do objeto principal da concessão (por exemplo, contratos de publicidade na faixa de domínio e de honorários de advogado). Portanto, recomenda-se explicitar que a indenização será restrita aos negócios da concessão.

3. Conclusão

26. Considerando as atribuições desta Secretaria, sugere-se os seguintes aperfeiçoamentos na minuta de edital e contrato de concessão da concessão rodoviária em questão:

- A prorrogação do contrato ocorrerá somente para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de alteração do PER, ou de fato do príncipe, ou de interesse público ou de força maior;
- Explicitar, nesta fase de elaboração de edital e contrato, os fatos que justificam o prazo de até 25 anos para prorrogação.
- Suprimir a possibilidade de realização de obras previstas no PER pelo poder público;

- Excluir os valores pré-definidos para o Fator X a partir do 6º ano da concessão e prever que a ANTT procederá ao cálculo por ocasião das revisões tarifárias.
- Excluir a limitação ao valor do Fator X e, caso a ANTT opte por manter a existência de um teto, que os fundamentos sejam melhor explicitados tecnicamente;
- Explicitar no contrato a Revisão Quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio;
- Explicitar o parâmetro de aferição do equilíbrio econômico e financeiro no caso de recomposição pelo plano de negócios;
- Explicitar cláusula com a alocação de riscos em caso de defeitos em obras, entregues pelo poder público, em desacordo com as especificações constantes dos projetos, alocando o risco ao Poder Concedente até a assinatura do Termo de Aceitação Definitivo pela Concessionária e posteriormente à Concessionária;e
- Avaliar a conveniência de suprimir o item 29.2.3 que trata de possibilidade de indenização de regras de encampação e de explicitar que a indenização será restrita aos contratos relacionados ao atendimento do objeto principal da concessão.

À consideração superior.

CHRISTANE M. DE O. BARBOSA
Assistente

MYLENA M. DE ALENCASTRO COSTA
Assistente

JOÃO GUILHERME DE LIMA ASSAFIM
Assistente

DOROTHY HUGUENEY ROMERO
Coordenadora-Geral de Transportes e Logística, Substituta

De acordo.

RUTELLY MARQUES DA SILVA
Secretário-Adjunto

ANTONIO HENRIQUE PINHEIRO SILVEIRA
Secretário de Acompanhamento Econômico

