



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

VOTO DGS

**RELATORIA:** DGS

**TERMO:** VOTO À DIRETORIA COLEGIADA

**NÚMERO:** 69/2023

**OBJETO:** TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO - ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A. - RELICITAÇÃO

**ORIGEM:** SUROD

**PROCESSO (S):** 50500.155651/2023-78

**PROPOSIÇÃO PF/ANTT:** PARECER Nº 00225/2023/PF-ANTT/PGF/AGU

**ENCAMINHAMENTO:** À VOTAÇÃO – DIRETORIA COLEGIADA

## 1. DO OBJETO

1.1. Trata-se de proposta, formulada pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária, de aprovação de Termo Aditivo, a ser firmado entre a ANTT e a ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A., que se ocupa da relicitação do trecho concedido da Rodovia BR 101/ES/BA - Entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ, tendo em vista a qualificação do empreendimento no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).

## 2. DOS FATOS

2.1. Conforme registrado na NOTA TÉCNICA SEI Nº 3447/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT (SEI 17179327), a SUROD propõe a efetivação do 3º Termo Aditivo ao contrato de concessão firmado com a ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A., com o fito de viabilizar a relicitação do trecho originalmente concedido da Rodovia BR 101/ES/BA - Entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ, tendo em vista a a qualificação operada no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).

2.2. A referida proposição foi instruída com a respectiva Minuta de Termo Aditivo (SEI 18385502).

2.3. Submetidos os autos ao crivo da Procuradoria Federal junto à ANTT, sobreveio o PARECER Nº 00225/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 18457509), por meio do qual se concluiu favoravelmente à proposta da área técnica, desde que acatadas as recomendações ali sugeridas.

2.4. Ademais, uma vez consolidado o histórico processual no RELATÓRIO À DIRETORIA Nº 431/2023 (SEI 18458714), os autos aportaram nesta Diretoria, mediante regular sorteio realizado pela Secretaria-Geral em 25/08/2023, conforme registrado na Certidão de Distribuição REDIR-SEGER18492314.

2.5. Por fim, tendo em vista a urgência na deliberação da matéria, foi solicitada a sua inclusão em pauta de Reunião Extraordinária, nos termos do DESPACHO DGS 18540522.

## 3. DA ANÁLISE PROCESSUAL

3.1. De início, convém registrar que a ANTT detém plena competência para tratar da matéria em causa, nos termos do artigo 29, IV, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, combinado com o artigo 24, V, da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, confira-se:

Lei nº 8.987/1995:

"Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;"

Lei nº 10.233/2001:

"Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;"

3.2. Os fundamentos da proposta em causa foram lançados originalmente na sobredita NOTA TÉCNICA Nº 3447/2023 (SEI17179327), e restaram materializados na minuta de termo aditivo (SEI 17179162), acompanhada de seus anexos, que se propõe a disciplinar as novas cláusulas contratuais a que concessionária ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A. se obrigará, decorrentes da qualificação do empreendimento que explora para fins de relicitação.

3.3. Conforme relatado pela SUROD, o trecho foi qualificado no Programa de Parceria em Investimentos da Presidência da República por meio do Decreto nº 11.539 (SEI17179133), de 31/05/2023, publicado no Diário Oficial da União em 01/06/2023. Desde então, a SUROD procurou elaborar novo Programa de Exploração da Rodovia, apurar o desconto de reequilíbrio relativo às inexecuções da concessionária e calcular a tarifa a ser praticada.

3.4. A Concessionária, por sua vez, por meio da Carta ECO101 DS 1415 23 (SEI18231050), devolveu a minuta de aditivo, então proposta pela SUROD, com comentários (SEI nº18231051), informando que concordaria com a maioria das proposições, fazendo, contudo, ressalvas quanto (i) tarifa praticada, para que seja mantida a tarifa da 8ª RO/9ª RE; (ii) inclusão de subcláusula 5.6 para reajuste do excedente tarifário apenas pelo IPCA e não pelo WACC Regulatório; (iii) depósito máximo de 8% do excedente tarifário na conta vinculada sem que incida WACC; (iv) impossibilidade de alteração, em tempo hábil, da Garantia de Execução Contratual; (v) afasta a inclusão de seu controlador como responsável solidário; (vi) inclusão da possibilidade de se dar tratamento adequado à informações sensíveis; (vii) Indicadores de parâmetros de desempenho: percentuais de desconto diferentes do Anexo 5 do Contrato Originário e vinculados à quilometragem do trecho concedido - alteração da subcláusula 12.2.

3.5. Por seu turno, ao abordar cada uma das cláusulas propostas, explanou a SUROD que a minuta elaborada buscou manter o padrão dos demais termos aditivos de relicitação já celebrados com as concessionárias Via040, MSVIA, CONCEBRA e CRO.

3.6. Esclarece-se que inicialmente seria mantida a tarifa em vias de ser aprovada no âmbito da 9ª Revisão Ordinária/10ª Revisão Extraordinária, que representa uma redução tarifária de 6,69% em relação à tarifa hoje vigente, definida pela 8ª Revisão Ordinária/9ª Revisão Extraordinária. No entanto, a pedido da concessionária, concordou a SUROD em considerar como tarifa praticada aquela da 8ª RO/9ª RE, mas dela descontado o percentual de 6,69%, cujo valor ficaria retido em conta vinculada à concessão, segundo mecanismo de contas disciplinado no aditivo. Com isso, evita-se oscilação tarifária para o usuário, e cria-se ferramenta que permite promover reequilíbrios e realizar a gestão do excedente tarifário sem afetar a tarifa cobrada.

3.7. Outrossim, pondera-se que não há que se falar em aplicação de IPCA ou WACC sobre tal valor retido na Conta de Ajuste, como discutido pela concessionária, visto que esse montante não representa excedente tarifário a ser descontado da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados de que trata o inciso III do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019. Acrescenta a SUROD que, nos moldes da cláusula quinta, estão estabelecidos o reajustamento de ambas as modalidades de tarifas (calculada e praticada) e a forma de correção do excedente tarifário pelo IPCA com WACC regulatório (custo médio ponderado de capital regulatório).

3.8. Aponta a área técnica, como inovação deste termo aditivo, a possibilidade de gestão pela ANTT do excedente tarifário, de modo a evitar o cenário em que o valor desse excedente supere o montante total de indenizações devidas à concessionária; isso pode se dar, nos termos do aditivo, seja por meio de redução do valor da tarifa praticada, por deliberação da Diretoria Colegiada, ou mediante alteração do percentual da receita tarifária a ser retido na Conta de Ajuste.

3.9. Quanto à garantia de execução contratual, afirma a SUROD ter inserido subcláusula 7.1.1 para deixar mais clara a hipótese de cobertura de Garantia para eventual indenização devida pela Concessionária ao Poder Concedente; segundo informa, a concessionária concorda com o aumento de quase cinco vezes no valor da garantia para contemplar simultaneamente (i) o valor previsto no contrato originário para o 1º ao 5º ano; (ii) a estimativa de excedente tarifário; e (iii) o montante decorrente da 11ª Revisão Extraordinária. Com isso, considera razoável a exclusão das cláusulas acerca da solidariedade do Grupo Controlador, que havia sido cogitada no início das negociações.

3.10. Em 21/08/2023, a concessionária protocolou a Carta ECO101 AJL 1478 23 (SEI 18368811), cujos reclamos foram enfrentados pela SUROD por meio dos despachos lavrados pelas Coordenações de Gestão de Informação e Passivos Regulatórios de Investimentos (SEI 18383808) e de Gestão de Instrumentos Contratuais (SEI 18384948).

3.11. Assim, não foi acatada a proposta da ECO101, ficando mantido o entendimento de utilizar os percentuais de desconto de reequilíbrio previstos inicialmente no Anexo 5, como os demais aditivos das concessões de 3ª Etapa, conforme texto da minuta de aditivo originalmente proposto.

3.12. Por sua vez, foi esclarecido pela SUROD que a aplicação do WACC não pode ser considerada causadora de desequilíbrio ou espécie de penalidade pois é simplesmente um mecanismo de preservação do equilíbrio econômico-financeiro, que serve para assegurar a equivalência entre fluxos financeiros em períodos diferentes, independentemente da razão do deslocamento temporal do fluxo financeiro.

3.13. E, no que se refere à cláusula que impõe inclusão na apólice de Seguro Garantia de previsão expressa da cobertura de eventual inadimplência da concessionária de indenização ao Poder Concedente resultante da apuração de haveres e deveres, defende a SUROD a sua manutenção. Quanto ao receio da concessionária a respeito do tratamento e transparência de dados sensíveis, pondera a SUROD que, de toda forma, a Concessionária poderá solicitar restrição de acesso em relação a informações que se enquadrem nas previsões legais para tanto, como em qualquer outro processo administrativo.

3.14. Sob tais fundamentos, uma vez consultada a Procuradoria Federal Junto à ANTT sobre o conteúdo da proposição, materializada inicialmente na MINUTA DE TERMO ADITIVO COGIC 18385502, foi exarado o PARECER Nº 00225/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 18457509), por meio do qual, conforme já relatado, se concluiu favoravelmente à proposta da área técnica, desde que acatadas as recomendações ali sugeridas, confira-se:

63. Diante do exposto, concluímos pela possibilidade de celebração do aditivo que, se promovidos os ajustes recomendados, atenderá aos exatos termos das disposições da Lei nº 13.448/2017 e do Decreto nº 9.957/2019.

3.15. Nota-se que as recomendações do Órgão de Assessoramento Jurídico foram devidamente incorporadas à MINUTA DE TERMO ADITIVO COG16492206, exceto em relação às cláusulas que restaram justificadamente excluídas, conforme se extrai dos seguintes excertos do RELATÓRIO À DIRETORIA Nº 431/2023 (SEI 18458714):

Em relação às sugestões da PF-ANTT de alteração de redação da minuta de Termo Aditivo, informamos que foram todas incorporadas, com exceção daquelas referentes a cláusulas que serão excluídas.

Quanto ao exposto nos parágrafos 26 a 31 da seção "Das tarifas. Mecanismo de Contas", cumpre ressaltar que a premissa da SUROD ao negociar o termo aditivo de relicitação sempre foi a manutenção da tarifa vigente. Entendeu-se que a proposta objeto da NOTA TÉCNICA - ANTT 3447 (17179327) não violava essa premissa, pois a última tarifa aprovada quando da celebração do Termo Aditivo, a da 9ªRO/10ªRE, seria a referência para a receita tarifária a ser efetivamente arrecadada pela Concessionária, visto que a diferença em relação à tarifa da 8ªRO/9ªRE seria retida em conta vinculada.

Todavia, a manifestação da PF-ANTT coloca em dúvida esse entendimento, adestacar que a 9ªRO/10ªRE será aprovada antes da entrada em vigor do aditivo e que, via de regra, a tarifa praticada da relicitação é aquela vigente no momento da assinatura do termo aditivo, salvo excepcionalmente se mostrar necessária uma tarifa diferente, nos termos das normas da Agência sobre encerramento contratual.

Ademais, a PF-ANTT entendeu que não poderia analisar no presente processo a legalidade da proposta constante no termo aditivo quanto à tarifa a ser praticada na relicitação, sendo necessária uma nova análise de legalidade no âmbito do processo 50500.120571/2021-30. Essa nova consulta à procuradoria poria em risco a assinatura do termo aditivo dentro do prazo previsto, especialmente caso a conclusão venha a ser pela inviabilidade jurídica da proposta apresentada, levando à necessidade de formulação e instrução de nova proposta.

Diante do exposto, conclui-se que a alternativa mais viável e juridicamente segura a ser proposta no termo aditivo é a estipulação das tarifas a serem praticadas na relicitação como as tarifas vigentes, que, a princípio, seriam aquelas decorrentes da aprovação da 9ªRO/10ªRE, podendo, posteriormente ser atualizadas, tendo em vista que a 10ªRO já deveria ter sido aprovada.

Nesse sentido, foram realizadas alterações na cláusula 5ª de forma a constar expressamente que o valor da tarifa praticada será aquela aprovada quando da efetiva vigência deste Termo Aditivo, constando os valores da 9ª RO/10ª RE:

"5.1. Os valores da Tarifa de Pedágio a serem praticados pela Concessionária durante a vigência deste Termo Aditivo serão aqueles vigentes quando da efetiva vigência deste Termo Aditivo.

5.2 Caso a 10ª Revisão Ordinária não seja aprovada até o início da vigência deste Termo Aditivo, os valores da Tarifa Praticada serão aqueles fixados pela ANTT no âmbito da 9ª Revisão Ordinária e 10ª Revisão Extraordinária do **CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO**, conforme tabelas abaixo"

(...)

5.3.2 As tarifas praticadas expostas na subcláusula 5.2 e as tarifas calculadas expostas na subcláusula 5.3 poderão ser atualizadas em função da aprovação da 10ª Revisão Ordinária da Tarifa Básica de Pedágio.

Como não há mais a necessidade de criação de Mecanismo de Contas desde o início do Termo Aditivo, a cláusula que tratava especificamente desse tema (antiga cláusula 17ª) foi excluída e, consequentemente, as demais foram reenumeradas.

Por sua vez, a subcláusula 5.6.2.2 teve sua redação revertida para a minuta enviada pela SUROD à concessionária nos termos do OFÍCIO SEI Nº 23663/2023/GEGER/SUROD/DIR-ANTT (SEI nº 17891870), de 09/08/2023 (Anexo SEI nº 18177813):

5.6.2.2 Alternativamente, a gestão do excedente tarifário poderá ser realizada por meio da retenção de parcela do excedente tarifário em conta vinculada à concessão a ser constituída às custas da concessionária e administrada por instituição financeira custodiante, devendo a ANTT anuir com o contrato de custódia de recursos a ser celebrado.

Adicionalmente, foram feitos ajustes nas subcláusulas 5.4 e 5.6 de forma a substituir o termo "celebração" por "vigência".

3.16. Ademais, declara a SUROD que a concessionária foi cientificada das alterações realizadas na minuta do aditivo após a manifestação da PF-ANTT, o que se deu por meio do OFÍCIO SEI Nº 28412/2023/COGIC/GEGER/SUROD/DIR-ANTT (SEI nº 18492800).

3.17. Na sequência, conforme relatado no DEPACHO SUROD18573845, a Concessionária teria manifestado concordância com a minuta de aditivo, entretanto teria feito ressalvas quanto ao disposto na Cláusula 12.2. (viii), razão pela qual propõe a SUROD a inserção de cláusula que possibilite a resolução do impasse antes do início da vigência do ajuste. Os argumentos da Superintendência são os seguintes:

Faço referência à Carta ECO101 DS 1524 23, por meio da qual a Concessionária ECO101 manifesta concordância com a minuta de termo aditivo anexa ao Ofício, com exceção do quanto disposto na Cláusula 12.2. (viii), pelas razões expostas abaixo:

3. Com efeito, conforme exposto a esta d. Agência nas Cartas Eco101 AJL 1415/2023 e Eco101 AJL 1478/2023, o problema do regramento proposto é que, no Contrato de Concessão, o Fator D é apurado em segmentos homogêneos excessivamente longos, e não

por cada quilômetro do trecho rodoviário concedido, como verificado nas demais concessionárias em processo de relicitação. E, na prática, isso significa que descumprimentos pontuais poderão ser suficientes para ensejar a desqualificação do trecho BR-101 gerida pela Eco101 do processo de relicitação.

Nesse sentido, argumenta a Concessionária que, ao que tudo indica, as partes não terão tempo hábil para resolver consensualmente essa controvérsia até o dia 30.08.2023, prazo fixado pelo Decreto 11.539/2023 para assinatura do termo aditivo de relicitação. Dessa forma, e considerando o caráter amigável do procedimento de relicitação, a Concessionária propõe a inclusão da seguinte cláusula no termo aditivo:

13.1.1. Considerando a necessidade de assinatura deste termo aditivo no prazo disposto no Decreto nº 11.539/2023 e a controvérsia com relação ao conteúdo da Cláusula 12.2 (viii), as partes se comprometem a, no período entre a assinatura deste termo aditivo e o início de sua vigência, dar continuidade às tratativas para definição consensual de seu teor.

Conforme alegado pela Concessionária, considerando que as partes já acordaram com a postergação do início da vigência do aditivo por 180 dias, é razoável que elas possam utilizar esse período para refletir adequadamente quanto ao teor desta cláusula controversa. Afirma a Concessionária que tal medida não prejudicará os direitos desta Agência, tendo em vista que, com a postergação da vigência deste aditivo, a cláusula em questão já não produziria efeitos imediatamente. A redação ora proposta, portanto, preserva os direitos e interesses de ambas as partes, ao mesmo tempo em que reconhece o caráter amigável e consensual do procedimento de relicitação.

Ante o exposto, e considerando que de fato há particularidades no contrato da Eco101 em relação à metodologia de fator D em comparação com as concessões qualificadas para relicitação anteriormente, entendo que, no que se refere aos aspectos sob competência dessa área técnica, é cabível a proposta da Concessionária.

Diante disso, encaminho a MINUTA DE TERMO ADITIVO N° SUROD 18573764, com a inclusão da referida subcláusula, para apreciação da Diretoria.

3.18. Consideramos possível o acolhimento da sugestão do Senhor Superintendente, dados os argumentos lançados nos autos, considerando-se, sobretudo, o caráter consensual do ajuste tratado neste processo. Nada obstante, julgamos oportuna a inclusão de cláusula estabelecendo que, na ausência de solução consensual quando da entrada em vigor do aditivo, terá plena eficácia a disposição original estabelecida na Cláusula 12.2. (viii). Assim, foi inserido o seguinte dispositivo na minuta de aditivo:

13.1.1.1. Na hipótese de não se chegar a uma definição consensual no período estabelecido na Subcláusula 13.1.1. terá plena eficácia a disposição original contida na Cláusula 12.2 (viii).

3.19.

Diante de todo o exposto, e considerando as manifestações técnicas e jurídicas contidas nos autos, cujos argumentos ora são adotados e passam a integrar este ato, nos termos do art. 50, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, esta Diretoria entende presentes os requisitos para a aprovação da proposta de celebração do 3º Termo Aditivo ao contrato de concessão firmado com a ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A., com o fito de viabilizar a relicitação do trecho originalmente concedido da Rodovia BR 101/ES/BA - Entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ.

#### 4. DA PROPOSIÇÃO FINAL

4.1. Com estas considerações, nos termos da MINUTA DE DELIBERAÇÃO DGS 18540522, **VOTO** por aprovar a celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Edital nº 001/2011, entre a ANTT e a ECO101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A., na forma da MINUTA DE TERMO ADITIVO DGS 18576431

Brasília, 29 de agosto de 2023.

(assinado eletronicamente)

**GUILHERME THEO SAMPAIO**

Diretor



Documento assinado eletronicamente por **GUILHERME THEO RODRIGUES DA ROCHA SAMPAIO**, Diretor, em 29/08/2023, às 15:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.antt.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **18540510** e o código CRC **9B71BA5D**.

