



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade

Comissão de Regulação de Transportes

Nota Técnica nº 5/SEINFRA/CRT/2021

PROCESSO Nº 1300.01.0002382/2021-22

1- RELATÓRIO

Trata-se de Nota de Saneamento em face da Nota de Auditoria CGE/DCFCO (30632270), Nota Jurídica nº 107/2021 (30783187) e da Consulta Pública realizada entre 16 e 25 de abril de 2021 (Disponível em: <<http://www.infraestrutura.mg.gov.br/component/gmg/story/2841-consulta-publica-colhe-contribuicoes-para-modernizar-contratos-de-concessao-de-rodovias>>), acerca da minuta de Resolução da Comissão de Regulação de Transportes a qual *estabelece as diretrizes e os procedimentos para inclusão de novos investimentos em contratos de concessão e parcerias público-privadas de rodovias*.

Sendo assim, propõe-se essa análise com a finalidade de sanear o processo e esclarecer eventuais lacunas.

É o relatório.

2- ANÁLISE

Em caráter preliminar, insta sublinhar apontamento realizado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade (SEINFRA/AJU) relativo à pertinência da forma do ato normativo. Segundo disposto, a competência para regular a matéria proposta e subscrição da regulamentação sugerida, de fato, pertence ao Sr. Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, em consonância ao artigo 37, inciso I, da Lei Estadual nº 23.304, de 30 de maio de 2019.

Em atendimento, esta Comissão efetuou a retificação do emissor inicialmente identificado na Minuta e, com fulcro no art. 4º, inciso VIII da Resolução Conjunta SEINFRA/DER nº 04, de 05 de abril de 2021, encaminhará a minuta internamente aprovada para chancela do Senhor Secretário de Infraestrutura e Mobilidade.

No que concerne às contribuições específicas quanto ao teor da minuta, emitidas pela Controladoria-Geral do Estado (CGE-MG) por intermédio da Diretoria Central de Fiscalização de Concessões (DCFCO), tem-se observação quanto ao entendimento de que o valor do novo investimento não está sujeito ao limite legal de 25% para alteração do contrato, conforme se segue:

Verifica-se, portanto, que pela leitura da Lei nº 13.448/17 o valor dos novos investimentos, em contratos do setor rodoviário, não estão sujeitos ao percentual de 25% apresentado na Lei nº 8.666/93. Entretanto, é imperioso ressaltar que, para consolidação de tal entendimento faz-se necessária criteriosa análise jurídica do caso concreto, a fim de

certificar a aplicabilidade do art. 22 da Lei nº 13.448/17 para a inclusão de novos investimentos em contratos de concessões e PPP de rodovias celebrados no Estado de Minas Gerais (30632270).

No mesmo sentido, manifestou-se a Assessoria Jurídica da SEINFRA:

Isso porque, se por um lado é razoável compreender que contratos cuja vigência supera 30 (trinta) anos ensejarão modernizações na infraestrutura de prestação de serviços ao longo, em valores a princípio imprevididos, por outro não se deve desconsiderar as hipóteses de subdimensionamento das obrigações por falha na estruturação da parceria, em que não se revela razoável a aditivação contratual subsequente à sua celebração (logo após), com aumento substancial de escopo.

Assim, reiteramos, somente diante de casos concretos de inclusão de novos investimentos será possível realizar uma avaliação detida acerca da limitação, ou não, da ampliação das obrigações firmadas, sendo que a não replicação das regras dispostas nos §§ 1º e 2º do artigo 65, da Lei 8.666, não afasta de, per se, sua aplicação futura (a depender da análise concreta) (30783187).

Dessa forma, a Comissão optou por sempre analisar o caso concreto e realizar a análise de viabilidade jurídica sem estabelecer diretriz de percentual fixo para o valor de novos investimentos a serem incluídos nos contratos de concessão e parcerias público-privadas.

No tocante à metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para a inclusão de novos investimentos, o parecer da DCFCON avalia que, caso o contrato seja omissivo acerca dos procedimentos a serem adotados, a utilização do Fluxo de Caixa Marginal se mostra a opção mais assertiva. Lado outro, a Assessoria Jurídica pontua que aplicação de tal metodologia para novos investimentos, ainda que o contrato original não contenha tal possibilidade, se pactuada em aditivo, não pode ocorrer de forma unilateral, demandando a anuência do contratado.

Em razão disso, incluiu-se ao respectivo a seguinte redação para o parágrafo primeiro:

Art. 17 - [...] §1º Nos casos em que o CONTRATO não prever expressamente a possibilidade de uso de FLUXO DE CAIXA MARGINAL, as PARTES podem de comum acordo adotar esta metodologia. Caso não haja acordo, o NOVO INVESTIMENTO deve se dar por meio do MECANISMO DE AFERIÇÃO DE REEQUILÍBRIO original do CONTRATO.

Além disso, a Assessoria Jurídica afirma não interpretar como adequada a celebração de termo aditivo antes do projeto executivo estar totalmente finalizado, e assim justifica:

Primeiro, porque o instituto da apostila, descrito no § 8º, do artigo 65, da lei 8.666/93, e replicado no artigo 136 da Lei 14.133/2021, não se presta a anotar diferenças de orçamentação entre projetos simples e complexos, como o funcional e o executivo, mas sim a mera aplicação de índices contratuais, ou fórmulas pré-definidas para o pagamento das obrigações.

Segundo, porque uma vez celebrado o termo aditivo, assinado e publicado, compreende-se a alteração contratual como ato jurídico perfeito e acabado, não havendo discricionariedade ao gestor para deliberar, novamente, acerca da conveniência ou oportunidade da inclusão do investimento, ainda que seu orçamento inicial ultrapasse os valores inicialmente previstos.

Terceiro, porque a alteração contratual pressupõe a verificação prévia da disponibilidade orçamentária para sua subscrição, não havendo juridicidade, nos rigores da lei 4.320/64, para aferição do real valor do gasto público após o seu compromisso. Como já explicitado, não estamos a falar de aplicação de índices inflacionários ou fórmulas de cálculo da contraprestação devida, mas sim aferição do real valor da obrigação em momento futuro, e posterior à modificação contratual, o que não se mostra adequado, em nossa visão.

Por todas estas razões, ressalvamos a necessidade de revisitação dos artigos 10 e 17 da minuta, de tal sorte que a celebração do termo aditivo somente ocorra após a plena consciência, pelo Administrador, do real gasto necessário à consecução do investimento, com a realização dos projetos funcional, executivo, e mais outros complementares que se fizerem necessários, posto que não se revela possível outorgar ao gestor a discricionariedade de se cumprir, ou não, a obrigação, após a realização de ato jurídico perfeito (como seriam os termos aditivos aos contratos) (30783187).

Em decorrência disso, a Comissão de Regulação de Transportes acatou a contribuição supracitada, reescrevendo o artigo 10 e excluindo o 17:

Art. 10 - O NOVO INVESTIMENTO deverá ser incluído de forma definitiva no CONTRATO por meio de Termo Aditivo, celebrado após a tramitação regular do procedimento disposto na Seção 4.

§1º No Termo Aditivo devem constar:

I - As especificações para caracterização do NOVO INVESTIMENTO;

II - O orçamento do NOVO INVESTIMENTO e os custos acessórios previstos no art. 20 desta Resolução;

III - O PROJETO EXECUTIVO do NOVO INVESTIMENTO, a MANIFESTAÇÃO DE NÃO OBJEÇÃO do DER/MG e o CRONOGRAMA FÍSICO-EXECUTIVO, em caso de obras de engenharia;

IV - Planilha de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO;

V - Cláusula esclarecendo a distribuição de riscos do NOVO INVESTIMENTO, quando houver estabelecimento de previsões específicas, nos moldes do art. 9º, parágrafo único.

§2º A celebração do termo aditivo está sujeita à apresentação das certidões atualizadas indicadas no art. 29 da Lei Federal nº 8.666/1993 e demais requisitos da lei.

Cumpra também destacar que, conforme dispõe o artigo 4º da Resolução Conjunta SEINFRA/DER nº 004/2021, compreende o escopo de atuação da Comissão de Regulação de Transportes: *“Art. 4º - [...] I. Aplicar o modelo de regulação dos respectivos contratos, prezando pela eficiência econômico-financeira e técnica dos contratos; III. Instruir, analisar e manifestar-se sobre os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de ambas as partes; [...]”*.

Nesse sentido, acrescentou-se à minuta do texto: *“Art. 13 - A COMISSÃO REGULADORA DE TRANSPORTES deve analisar a aderência do processo administrativo de inclusão de NOVO INVESTIMENTO às regras desta Resolução, bem como analisar os impactos econômico-financeiros da inclusão no CONTRATO.”*

Considerando a análise sugerida, tem-se que Advocacia Pública recomendou ainda a inserção, no ato normativo, de que tal análise técnico-jurídica realizada pela Comissão de Regulação de Transportes ocorra sob sua orientação e supervisão. Por conseguinte, em atenção às destacadas funções exclusivas de Advocacia Pública na administração estadual – conforme os ditames da Lei Complementar nº 83, de 28 de

janeiro de 2005, sem prejuízo da análise jurídica final, antecedente à celebração do termo aditivo, afeta à AGE/MG –, e considerando a relevância do assessoramento jurídico prestado foi acrescida à Resolução o seguinte artigo: “Art. 15 - [...] IX - *Tramitação e celebração do Termo Aditivo, mediante o cumprimento de todos os requisitos legais e manifestação da Assessoria Jurídica da SEINFRA, com a efetivação do REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO*”.

Registre-se também que, entre os dias 16 e 25 de abril de 2021, foi realizada Consulta Pública no site da SEINFRA acerca do texto da Resolução. Nesse período, as Concessionárias dos atuais contratos, MG 050 e BR 135, foram instadas a se manifestarem, e suas observações foram equalizadas no texto. Além disso, manifestaram-se consultores especialistas em regulação de todo o país.

A principal contribuição foi acerca da metodologia proposta para os cálculos do WACC: uma vez que se trata de procedimento altamente complexo, foi recomendado que a Comissão elaborasse ato normativo específico sobre o assunto, com a realização de audiências públicas e participação de especialistas. Além disso, foi recomendado que as orientações para cálculo do fluxo de caixa marginal englobassem não apenas os novos investimentos, como os demais atos de desequilíbrio que venham a ser regulados por essa metodologia, de modo a conferir uniformidade no tratamento do tema. Sendo assim, a Comissão optou por retirar os três anexos constantes da primeira versão da resolução, para que as informações ali constantes sejam tratados em momento oportuno.

A fim de preencher a lacuna regulatória até que tal ato normativo seja elaborado, optou-se por utilizar a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal utilizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), visto que a Agência possui metodologia robusta e consolidada no mercado e, hoje, possui um WACC regulatório para o setor de rodovias de 8,47%. A ANTT iniciou os referidos estudos em agosto de 2019 e utilizou o modelo CAPM para estimar o custo de capital próprio. Como parâmetros, utilizou dados de séries brasileiras; taxa livre de risco IDKA Pré 5 anos; retorno de mercado série do Ibovespa; consideração do beta *down* para 3 anos (semana) das empresas Ecorodovias S.A., CCR S.A., Arteris S.A. e Triunfo S.A.; média ponderada pelo capital próprio dessas empresas nas concessões reguladas pela Agência, beta desalavancado ponderado de 0,49 e beta realavancado de 0,95.

Para o custo do capital de terceiros, considerou-se: ponderação entre a taxa de juros cobrada pelo BNDES (referência TLP + risco de crédito, considerando BNDES direto e indireto - proporção de 85,82%) e as taxas de juros verificadas nas emissões de debêntures (CVM 476) para o setor de rodovias (proporção de 14,18%). A partir de uma participação de 41,22% para o capital próprio e de 58,78% para o capital de terceiros, chegou-se ao WACC regulatório, em termos reais.

Além disso, foi constatada pelos gestores públicos dos contratos, assim como pelas concessionárias, a necessidade de se especificar melhor quais custos serão contemplados no reequilíbrio por novos investimentos e sua metodologia de aferição. Longe de pretender esgotar o assunto, que ainda é extensamente discutido no Brasil todo, a Comissão amadureceu as discussões sobre o tema no sentido de que devem ser reequilibrados os custos adicionais suportados pela Concessionária quando da inclusão do investimento, desde que tenham relação direta e seu impacto seja individualizável e mensurável. A utilização do projeto executivo precificado conforme as tabelas referenciais de preço para a mensuração do investimento, bem como a utilização dos valores de mercado e, quando possível, do plano de negócios da concessionária, para mensuração do desequilíbrio, está em consonância com as orientações do Tribunal de Contas da União (cf. acórdãos 1096/2019; 290/2018; 1174/2018; 1473/2017; 2957/2011 e 2154/2007).

Considerando tais premissas, a Comissão adotou a seguinte redação na “Seção 5 – DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO”:

Art. 17 - A inclusão de NOVOS INVESTIMENTOS deve se dar, sempre que possível, por meio do FLUXO DE CAIXA MARGINAL.

§1º Nos casos em que o CONTRATO não prever expressamente a possibilidade de uso de FLUXO DE CAIXA MARGINAL, as PARTES podem de comum acordo adotar esta metodologia. Caso não haja acordo, o NOVO INVESTIMENTO deve se dar por meio do MECANISMO DE AFERIÇÃO DE REEQUILÍBRIO original do CONTRATO.

§2º Na ausência de regra específica sobre a TIR a ser utilizada para o uso do FLUXO DE CAIXA MARGINAL, as PARTES devem utilizar a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal estabelecida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Art. 18 - Devem ser objeto de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO os valores gastos pela CONCESSIONÁRIA na elaboração dos ESTUDOS e PROJETOS do NOVO INVESTIMENTO.

§1º O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO dos ESTUDOS e PROJETOS deve se dar no valor gasto pela CONCESSIONÁRIA na sua contratação, comprovado mediante apresentação de nota fiscal, tendo como limite a média dos orçamentos por ela apresentados ao PODER CONCEDENTE anteriormente.

§2º Os ESTUDOS e PROJETOS devem ser objeto de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO ainda que o NOVO INVESTIMENTO não seja incorporado ao CONTRATO ao final do procedimento de análise da inclusão pelo PODER CONCEDENTE, exceto se a proposta de inclusão de NOVO INVESTIMENTO tenha sido originada pela CONCESSIONÁRIA.

Art. 19 - Caso a inclusão de NOVOS INVESTIMENTOS leve à exclusão de investimentos anteriormente previstos no CONTRATO, o cálculo de exclusão deve ser realizado conforme MECANISMO DE AFERIÇÃO DE REEQUILÍBRIO original do CONTRATO.

Art. 20 - Devem ser objeto de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO os seguintes custos, desde que exclusivamente decorrentes do NOVO INVESTIMENTO:

I - ESTUDOS e PROJETOS contratados ou realizados diretamente pela CONCESSIONÁRIA após autorização expressa do PODER CONCEDENTE;

II - Valor orçado para o NOVO INVESTIMENTO constante do PROJETO EXECUTIVO que tenha sido objeto de MANIFESTAÇÃO DE NÃO OBJEÇÃO pelo DER/MG, o qual deve ser quantificado com base nas planilhas oficiais de custo do DER/MG e, na ausência ou inaplicabilidade de determinado item, do Sistema de Custos Referenciais de Obras – SICRO;

III - Custos de operação, manutenção e conservação do NOVO INVESTIMENTO, ao longo da duração do CONTRATO, estimados conforme plano de negócios da CONCESSIONÁRIA ou, na sua ausência ou na impossibilidade de sua individualização, de valores de mercado;

IV - Estimativa dos custos de eventuais desapropriações e remoção de interferências, sendo a diferença do seu valor efetivo reequilibrado após o desembolso pela CONCESSIONÁRIA, conforme orientações da Comissão de Regulação de Transportes;

V - Eventuais reinvestimentos necessários do NOVO INVESTIMENTO, inclusive obras de melhoria e ampliação decorrentes do atingimento do NÍVEL DE SERVIÇO na hipótese de inclusão de novo trecho rodoviário, caso essas possam ser mensuradas no momento de celebração do Termo Aditivo.

VI - Custos adicionais com licenciamentos e compensações ambientais, caso haja necessidade de novos procedimentos decorrentes unicamente do NOVO INVESTIMENTO e que seja possível sua individualização, nos valores estipulados no PROJETO EXECUTIVO.

VII - Outros custos suportados pela CONCESSIONÁRIA diretamente decorrentes da inclusão do NOVO INVESTIMENTO, desde que expressamente autorizados pelo PODER CONCEDENTE.

Parágrafo único. O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO efetuado nos termos desta Resolução, relativamente à inclusão de NOVOS INVESTIMENTOS, é único, completo e final, para todo o prazo do Contrato, devendo a CONCESSIONÁRIA arcar com o risco de variação real dos valores pactuados no termo aditivo.

Após, na Reunião Ordinária da Comissão realizada em 21/06/2021, a minuta da Resolução foi examinada em sua versão final e sugeridos ajustes de complementação da redação dos artigos, substituição de terminologias para expressões mais adequadas ao texto, bem como reorganização dos artigos em uma disposição mais pertinente à compreensão do conteúdo da Resolução.

Desse modo, tem-se:

- alteração da denominação “Modelo Regulatório” para “Mecanismo de Aferição de Reequilíbrio”;
- complementação da previsão de incidência do ato normativo mediante cláusula padrão empregada pela ANTT;
- art. 8º, §1º: alteração para constar a necessidade de estabelecimento do formato do reequilíbrio;
- art. 9º, § 1º: alteração para retirar a expressão inversões das matrizes de risco e inserir matrizes de risco específicas;
- anterior art. 9º, § 2º convertido em artigo 11;
- art. 10, inciso V: alteração para referenciar o estabelecido no art. 9º, parágrafo único;
- reorganização das características dos novos investimentos e funções da Comissão de Regulação de Transportes nos artigos 12, 13 e 14; e
- também foram melhor organizados os elementos que devem ser tratados ou anexados ao termo aditivo, bem como os itens integrantes dos estudos no caso de obras, conforme amadurecimento das discussões internas e consulta aos órgãos técnicos que realizam as análises.

Relativamente ao procedimento de inclusão, concluiu-se pela manutenção i) em etapas distintas do exame dos requisitos elencados no art. 12 (uma análise preliminar e outra completa ao final do processo) e ato de autorização do Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, ii) reagrupamento dos anteriores incisos IV e V do art. 15 em parágrafos, e iii) especificações concernentes a custos foram deslocadas para a seção de reequilíbrio.

Por fim, optou-se pela inclusão, no art. 20, de informações mais detalhadas sobre o que será reequilibrado em relação aos custos e eventual responsabilidade da Concessionária sobre variações não previstas e/ou aprovadas no procedimento, bem como pela inserção da periodicidade recomendada de revisões (art. 21).

3- CONCLUSÃO

Tendo em vista as considerações acima, a Comissão de Regulação de Transportes submete esta Resolução para assinatura do titular da pasta.



Documento assinado eletronicamente por **Silvia Machado Lage, Superintendente**, em 25/06/2021, às 15:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Izabel Campos Ferreira, Chefe da Unidade**, em 25/06/2021, às 15:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Hanna Lobo Leite Bhering Silveira, Servidora Pública**, em 25/06/2021, às 15:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Gibran Alvim Lacerda, Servidor Público**, em 25/06/2021, às 15:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **31009991** e o código CRC **978CFD11**.