

GRUPO II – CLASSE III – Plenário

TC 008.877/2023-8.

Natureza: Consulta.

Órgãos: Ministério de Portos e Aeroportos; Ministério dos Transportes.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: **CONSULTA.**
INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 14, § 2º,
INCISO III, E 15, INCISO I, DA
LEI 13.448/2017. CONHECIMENTO.
ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho, acerca da interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

2. O auditor da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil – AudRodoviaAviação analisou o feito nos termos que se seguem, transcritos com os ajustes de forma pertinentes (peça 8):

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro de Estado dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho acerca da possibilidade de aplicação aos processos de relicitação de interpretação que considere a irretratabilidade e a irrevogabilidade do procedimento apenas em relação ao concessionário, e, em sendo tal entendimento possível, quais seriam as balizas técnicas aplicáveis para o encerramento do processo de relicitação por iniciativa do Poder Concedente.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. A matéria objeto da consulta é de competência desta Corte de Contas, nos termos do inciso XVII do art. 1º da Lei 8.443/1992 c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), registrando-se ainda que há pertinência temática no que diz respeito às áreas de atribuição do Ministério dos Transportes e do Ministério de Portos e Aeroportos, uma vez que, nos termos do art. 6º, do Decreto 9.957/2019, compete a tais órgãos manifestarem-se sobre o processo de relicitação para fins de deliberação do Presidente da República quanto à conveniência e oportunidade da relicitação.

3. A presente consulta deve ser conhecida, vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno.

EXAME TÉCNICO

I. Limitações do trabalho

4. Inicialmente, cabe destacar como limitação o exíguo prazo para instrução do presente feito, impossibilitando um alargamento e aprofundamento das questões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, na busca de situações análogas para apreciação do caso – incluindo o *benchmarking* internacional de *cases* nos setores portuário, aeroportuário e ferroviário, bem como o levantamento de hipóteses adjacentes às questões objeto da consulta.

II. Critério de relatoria adotado

5. Também é oportuno registrar o pedido de prevenção da relatoria do processo, o qual foi devidamente acatado pelo despacho do Presidente do TCU à peça 3.

6. Nesse aspecto, com o máximo de respeito e elevadas considerações ao despacho do Ministro Presidente, pede-se a devida licença para apresentar outro ponto de vista acerca do processo, no que se refere à sua distribuição, tendo em vista o risco de ofensa ao princípio do juiz natural, de modo a evitar-se prejuízo ao regular andamento desta consulta.

7. Conforme o despacho do Ministro Presidente e art. 264, § 3º do RI/TCU, a consulta possui caráter abstrato e, ainda que guarde semelhança com o TC 009.470/2020-4, o próprio jurisdicionado afirma que existem nove processos aguardando relicações. Assim, ainda que o retromencionado TC seja uma análise em curso sobre relicação neste Tribunal, existem os seguintes processos de relicação em trâmite que são afins à consulta realizada:

Tabela 1 – Relação de processos de relicação em curso no TCU

Processo	Objeto	Relator	Situação
TC 008.508/2020-8	BR-040/DF/GO/MG	Jorge Oliveira	Acórdão 752/2023
TC 009.470/2020-4	Aeroporto de Viracopos	Vital do Rego	Gabinete do Relator
TC 028.391/2020-9	Aeroporto de São Gonçalo do Amarante	Aroldo Cedraz	Acórdão 8/2023
TC 016.420/2021-7	BR-163/MS	Aroldo Cedraz	Em instrução
TC 005.373/2022-0	BR-060/153/262/ DF/GO/MG	Walton Alencar	Aguardando instrução
TC 009.697/2023-3	Ferrovias Malha Oeste	Aroldo Cedraz	Autuado em 17/5/2023
TC 014.498/2023-5	Aeroporto Antônio Carlos Jobim (Galeão)	Augusto Nardes	Autuado em 19/5/2023

Fonte: elaboração própria

8. Dos processos listados na tabela anterior, o mais antigo é o TC 008.508/2020-8, que foi aberto em 20/2/2020. Dessa forma, o critério de prevenção adotado para a distribuição da presente consulta se amoldaria também para outros ministros e o direcionamento pelo jurisdicionado de determinado processo e Ministro Relator como critério da distribuição implica no comprometimento do princípio do juiz natural.

9. Entende-se que a distribuição do processo para o presente caso deveria obedecer ao disposto no art. 2º, § 2º, da Resolução-TCU 346/2022. Entretanto, deixa-se de propor encaminhamento quanto ao assunto, pois o Ministro Relator ou o Colegiado podem, por iniciativa própria, rever essa questão caso concordem pela inadequação da distribuição.

III. Questões objeto da consulta

10. Os consulentes formulam os seguintes questionamentos à Corte:

- a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretratável da relicação se restringe à iniciativa do concessionário? b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicação, por iniciativa do Poder Concedente? (peça 2)

11. **A consulta não foi acompanhada de parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente, conforme recomenda o art. 264, § 1º, do RI/TCU.** Assim, a compreensão das questões e do contexto inserido se extrai diretamente do acanhado documento de consulta encaminhado ao TCU (peça 2), limitando o melhor entendimento das questões. Nessa linha, as seguintes ponderações são relevantes para melhor entendimento da consulta:

6. Entretanto, é preciso compreender a postura da Administração em uma conjuntura em que as condições econômicas ou regulatórias se modifiquem e a alteração do contrato de concessão (desistência ou não da relicação) se justifique. Seria possível, então, o encerramento do processo de relicação, mediante novo aditivo e a retomada do contrato de parceria por iniciativa do Poder Público?

(...)

9 Desta maneira, nos resta claro que **não há vedação legal que impeça a Administração Pública de rever a gestão do ativo concedido, mediante a celebração de um novo acordo**, ante a solução dos aspectos operacionais e econômico-financeiros do contrato de parceria,

possibilitando a prestação adequada do serviço público, atendendo, assim, ao interesse público. Ademais, **considerando que a relicitação do aeroporto de Viracopos é objeto do TC 009.470/2020-4 de relatoria do Min. Vital do Rego, solicita-se a distribuição por prevenção da presente consulta ao referido Ministro.** (grifos acrescidos)

12. Nos termos do art. 264, § 3º do RI/TCU, a resposta à consulta “tem caráter normativo e constitui prejulgamento de tese, mas não do fato ou caso concreto”. Apesar de óbvio, cabe reforçar que esse caráter normativo toma como base o ordenamento jurídico vigente à época da consulta.

IV. Irrevogabilidade e irretratabilidade da relicitação em relação ao Poder Concedente

13. Considerando o argumento dos consulentes de que “não há vedação legal que impeça a Administração Pública”, cabe trazer a conceituação do princípio da legalidade do art. 37, caput, da Constituição e que norteará a presente instrução:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. 1 do parágrafo único do art. 22 da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.** A lei para o particular significa “pode fazer assim”; **para o Administrador público significa “deve fazer assim”.**

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, **a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe.** Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016)

14. Diferentemente do afirmado pelos consulentes, **“na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”,** já para o **“particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe”,** segundo doutrina do ilustre Hely Lopes Meirelles.

15. Nessa linha, para que o contrato seja enquadrado no processo de relicitação é necessário que haja o não cumprimento das disposições contratuais pelo contratado ou a demonstração da “incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”, nos termos do art. 13 da Lei 13.448/2017.

16. Para esse enquadramento, fazem-se necessárias as seguintes manifestações: (i) da agência reguladora sobre “a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação”, segundo o art. 4º do Decreto 9.957/2019; (ii) do Ministério da área de atuação quanto à “compatibilidade do requerimento de relicitação com o escopo da política pública formulada para o setor correspondente”, conforme o art. 5º do Decreto 9.957/2019; (iii) do Conselho do Programa de Parcerias de Investimento da Presidência da República (CPPI), “quanto à conveniência e à oportunidade da relicitação e sobre a qualificação do empreendimento” no PPI, nos termos do art. 6º do Decreto 9.957/2019; e (iv) do Presidente da República, a quem compete decidir, via decreto, pela qualificação do empreendimento.

17. Importante destacar ainda que a relicitação é requerida pelo atual concessionário, conforme art. 3º do Decreto 9.957/2019. Logo, tanto a Administração Pública quanto o concessionário

reconhecem que se fazem presentes as condições para o enquadramento na relicitação.

18. Conforme trazido pelos consulentes, a relicitação é uma alternativa à caducidade, conforme explica a doutrina:

Com efeito, o instinto **visa a garantir a continuidade da prestação do serviço nas situações em que as disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou nas hipóteses em que os contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas no acordo original**. Verifica-se, portanto, que se trata de uma **tentativa de evitar a declaração de caducidade do contrato de parceria com aplicação de penalidades à empresa contratada**. Assim, o ente público, agindo como verdadeiro parceiro permite que o contrato seja substituído por um novo contrato com empresa idônea que vencer o procedimento licitatório da relicitação. (Carvalho, Mateus. Manual de direito administrativo. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020).

19. Ademais, a Lei 13.448/2017 impõe a caducidade como consequência do não êxito da relicitação:

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

(...)

§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:

(...)

II - da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no § 3º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;

(...)

Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 13 desta Lei, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas condições previstas no inciso II do caput do art. 15 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

§ 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei.

20. O Decreto 9.957/2019, que regulamenta a Lei 13.448/2017, traz ainda os seguintes dispositivos:

Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente:

XII - as sanções pelo descumprimento das obrigações firmadas no termo aditivo e as hipóteses em que a reiteração ou a gravidade das infrações cometidas ensejarão proposta de desqualificação do empreendimento no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República;

XIII - a previsão de que a desqualificação do empreendimento pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República implica:

a) **a imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade** eventualmente em curso contra o contratado originário; e

b) o restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do termo aditivo, considerado, para todos os efeitos, o tempo decorrido entre a data da celebração do termo aditivo e a desqualificação;

21. Sobre a desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI, a qualificação sujeita-se ao juízo de conveniência e à oportunidade, art. 6º do Decreto 9.957/2019, sendo, portanto, um ato discricionário. Conforme a Súmula 473 do STF, a revogação dos atos discricionários deve respeitar

os direitos adquiridos, significando uma limitação para a revogação do ato.

22. Após a assinatura do termo aditivo entre o Poder Público e o concessionário, este último adquire o legítimo direito de ver instaurado novo processo licitatório do ativo objeto da concessão, sendo o processo encerrado com (i) a transferência do ativo; (ii) insucesso do processo nos termos do art. 20, § 1º da Lei 13.448/2017, ou (iii) desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI provocado pelo descumprimento do termo aditivo por parte do concessionário segundo o art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019. Logo, exaure-se a margem de discricionariedade do Poder Público.

23. Cabe destacar que o termo aditivo de relicitação envolve diversas cláusulas econômicas e financeiras, sendo que os poderes conferidos pela legislação para alteração unilateral do contrato pela Administração referem-se às cláusulas de natureza regulamentar e de serviço, conforme ensina a doutrina:

Consideram-se **normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado;** ...

(...)

A alteração unilateral do contrato de concessão é admissível sempre, mas unicamente no tocante aos requisitos do serviço e com correlata revisão das cláusulas econômicas e financeiras afetadas pela alteração, para manter-se o equilíbrio econômico e financeiro inicial. (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016).

24. Ainda assim, há vozes que entendem pela parcimônia nessas alterações para o bem da relação jurídica, nesse sentido:

Deve consignar-se, todavia, que a **mutabilidade que marca as concessões não tem caráter absoluto nem no que tange às cláusulas de serviço**. Afinal, trata-se de um contrato e, como tal, **há de estar presente um mínimo de estabilidade na relação jurídica**. (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020).

25. Além disso, não há espaço para escolha da Administração nos casos de encerramento do processo de relicitação sem a transferência do ativo para um novo concessionário. Nesse caso, deve haver a instauração ou a retomada de processo de caducidade. Conforme doutrina de Hely Lopes Meireles, **“a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe”**.

26. Ante o exposto, a resposta para a questão “Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretroatável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?” é a seguinte:

a) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade.

27. Sobre esse questionamento, existem outros aspectos a serem explorados, uma vez que envolve a “retomada do contrato de parceria por iniciativa do poder público”, trazendo outro contorno para as questões dos consulentes transcritas no § 10 desta instrução.

28. A partir dessa assertiva dos consulentes, verifica-se que o objetivo do questionamento não é o mero encerramento do processo de relicitação, mas sua continuidade, obviamente com regras diferentes das atuais para a relicitação. Como haveria a necessidade da concordância do concessionário, é lógico presumir que ele somente aderiria a nova proposição com regras mais benéficas que as atuais.

29. O suposto distrato do aditivo da relicitação não afetaria a qualificação do empreendimento no

PPI, com isso, o concessionário inadimplente contratualmente e/ou sem capacidade de adimplir o contrato, tanto na sua própria perspectiva quanto da Administração Pública, continuaria a usufruir dos sobrestamentos das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13, § 3º da Lei 13.448/2017.

30. Além disso, não é esclarecido de que forma seria essa retomada de parceria. Nesse aspecto, chama a atenção a seguinte afirmação dos consultentes:

7. É relevante destacar que **a Administração Pública não é pautada pelo retorno financeiro direto que o objeto da concessão possa lhe oferecer**, e sim pela melhor prestação do serviço público à população.

31. Ante a esse cenário, no campo das abstrações que é a resposta da consulta, fica difícil vislumbrar uma motivação que: (i) defenda o encerramento do termo aditivo que pactuou a celebração da relicitação rebatendo a motivação do ato que a concedeu; (ii) justifique a continuidade do contrato no PPI; (iv) ampare a pactuação de novo instrumento contratual mais favorável ao concessionário inadimplente; (v) justifique a Administração Pública renunciar suas receitas provenientes do contrato de concessão original; (vi) demonstrem que todos os itens enumerados anteriormente combinados possam gerar benefício ao interesse público superior ao processo de relicitação então instaurado.

32. O mais provável nessa situação é que o ato não se sustente ante à teoria dos motivos determinantes, segundo o qual, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falso, implicam a sua nulidade”.

33. Ademais, com esse ato, a Administração Pública promoveria incentivos ao concessionário inadimplente, premiando a ineficiência e prejudicando a isonomia dos contratos de concessão. Esse incentivo a ineficiência provoca uma falta de alinhamento de interesses devido à ausência de incentivos no cumprimento contratual criando um risco moral.

34. Um exemplo dos resultados alcançados ao se promover medidas de incentivos ao inadimplente é o do programa de parcelamentos especiais de débitos tributários no âmbito federal. A Receita Federal realizou em 2017 um “Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais” que concluiu:

28. **A instituição de modalidades especiais de parcelamento de débitos, com reduções generosas de multas, juros, e também encargos legais cobrados quando da inscrição em Dívida Ativa da União vem influenciando de forma negativa o comportamento do contribuinte no cumprimento voluntário da sua obrigação, evidenciando assim uma cultura de inadimplência.**

29. Os elevados percentuais de exclusão de contribuintes dos parcelamentos especiais e o expressivo aumento do passivo tributário administrado pela Receita Federal evidenciam que **os parcelamentos não são instrumentos eficazes para a recuperação do crédito tributário, além de causar efeitos deletérios na arrecadação tributária corrente, posto que o contribuinte protela o recolhimento dos tributos na espera de um novo parcelamento especial**. Frise-se que as regras oferecidas nesses programas tornam muito mais vantajoso para o contribuinte deixar de pagar os tributos para aplicar os recursos no mercado financeiro, já que num futuro próximo poderão parcelar os débitos com grandes descontos e outras vantagens. ...

30. Portanto, **conclui-se que a instituição de parcelamentos especiais não tem atingido os objetivos deles esperados: incrementar a arrecadação (diminuindo o passivo tributário) e promover a regularidade fiscal dos devedores, devendo qualquer medida proposta nesse sentido rejeitada**. (grifos acrescentados)

35. Conforme se verifica no trecho transcrito, as medidas de incentivo não atingiram os objetivos esperados como também provocaram resultados completamente indesejados pela Administração.

36. Outro ponto relevante da argumentação dos consultentes refere-se à modificação das “condições econômicas ou regulatórias” como justificativa para a “alteração do contrato de concessão (desistência ou não da relicitação)”.

37. Desde a assinatura do termo de relicitação dos processos em curso no TCU, listados na tabela 1,

não houve modificações no ambiente regulatório que justificassem a desistência da relicitação.

38. Com relação às condições econômicas, o maior evento desde o período da criação da lei de relicitação foi o período da pandemia. Entretanto, nesse período o Governo Federal atuou tempestivamente para evitar impactos nos concessionários. A título de exemplo, elenca-se a seguir as medidas adotadas para o setor aeroportuário:

- i) a Lei 14.034/2020 permitiu, entre outros comandos, a postergação do pagamento das contribuições fixas vencidas em 2020 para o dia 18 de dezembro daquele ano e uma nova rodada de reprogramações das outorgas aeroportuárias, por meio da alteração da Lei 13.449/2017;
- ii) no que tange à essa nova rodada de reprogramação, a lei foi regulamentada pelo Decreto 14.446/2020, e posteriormente pela Portaria Minfra 157/2020. Com base nessa portaria, a Anac aprovou novo reperfilamento do cronograma de pagamento das Contribuições Fixas;
- iii) considerando a continuidade da pandemia em 2021, o Ministério da Infraestrutura, após anuência prévia do Ministério da Economia (prevista no art. 2º do Decreto 10.446/2020), editou nova regulamentação – a Portaria 139/2021 – para a Lei 13.499/2017, permitindo a instrução e análise de mais uma rodada de reprogramação do cronograma de recolhimento das contribuições fixas para contratos de concessão celebrados até 31/12/2016.

39. Ante o exposto, a revogação do processo de relicitação para a posterior retomada da parceria por iniciativa da Administração, além de carecer de respaldo legal, atenta contra: a teoria dos motivos determinantes, o princípio da eficiência, a isonomia das concessões, e o interesse público.

V. Balizas técnicas a motivar o encerramento da relicitação, por iniciativa do Poder Concedente

40. Conforme tratado no tópico IV supra, a assinatura do termo aditivo de relicitação pela Administração gera o direito para a concessionário de que seja instaurado novo processo licitatório do ativo objeto da concessão. Com isso, por força da Súmula 473 do STF, exaure-se a margem de discricionariedade do Poder Público, submetendo-se às hipóteses de extinção do processo de relicitação previstas na Lei 13.448/2017 e Decreto 9.957/2019.

41. Ante o exposto, a resposta para a questão “b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?” é a seguinte:

b) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente.

42. Em que pese a resposta ao item b) acima, considera-se salutar tecer algumas considerações acerca dessas balizas para o caso de entendimento divergente sobre a questão, em especial pelo surgimento de teses do encerramento da relicitação mediante acordo entre as partes.

43. Nesse diapasão cabe trazer à baila o conceito de interesse público, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, empregado tão corriqueiramente que se sujeita a ser imprudente com o seu uso:

O conteúdo jurídico do conceito de interesse público não é encontrado pelo critério subjetivo de sua titularidade, ou seja, reporta-se sempre ao interesse público primário, que reside no ordenamento positivo e, portanto, encontra-se alocado a partir de um critério formal – conclusão esta que realoca seu conteúdo para o terreno da hermenêutica;

As conveniências circunstanciais do Estado (também denominadas de interesse do Estado ou interesse secundário) quando não coincidentes com o dito interesse público primário, evidentemente estão na zona de certeza negativa do conceito – equivalendo, então, a o que seria um interesse particular (ainda que passível de ser titularizado pelo Estado);

... Independentemente da capacidade dos indivíduos perseguirem ou não dado interesse, ele será público se estiver em consonância com a ética constitucional e com os princípios que

regem um Estado Social e Democrático de Direito;

... **O conteúdo do interesse público**, portanto, não se restringe aos ditames inerentes aos direitos fundamentais, mas é **compreendido a partir de todo o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988** – que impõe um modelo de Estado social ao Brasil pautado pelo objetivo geral da felicidade do povo – ou seja, o máximo possível de bem-estar;

Também **o artigo 3º da Constituição fornece a finalidade do Estado brasileiro e, assim, aponta para objetivos que constituem o interesse público** (e justificam a supremacia do mesmo sobre o interesse privado);

Os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública também compõem o conteúdo do interesse público, notadamente o princípio da legalidade (pois é a partir dele que se torna possível a explicitação da vontade democrática). (Gabardo, Emerson. e Rezende, Maurício C. M. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017)

44. Logo, não é a titularidade que define o interesse público, mas sim todo o ordenamento jurídico, “notadamente o princípio da legalidade (pois é a partir dele que se torna possível a explicitação da vontade democrática)”

45. Ciente do interesse público, faz-se necessário vencer o desafio da renegociação do contrato. No Brasil, há poucos estudos quanto a natureza e impacto das renegociações das concessões. Porém, no âmbito internacional existe um vasto número de artigos que demonstram as experiências e resultados obtidos com as renegociações.

46. Estudo feito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) OEDC acerca das concessões rodoviárias no Chile, Colômbia e Peru no período de 1993 a 2010 mostraram que as renegociações das concessões são provocadas majoritariamente pelo Poder Público e motivadas por comportamentos oportunistas, e ainda que resultaram em um acréscimo de custo do valor inicial de 15% no Chile e Peru e mais de 280% na Colômbia:

Fourth, **renegotiations of contracts have implied high fiscal costs** and an increase in the terms of the contracts. Among contracts renegotiated, on average, the fiscal cost exceeded 25 million, 45 million and 265 million in Peru, Chile and Colombia, respectively (USD constant prices of 2009). This represents a fiscal cost over the initial value close to 15% in Chile and Peru, and more than 280% in Colombia.

(...)

Fifth, State-led renegotiations, which are more common than firm-led renegotiations, are often motivated by the opportunistic behaviour of governments. Concessionaires had the initiative on less than a fifth of renegotiations and more than 80% of the renegotiations resulted from a bilateral agreement. After controlling for a set variables, **results suggest that State-led renegotiations that added new stretches of roads and State-led renegotiations that included additional complementary works during governments’ last year in office were costlier than other renegotiations, measured as a percentage of the contract’s initial value.** Furthermore governments deferred a larger share of renegotiation’s fiscal costs in State-led renegotiations that took place during their last year in office.

These results suggest that most of the renegotiations were not the unavoidable result of incomplete contracts, nor firms seeking larger rents or accounting for low traffic levels. The three countries analysed make for a diverse sample given the heterogeneity in concession and regulatory designs as well as the frequency and size of renegotiations. These countries differed in the initial set up of concession programmes and have all evolved differently to their respective experiences. Even Chile that is the country with the longest experience and with the lowest number of renegotiation per year elapsed (0.2), most of the renegotiations were government led (85%), with the largest proportion of renegotiations requiring additional works (69%) and the highest fraction paid in future fiscal years (55%), a presumption that time consistency problems were a major factor explaining the renegotiations. (Bitran, Eduardo et al. Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru. OECD DEVELOPMENT CENTRE. Working Paper No. 317)

47. Pode-se questionar que os dados não são do Brasil e são antigos. Entretanto, nosso cenário recente não é diferente. Estudo realizado nas concessões brasileiras em diversos setores no período de 2006 a 2016 mostraram um alto número de renegociações em um curto período, motivados pelo Poder Público e impactados em geral por razões políticas e períodos eleitorais:

Our research shows evidence that, **similar to other PPP experiences, Brazil has also suffered from an abnormal number of renegotiation events, together with the first renegotiation event occurring after a short period of the start of the contract.** Furthermore, as the number of PPP projects increases (and as time passes for each contract), renegotiation events occur more often, increasing the problem. All States and all sectors that have PPP projects seem to be affected by this phenomenon. The motives are mainly on the public side, such as failures in the planning and concept of projects. **Electoral periods and the political connections of shareholders have a significant impact on renegotiations.** Results for the political party, national shareholders, and allocation of the demand risk to the private sector show an increase in the likelihood of renegotiation. (Silva Neto, Dimas C. et al. Understanding the patterns of PPP renegotiations for infrastructure projects in Latin America: The case of Brazil. *Competition and Regulation in Network Industries*, 1-26, 2018).

48. Poderiam ainda ser trazidos mais exemplos de experiências internacionais sobre a renegociação de concessões, mas na busca de ser mais conciso, encerra-se com a citação de *review paper*, que traz uma visão geral do tema mediante a revisão de artigos publicados sobre o assunto, que analisa as vantagens e desvantagens das concessões, seus riscos e apresenta fundamentos para geri-los. Neste artigo, elenca-se as diversas renegociações que ocorrem nos anos iniciais provocados pelo Poder Público como um fator que reduz a eficiência dos ganhos obtidos com as concessões e favorece os operadores, bem como, a tendência do Poder Público em resgatar as concessionárias, fomentando o risco moral:

Also, when private partners are facing financial difficulties, **governments may be tempted to rescue them instead of rescuing the project, attracting opportunistic investors and fostering moral hazard.**

(...)

Contract renegotiations are common. Due to changes in technology or demand, or unexpected events, long-term contracts are expected to face some renegotiation during their lifecycle. But evidence shows that too often PPPs face repeated renegotiation, starting in their first few years. **And often it is the public authorities that initiate renegotiation, giving a bargaining advantage to the private partner** (who can always refuse to change the terms of the contract, except when forced and compensated). In some cases, the possibility of extending a concession for a few more years helps disguise the fiscal cost of the renegotiation, when the loss of future revenue is not fully perceived as a fiscal cost.

Contract renegotiation tends to favor private-sector operators and reduce PPP efficiency.

While PPP procurement is expectedly done under competition, renegotiation is usually conducted under no competitive pressure and with information asymmetry. **Poor negotiating skills often compound weak government bargaining power, leading to efficiency losses.**

(Foud, Manal et. Al. Mastering the Risky Business of Public-Private Partnerships in Infrastructure. Volume:2021. International Monetary Fund. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/view/journals/087/2021/010/article-A001-en.xml>)

49. Apesar de já ter sido comentado anteriormente, é relevante ser repetitivo quanto a esse ponto, **a renegociação que se ventila é com os atuais concessionários inadimplentes contratualmente e/ou sem capacidade de adimplir o contrato, tanto na sua própria perspectiva quanto da Administração Pública**, que em ato complexo envolvendo Agência Reguladora, Ministério da área de atuação, CPPI e Presidência da República deliberam sobre o assunto. Com isso, **os riscos apontados pelas pesquisas das experiências internacionais e nacionais sobre a renegociação seriam potencializados.**

50. Ante o exposto, as experiências de renegociação das concessões mostram que são contrárias ao interesse público, reduzindo a eficiência da concessão, gerando um risco moral e beneficiando os concessionários.

51. Para que uma eventual renegociação atenda ao interesse público é fundamental que esteja assentada sobre o princípio da legalidade e impessoalidade. Ademais, faz-se imperativo que sejam mantidas as condições efetivas da proposta e preservação dos princípios que orientam a licitação precedente à concessão.

52. Nessa linha, o eventual encerramento do processo de relicitação por iniciativa do Poder Público deverá demonstrar em sua motivação que a alternativa da medida a ser adotada seja mais eficaz que a transferência do ativo para um novo concessionário que goze de higidez econômico-financeira, selecionado mediante um processo que contou com a participação da sociedade na sua formulação, mediante a consulta pública, no qual há um compromisso da retomada imediata de investimentos com conclusão em um curto período para assegurar a prestação adequada dos serviços, e aumentando a arrecadação do Governo Federal, preocupação da atual gestão que é de amplo conhecimento público.

53. Quanto ao efeito na arrecadação, no dia 19/5/2023 foi realizado o leilão da relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante que alcançou ágio de 41% sobre o lance mínimo estabelecido, demonstrando a validade do modelo e os benefícios alcançados para a sociedade. (<https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/governo-arrecada-320-milhoes-em-novo-leilao-do-aeroporto-de-natal>).

54. Com relação à alternativa de encerrar os processos de relicitação e permanecer com os atuais concessionários, cabe destacar que em função do estado de penúria que se encontram, eles estão sem pagar as outorgas, no caso dos aeroportos, ou cobrando excedentes tarifários, caso das rodovias, com o objetivo que mantivessem apenas a prestação dos serviços dos serviços essenciais até o início do novo contrato de concessão. A continuidade desses contratos passaria não só pela regularização dessa situação, como também pelo pagamento de multas, reposição de garantias e realização dos investimentos obrigatórios que assegurem a prestação adequada do serviço.

55. Ante a essa situação, parece improvável que “a celebração de um novo acordo”, nas palavras do consulente, possa ser exitosa com os atuais concessionários, atenda ao interesse público e suplante os benefícios advindos da solução posta e prevista legalmente que é a relicitação.

56. Apesar disso, ante a consulta e a possibilidade de divergência das conclusões ora alcançadas, caso o Poder Concedente resolva ultrapassar esses obstáculos impostos pela situação fática e pelo ordenamento jurídico, faz-se imprescindível que a motivação do ato contemple:

- i. a contraposição dos motivos que levaram originalmente a Administração Pública a celebrar o termo aditivo de relicitação, consideração a manifestação da ANAC, Ministério da Área de atuação e CPPI;
- ii. justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13, § 3º da Lei 13.448/2017, considerando o encerramento da relicitação;
- iii. demonstração de que os resultados alcançados com “a celebração de um novo acordo” superam os advindos da relicitação;
- iv. demonstração da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir as cláusulas contratuais em mora e implementar os investimentos necessários para a prestação adequada do serviço dentro do prazo requerido;
- v. reestabelecimento integral das garantias a serem exigidas do atual concessionário para assegurar o Poder Concedente quanto ao inadimplemento contratual, incluídos os relativos à execução das obras necessárias para a prestação adequada do serviço dentro do prazo requerido;
- vi. submissão dos termos do “novo acordo” à consulta pública para possibilitar a manifestação da sociedade, resguardando os direitos dos usuários do art. 175, II, da Constituição, até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na relicitação;

- vii. avaliação econômico-financeira da vantajosidade da celebração do “novo acordo”;
- viii. relação de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados ao objeto do “novo acordo”, com a discriminação dos custos correspondentes;
- ix. estudo de demanda atualizado e desenvolvido a partir das características do “novo acordo”;
- x. projeção das receitas operacionais, devidamente fundamentada no estudo de demanda previsto no item anterior;
- xi. relação das obras e dos investimentos obrigatórios a serem realizados pelo concessionário durante a execução do “novo acordo”, acompanhados dos respectivos cronogramas físico-financeiros, bem como das obras e dos investimentos que caberá ao Poder Concedente realizar, se for o caso;
- xii. relação de obras e investimentos não obrigatórios, mas que são vinculados ao nível de serviço, acompanhados da estimativa de sua implantação, por meio de cronogramas físico-financeiros sintéticos;
- xiii. orçamento detalhado e atualizado das obras e dos investimentos a serem realizados obrigatoriamente pelo concessionário, de forma que os elementos de projeto básico e o nível de atualização dos estudos apresentados permitam a plena caracterização da obra, do investimento ou do serviço;
- xiv. discriminação fundamentada das despesas e dos custos estimados para a prestação dos serviços;
- xv. relação das medidas mitigadoras e/ou compensatórias dos impactos ao meio ambiente, inclusive do passivo ambiental existente, acompanhada de cronograma físico-financeiro e da indicação do agente responsável pela implementação das referidas medidas;
- xvi. discriminação dos custos para adequação do projeto às exigências ou condicionantes do órgão competente de proteção ao meio ambiente; e
- xvii. estudo contendo descrição exaustiva de todos os elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento, fundamentando a alocação de cada risco mapeado para cada uma das partes envolvidas no contrato a ser firmado.

CONCLUSÃO

57. Cuidam os autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos e pelo Ministro de Estado dos Transportes sobre a interpretação da Lei de Relicitações.

58. O processo foi distribuído por dependência ao Ministro Vital do Rego, relator do TC 009.470.2020-4, entretanto demonstrou-se que existiam outros processos em trâmite no TCU que tratam do mesmo tema, fragilizando o critério adotado e pondo em risco o princípio do juiz natural.

59. O despacho do Ministro Relator determinou o prazo de cinco dias para manifestação da unidade técnica, posteriormente prorrogado para o dia 24/5/2023. Apesar dessa prorrogação, ante a complexidade da matéria e ineditismo das questões formuladas, o prazo resultou em limitações no aprofundamento das questões dos consulentes.

60. A análise realizada concluiu pelo conhecimento da consulta, vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno.

61. Com relação a consulta, indagou-se o seguinte:

a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretratável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário? b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente? (peça 2)

62. Para a questão a), concluiu-se pela seguinte resposta:

a) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade.

63. Quanto a questão b), chegou-se a seguinte resposta:

b) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente.

64. Os tópicos IV e V trazem os fundamentos fáticos e jurídicos que limitam essa atuação do Poder Concedente, entretanto, considerando a natureza da consulta e a possibilidade de divergência das conclusões ora alcançadas, o § 56 elenca os parâmetros mínimos da motivação para o ato pretendido.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

65. Entre os benefícios do exame desta consulta pode-se mencionar fornecimento de subsídios para atuação do Ministério dos Portos e Aeroportos e Ministério dos Transportes.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

66. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;
- b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:
 - b.1) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade;
 - b.2) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente;
 - b.3) Caso o Tribunal entenda de forma divergente em relação aos itens anteriores, que o gestor considere minimamente os itens relacionados no § 56 desta instrução na motivação do ato de encerramento da relicitação.
- c) arquivar o presente processo.

3. O diretor da subunidade técnica concordou, em essência, com a instrução do auditor, mas discordou, em parte, de alguns aspectos abordados, conforme se segue (peça 9):

Concordo, em essência, com a instrução formulada pelo AUFC CLEITON ROCHA DE MATOS na peça anterior, sem prejuízo de dissentir, em parte, de alguns aspectos nela abordados. Permito-me tecer abaixo algumas considerações adicionais para o entendimento do tema objeto da consulta.

Breves considerações adicionais sobre a sistemática da relicitação

1. Para que o empreendimento esteja apto ao processo de relicitação é necessário que haja (i) o não atendimento das disposições contratuais pelo contratado ou (ii) a demonstração da incapacidade do contratado de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente, nos termos do art. 13 da Lei 13.448/2017. Nesse sentido verificam-se, de antemão, duas situações distintas: uma, a de concessionária que já vem apresentando problemas de cumprimento das obrigações contratuais; e outra a de concessionária que, mesmo adimplente com suas obrigações, antecipa-se a uma provável incapacidade futura de cumprimento de suas obrigações (e.g. futura construção de uma nova pista de pouso ou duplicação de trecho rodoviário) e requer, assim, sua adesão à relicitação.

2. Em linha com as justificativas constantes da Exposição Ministerial da Medida Provisória 752/2016 trazida pelos consultentes, pode-se afirmar que **a relicitação representa, em última instância, a tentativa de viabilização de uma alternativa menos gravosa e mais eficiente em relação à caducidade para a extinção do contrato de concessão.**

3. Sobre a eventual desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI, como decorrência de eventual novo acordo que venha a ser firmado alternativamente à relicitação, vale frisar ainda que o ato de qualificação se sujeita ao juízo de conveniência e à oportunidade do Presidente da República, nos termos do art. 6º do Decreto 9.957/2019, podendo a desqualificação, no entanto, ser realizada diretamente pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (art. 8º, inciso XIII, do Decreto 9.957/2019). Ambos os atos são caracterizados como sendo tipicamente discricionários e passíveis de controle.

4. Após a assinatura do termo aditivo de relicitação entre o Poder Concedente, aqui representado pela Anac ou Antt, e o concessionário, este último adquire a legítima expectativa de ver instaurado novo processo licitatório do ativo objeto da concessão, sendo o processo encerrado, em regra, apenas com (i) a transferência do ativo; (ii) o insucesso do processo nos termos do art. 20, § 1º da Lei 13.448/2017, ou (iii) a desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI provocado pelo descumprimento do termo aditivo, nos termos do art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019.

Possibilidade de novo acordo que encerre a relicitação durante o curso regular do processo

5. A partir da leitura sistêmica da consulta proposta, verifica-se que o objetivo do primeiro questionamento não é validar o encerramento atípico do processo de relicitação por iniciativa exclusiva e unilateral pelo Poder Concedente, mas sim entender se seria possível a revisão de tal processo mediante novo acordo (v. item 9 da peça 2). Nesse sentido, sugere-se a possibilidade de continuidade do contrato de concessão, retornando-se ao momento imediatamente anterior ao da relicitação.

6. Sob a ótica da legislação que rege o processo de relicitação, é correto afirmar que a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação dirigem-se ao contratado, não sendo vinculantes em relação ao Poder Concedente, na forma do art. 14, § 2º, III, e art. 15, I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, III, do Decreto 9.957/2019.

7. Além disso, é inequívoco que se compreende nas competências da Anac e da Antt, na qualidade de Poder Concedente para fins de contrato de concessão, a prerrogativa de celebrar acordos no âmbito desses contratos, com fundamento no art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005, e no art. 24, inciso V, da Lei 10.233/2001, dado que não faria sentido a lei consignar uma competência para essas agências sem que os meios indispensáveis para o seu exercício não lhe fossem igualmente outorgados.

8. Entende-se ainda que, em sentido mais amplo, tal linha argumentativa inclusive está em linha com os preceitos gerais admitidos pelo art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), ao prever que “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

9. Cumpre lembrar que, por ocasião de julgamento ocorrido em 7/12/2020, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como norma impugnada a própria Lei 13.448/2017, o STF fixou o seguinte entendimento, em consonância o exposto nos parágrafos precedentes:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SETOR FERROVIÁRIO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO INC. II DO ART. 6º, DOS §§ 1º, 3º, 4º E 5º DO ART. 25 E DO § 2º DO ART. 30 DA LEI N. 13.448, DE 5.6.2017. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

(...)

5. A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes.

10. Na situação hipotética de rompimento prematuro e atípico do processo de relicitação, cabe também reforçar a necessidade da concordância do concessionário com os novos termos propostos, sendo racional presumir que ele somente aderiria a esse novo arranjo com regras mais benéficas do que as atuais, dado que o retorno às condições anteriormente vigentes traria consequências, em princípio, extremamente gravosas e de impacto imediato a esses concessionários.

11. Nessa linha, cabe avaliar ainda se eventual distrato do aditivo da relicitação poderia não afetar a qualificação do empreendimento no PPI e, com isso, o concessionário inadimplente contratualmente ou que demonstre incapacidade de adimplir o contrato original, tanto na sua própria perspectiva quanto na visão do Poder Concedente, continuaria a usufruir das medidas excepcionais intrínsecas à qualificação, tais como o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade, segundo o art. 2º c/c art. 13, § 3º, da Lei 13.448/2017.

12. A esse respeito, entende-se que a busca de um consenso materializado na assinatura e posterior manutenção do aditivo de relicitação é o objetivo a ser perseguido a partir da qualificação, verificando-se inclusive a expedição de decretos de qualificação dos empreendimentos para fins de relicitação prevendo a perda da eficácia e extinção da qualificação obtida, para todos os efeitos, na hipótese do termo aditivo não vir a ser firmado em prazo razoável (e.g. Decretos 10.427/2020, 10.472/2020, 11.171/2022). Assim, é possível afirmar que **a manutenção do status de empreendimento qualificado após o desfazimento de aditivo de relicitação válido e eficaz, são atos, em princípio, contrários à finalidade e à lógica do procedimento de relicitação como alternativa à caducidade.**

13. Tal interpretação pela possibilidade de manutenção do *status* de empreendimento qualificado de forma autônoma e independente em relação à relicitação promoveria incentivos indevidos ao concessionário inadimplente, premiando a ineficiência e prejudicando a isonomia dos leilões realizados. Esse estímulo à ineficiência provoca uma falta de alinhamento de interesses e aumenta a possibilidade de comportamentos oportunistas, encorajando a assunção de risco moral pelas concessionárias, de forma que tal perspectiva não condiz o racional objetivado pelo legislador na edição da Lei 13.448/2017, já que contrária aos fins por ela almejados.

14. Ante o exposto neste tópico, considera-se oportuna a seguinte resposta para a questão “Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e

irretratável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?":

- I. Nos termos do art. 14, inciso III, e art. 15, inciso I, a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação são vinculativas exclusivamente em relação ao concessionário.
- II. Considerando que o processo de relicitação objetiva a extinção amigável do ajuste originário, inexistente vedação legal a cenário hipotético no qual, por iniciativa do Poder Concedente, e de comum acordo com o contratado originário, ambas as partes optem pelo retorno às condições contratuais originais anteriores ao termo aditivo de relicitação.
- III. A autorização para que o Poder Concedente possa veicular, mediante comum acordo, alterações nas condições contratuais da concessão, decorre diretamente das competências previstas nas leis de criação da Anac (art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005) e da ANTT (art. 24, inciso V, da Lei 10.233/2001).
- IV. Nos termos da jurisprudência do STF, *'A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes'* (ADI/DF 5991, Rel. Min. Cármen Lúcia).
- V. Não obstante a possibilidade de novo acordo objetivando retorno às condições contratuais anteriores ao termo aditivo de relicitação, sujeita-se o contratado a todas as consequências legais e regulamentares decorrentes da eventual ruptura voluntária e consensual com o processo licitatório, incluindo, mas não se limitando à: (i) instauração ou retomada de processo de caducidade; e (ii) restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do termo aditivo.

Parâmetros mínimos a serem considerados para o encerramento da relicitação

15. Além da demonstração de interesse público inerente ao hipotético novo ajuste alternativo à relicitação, vale frisar que todos os documentos e atos administrativos exarados no âmbito dos processos de requerimento de relicitação processados pelas respectivas agências reguladoras culminaram na manifestação de opinativo pela viabilidade técnica e jurídica da relicitação. Dessa forma, tal manifestação de vontade do Poder Concedente passou a vinculá-lo em relação aos motivos por ele explicitados, consoante a *teoria dos motivos determinantes*, sendo esta teoria amplamente utilizada na jurisprudência desta Corte, inclusive quando se trata de desestatizações (v. Acórdãos 2666/2013-TCU-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman; 957/2016-TCU-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

16. Seguindo essa lógica, a motivação exposta para a mudança de entendimento do Poder Concedente em relação à conveniência do prosseguimento do processo de relicitação poderá também ser cotejada com todo o acervo documental constante do processo administrativo de requerimento da relicitação. Caso seja constatada incoerência entre a fundamentação exposta, considerando todo esse conjunto de atos preparatórios, e o resultado almejado nas manifestações de vontade, torna-se possível assim a invalidação de encerramento atípico do processo de relicitação de comum acordo com a concessionária. Nesse sentido é o entendimento dominante do STJ:

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que **os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.**
2. **"Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido"** (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).

3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade.

4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, **compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.**" (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.)

(...)

(STJ, AgRg no REsp 1280729/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10/04/2012, p. DJe 19/04/2012.)

17. Assim, na hipótese de desejar proceder a novo acordo com desfazimento do processo de relicitação já em curso, sem prejuízo de outras condicionantes a serem analisadas em caso concreto submetido à apreciação da Corte, **o Poder Concedente deve comprovar a ocorrência de fatos supervenientes ao termo aditivo de relicitação que tornem insubsistente ou não mais aplicável a motivação original que embasou a manifestação pela viabilidade técnica e jurídica da relicitação. Deve ainda o respectivo ministério supervisor manifestar-se em relação à aderência do novo ajuste relativamente ao escopo da política pública formulada para o setor.**

18. Relativamente a esse hipotético novo acordo, cabe pontuar que, ante esse cenário, pode se revelar necessária avaliação *ex ante*, no caso concreto, de **estudo de viabilidade sobre a capacidade econômico-financeira da SPE em arcar com os investimentos a serem executados, bem como sanear as dívidas de natureza contratual vencidas e não pagas.**

19. Nessa situação, a “celebração de um novo acordo, ante a solução dos aspectos operacionais e econômico-financeiros do contrato de parceria”, como disseram os consultantes, poderia vir a desnaturar severamente as características do objeto licitado, tornando a própria manifestação inicial sobre a desestatização realizada pelo TCU inócua, dado que a magnitude das alterações contratuais ínsita a essa solução pressupõe-se suficientemente elevada para que sejam eliminadas as causas apontadas pelas concessionárias requerentes como determinantes para o insucesso do empreendimento nos moldes originalmente contratados.

20. Além disso, vale lembrar a existência de soberbo risco de inexecução dos investimentos a serem pactuados, caso sejam mantidos os contratos atuais, tendo em vista que as concessionárias que já solicitaram relicitação estão combalidas financeiramente, sendo este fato incontestado e assumido pelas próprias requerentes. Ressalta-se que as concessionárias atuais já estavam sem pagar outorgas (caso dos aeroportos) ou cobrando excedentes tarifários (no caso de rodovias), com o objetivo de possibilitar a essas SPE's que mantivessem apenas a prestação dos serviços essenciais até o início do novo contrato de concessão. Para a realização de obras de grande porte ainda contratualmente previstas, questiona-se se essas concessionárias teriam capacidade financeira de cumprir com as obrigações que vierem a ser pactuadas.

21. Permanece ainda a possibilidade de risco de inadimplência no pagamento das outorgas pelas concessionárias. Dentre as hipóteses ventiladas em alguns veículos de imprensa, discute-se a possibilidade de flexibilizar mais uma vez o cronograma de pagamento das outorgas pelas concessionárias de aeroportos como forma de dar um “alívio de caixa” às SPE's. Novamente, questiona-se se essas concessionárias terão capacidade de honrar esses compromissos futuros dado o estado de penúria financeira em que se encontram atualmente.

22. Além de reequilíbrios já concedidos a título de compensação em face da Covid-19,

reprogramações e postergações do pagamento de outorga já foram anteriormente concedidas no setor aeroportuário, o que se soma também a diversos termos de ajustamento de conduta firmados no setor rodoviário, e ainda assim tais eventos não foram suficientes para evitar a adesão de diversas concessionárias ao instituto da relicitação.

23.O Tribunal, como regra, exerce controle de segunda ordem sobre as atividades-fim das agências, respeitando a discricionariedade das agências quanto à escolha da estratégia e das metodologias utilizadas para o alcance de seus objetivos (v. Acórdão 1166/2019-TCU-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes). Assim, no que tange ao acompanhamento de outorgas ou execução contratual de serviços públicos concedidos, a fiscalização exercida pelo TCU, nas atividades regulatórias, possui caráter de ancilaridade ao Poder Concedente. Trata-se de um controle de *segunda ordem*, cujos limites se estabelecem na esfera de discricionariedade conferida ao agente regulador (Acórdão 2.138/2007-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler).

24.Não obstante tal entendimento, **isso não significa um salvo-conduto para que o contrato de concessão possa ser completamente desvirtuado em suas características essenciais**, em especial em relação à sua estrutura de pagamento e/ou tarifação e seus investimentos para manutenção do serviço adequado, nos termos dos respectivos programas de exploração; cabendo, excepcionalmente, e a depender da extensão das mudanças propostas no novo acordo que eventualmente venha a ser realizado para desistência da relicitação, a **adoção de medidas no sentido de somente permitir a assinatura desse novo ajuste quando da avaliação global desse instrumento pela Corte (incluindo a adoção de eventual medida cautelar)**.

25.Nesse sentido também **poderá a Corte exigir o encaminhamento de documentos tipicamente exigidos nas análises de desestatização pela IN-TCU 81/2018, ou seja, a demonstração de nova viabilidade econômico-financeira da concessão propriamente dita nos novos moldes que se pretendem ver ajustados**.

26.Reitero aqui que as referências trazidas na instrução formulada à peça anterior sugerem que **as diversas renegociações que ocorrem nos anos iniciais provocadas pelo Poder Público representam um fator que reduz a eficiência dos ganhos obtidos com as concessões e favorece os operadores, e que existe uma tendência do Poder Público em resgatar as concessionárias, fomentando o risco moral**.

27.Cabe enfatizar ainda que, em todas as oportunidades em que foram alteradas as regras atinentes a pagamento de outorga, no caso do setor aeroportuário, as reprogramações e postergações de pagamento se deram com base em **lei específica**, considerando que constituíram critério de julgamento da licitação; assim, não há que se falar em acordo que realize flexibilização do cronograma de pagamento dessas outorgas sem o devido acobertamento legal, obedecido, em qualquer caso, a **manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumido**.

28.Ante o exposto, para a questão “Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?”, entendo que deva ser respondido ao consulente que, ressalvada a possibilidade do Tribunal vir a exigir o encaminhamento de todos os documentos tipicamente exigidos nas análises de desestatização pela IN-TCU 81/2018, ou seja, a demonstração da viabilidade completa do empreendimento nos novos moldes que vierem a ser pactuados, as seguintes balizas mínimas devem ser observadas na motivação que anteceder o encerramento consensual da relicitação:

- a) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;
- b) demonstração da aderência do novo ajuste em relação ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente;
- c) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes;
- d) justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13, § 3º da Lei 13.448/2017, quando for o

caso;

e) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação;

f) análise da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;

g) comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação;

h) comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo;

i) comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação.

29. São essas as considerações que julgo pertinentes para a apreciação da matéria, e as quais remeto para pronunciamento do titular da unidade técnica.

4. A dirigente máxima da unidade técnica acolheu integralmente o encaminhamento ofertado pelo auditor, manifestando-se nos termos a seguir transcritos, com os ajustes pertinentes (peça 10):

I - Relicitação

1. Antes de pontuar as questões trazidas pela consulta, cabe lembrar os fatos que antecederam a medida provisória 752/2016, convertida na Lei 13.448/2017 (Lei que estabelece os procedimentos da Relicitação).

2. À época, diversos ativos de infraestrutura apresentavam má performance, inexecuções se acumulavam (TC 006.351/2013-1 e TC 014.745/2015-1) gerando um enorme passivo regulatório e submetendo, por vezes, os usuários a condições não adequadas da prestação de serviço.

3. Algumas concessionárias apresentavam dificuldades para obtenção de financiamento em função das características do ativo (em um cenário em que as premissas otimistas aventadas no leilão pelos licitantes não se confirmaram) ou ainda em decorrência das restrições de crédito dado os desdobramentos da operação lava jato (TC 034.032/2017-7).

4. Nesse sentido, endereçando o problema identificado, houve a edição da Medida Provisória 752/2016 que contou com a seguinte exposição de motivos (disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-752-24-novembro-2016-783938-exposicaodemotivos-151447-pe.html>, acesso em 24/5/2023):

11. A Medida Provisória, de outro lado, faculta ao Poder Concedente, em comum acordo com concessionário, adotar o procedimento de relicitação de contratos de parceria vigentes no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujos **parceiros demonstrem ausência de capacidade em cumprir com as obrigações assumidas contratualmente**. Trata-se de alternativa inovadora de **“devolução coordenada e negociada”** da concessão, **evitando-se o processo de caducidade**, muitas vezes moroso e com **longa disputa judicial**, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo. Nesse caso, **deverá ser realizado estudo prévio visando garantir a viabilidade econômica e operacional do novo ajuste**. A **governança e a transparência** foram

de novo reforçadas, e a **proposta de transferência**, junto com os **estudos**, deve ser submetida a **consulta pública** e ao **TCU**. (...)

12. Nessa relicitação, o **Poder Concedente terá a faculdade de reavaliar as condições originalmente pactuadas** no contrato e **promover a seleção de outro parceiro** apto à execução do objeto. O **parceiro originalmente contratado** e os acionistas relevantes da empresa responsável pela execução do contrato **não poderão participar do novo certame**. Até a conclusão da relicitação e a assinatura do novo contrato de parceria, o antigo **concessionário deverá assegurar**, porém, a continuidade da prestação dos **serviços essenciais**, sob pena de aplicação de penalidades contratuais.

5. Nesse sentido, a relicitação seria uma alternativa a caducidade. Durante o processo haveria a garantia da realização de estudos para a viabilidade econômica e operacional do novo ajuste, da submissão do novo projeto à consulta pública e ao TCU e da vedação ao parceiro originalmente contratado em assumir o novo contrato. Até a conclusão do processo, o parceiro privado anterior seria obrigado apenas a dar continuidade à prestação dos serviços essenciais.

6. Visando dar fôlego financeiro às combalidas SPEs que apresentavam dificuldades de caixa de viabilizar a prestação dos serviços essenciais, o Decreto 9.957/2019, que regulamentou a Lei 13.448/2017, inaugurou a possibilidade da cobrança de excedente tarifário (utilizado nos casos de ativos rodoviários) e da suspensão do pagamento da outorga (utilizado nos casos de ativo aeroportuário). Esses valores seriam descontados do valor da indenização calculado pela agência reguladora.

7. O pagamento dos valores de indenização seria condição para o início do novo contrato de parceria nos seguintes termos do mencionado decreto:

Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017:

I - as multas e outras somas de natureza não tributária devidas pelo contratado originário ao órgão ou à entidade competente e não adimplidas até o momento do pagamento da indenização;

II - as outorgas devidas até a extinção do contrato de parceria e não pagas até o momento do pagamento da indenização; e

III - o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo.

§ 1º As outorgas vencidas e pagas, incluído o ágio, não compõem o cálculo da indenização devida.

§ 2º O pagamento dos valores de que trata o caput será condição para o início do novo contrato de parceria, nos termos do disposto no § 3º do art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outros valores a serem apurados e pagos posteriormente, decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, na forma prevista no inciso IV do caput do art. 8º.

8. Dessa forma, os termos aditivos de relicitação de diversos ativos foram pactuados, a saber: BR-040/DF/GO/MG, BR-163/MS, BR-060/153/262/DF/GO/MG, BR-101/RJ, Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (Asga), Aeroporto de Viracopos e Aeroporto do Galeão.

II – Novos leilões

9. Com base nas experiências passadas, houve um esforço das agências reguladoras em contratar estudos mais sólidos (econômicos, de engenharia e socioambientais) e em desenhar contratos buscando mecanismos que gerassem maior alinhamento de interesses entre o poder concedente e o concessionário para permitir maior execução contratual.

10. Parte das melhorias regulatórias vieram em decorrência da atuação desse Tribunal, em especial, quando das análises de desestatizações.

III – Consulta

11. Os Ministros de Estado indagam: i - se o caráter irrevogável e irretratável da relicitação se restringe à iniciativa dos concessionários e ii - quais balizas técnicas que devem embasar a motivação pelo encerramento do processo de relicitação.

12. A instrução do auditor abordou de forma precisa essas questões. O Diretor divergiu, em parte, da resposta a pergunta “Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretratável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?”

13. De forma a contribuir com o debate sobre o tema, destaco alguns pontos.

14. Ainda que se possa considerar a possibilidade da desistência do processo de relicitação, aventada pelo pronunciamento do Diretor, importante pontuar a situação fática dessas concessões.

15. Como dito anteriormente, ainda que se desconsidere o passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram retiradas por ocasião do termo aditivo de relicitação), essas concessões possuem dívidas milionárias/bilionárias com bancos e com fornecedores. Dessa forma, alçar essas concessões a um patamar de solvência financeira capaz de executar grandes investimentos pode ser um caminho quase intransponível.

16. Caso este Tribunal julgue possível a desistência do processo de relicitação pelo gestor (ou uma desistência consensual), deve haver a comparação entre os dois cenários - a) prosseguir com a relicitação x b) desistir da relicitação e pactuação de novo ajuste - para verificar qual seria mais vantajoso aos usuários e ao Poder Concedente.

17. Destaque-se que esta comparação deve seguir premissas técnicas robustas, baseadas em novos estudos (engenharia, econômicos e socioambientais) sob pena de esse novo ajuste ser questionado na justiça e/ou arbitragem. Nesse ponto, tanto o Auditor quanto o Diretor convergem.

18. Não é demais destacar que alguns parceiros privados que estão em relicitação acionam a justiça/arbitragem desde o início do contrato. Nesse sentido, firmar novo ajuste com esses parceiros (ainda mais se não houver estudos e nem passar pelo crivo da sociedade) pode trazer uma eternização dos conflitos (e não uma solução).

19. Ante todo o exposto, alinha-se integralmente a proposta efetuada pelo auditor, nos seguintes termos:

- a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;
- b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:
 - b.1) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade;
 - b.2) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente;
 - b.3) Caso o Tribunal entenda de forma divergente em relação aos itens anteriores, que o gestor considere minimamente os itens relacionados no § 56 da instrução do auditor na motivação do ato de encerramento da relicitação.
- c) arquivar o presente processo.

5. O representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, manifestou-se nos termos que se seguem (peça 13):

Trata-se de consulta formulada pelo ministro de Estado de Portos e Aeroportos e pelo ministro de Estado dos Transportes acerca da juridicidade de interpretação que considere que a irretratabilidade e irrevogabilidade prescritas em lei à extinção amigável de contratos de parceria, para fins de relicitação, se aplica apenas ao parceiro privado, e, em sendo tal entendimento possível, quais seriam as balizas técnicas aplicáveis para o encerramento do processo de relicitação por iniciativa do Poder Concedente.

2. A definição de relicitação está prevista no seguinte dispositivo da Lei 13.448/2017 (regulamentada pelo Decreto 9.957/2019):

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

III - **relicitação**: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

(grifo nosso)

3. A consulta submetida ao Tribunal foi veiculada pelos ministros de Estado de Portos e Aeroportos e de Estado dos Transportes – autoridades legitimadas nos termos do art. 264, inciso VI, do Regimento Interno/TCU – nos seguintes termos (peça 2, p. 2):

a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretratável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?

b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?

4. Os questionamentos propostos pelos consulentes relacionam-se à interpretação dos seguintes dispositivos da Lei 13.448/2017, ou seja, se o caráter “irrevogável e irretratável” da adesão ao processo de relicitação também seria, ou não, aplicável ao Poder Concedente:

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

(...)

§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:

(...)

III - de declaração formal quanto à intenção de **aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria**, nos termos desta Lei;

(...)

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a **aderência irrevogável e irretratável do atual contratado à relicitação do empreendimento** e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei;

(...) (grifos nossos)

5. Por meio da instrução à peça 8, o Auditor Federal de Controle Externo (AUFC) da AudRodoviaAviação manifestou-se no sentido de que, quanto à primeira dúvida suscitada pelos consulentes, ao Poder Concedente não haveria a possibilidade de desconstituir o processo de relicitação, visto que:

Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao

descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade. (letra “a” do parágrafo 26 da instrução à peça 8, p. 5 – grifo do original)

6. Para o AUFC, seria tarefa árdua indicar motivação plausível para que o Poder Concedente interrompesse o processo de relicitação em curso, pelos seguintes motivos:

31. Ante a esse cenário, no campo das abstrações que é a resposta da consulta, fica difícil vislumbrar uma motivação que: (i) defenda o encerramento do termo aditivo que pactuou a celebração da relicitação rebatendo a motivação do ato que a concedeu; (ii) justifique a continuidade do contrato no PPI; (iv) ampare a pactuação de novo instrumento contratual mais favorável ao concessionário inadimplente; (v) justifique a Administração Pública renunciar suas receitas provenientes do contrato de concessão original; (vi) demonstrem que todos os itens enumerados anteriormente combinados possam gerar benefício ao interesse público superior ao processo de relicitação então instaurado. (peça 8, p. 6 – grifos nossos)

7. Após sustentar que a revogação do processo de relicitação para a posterior retomada da parceria por iniciativa da Administração careceria de respaldo legal (parágrafo 39 da instrução à peça 8, p. 7), o AUFC concluiu pela seguinte resposta ao segundo questionamento dos consulentes, quanto às balizas técnicas que deveriam motivar o hipotético encerramento do processo de relicitação por iniciativa do Poder Concedente:

Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º, da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente. (letra “b” do parágrafo 41 da instrução à peça 8, p. 7 – grifo do original)

8. Apesar de defender a inexistência de base legal para o encerramento prematuro do processo de relicitação por parte do Poder Concedente, o AUFC indicou, como caminho alternativo às suas conclusões – por se tratar de processo de consulta e ante a possibilidade de não vir a ser acolhido seu entendimento principal –, uma série de condicionantes que deveriam estar presentes na motivação do ato que viesse a justificar o referido encerramento, nos termos do parágrafo 56 da instrução à peça 8¹ (p. 10-11), entre os quais podem ser destacados:

- a) “demonstração de que os resultados alcançados com ‘a celebração de um novo acordo’ superam os advindos da relicitação” (subitem iii do parágrafo 56);
- b) “demonstração da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir as cláusulas contratuais em mora e implementar os investimentos necessários para a prestação adequada do serviço dentro do prazo requerido” (subitem iv do parágrafo 56);
- c) “avaliação econômico-financeira da vantajosidade da celebração do ‘novo acordo’” (subitem vii do parágrafo 56).

9. O diretor da AudRodoviaAviação, nos termos do pronunciamento à peça 9, discordou parcialmente das conclusões e do encaminhamento sugerido pelo AUFC. Para o diretor, seria:

(...) correto afirmar que a irrevogabilidade e irretatibilidade na adesão ao processo de relicitação dirigem-se ao contratado, não sendo vinculantes em relação ao Poder Concedente, na forma do art. 14, § 2º, III, e art. 15, I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, III, do Decreto 9.957/2019. (parágrafo 6 do pronunciamento à peça 9, p. 2)

10. Com base na compreensão externada na transcrição supra e no entendimento de que o encerramento antecipado do processo de relicitação, de comum acordo com a concessionária, somente restaria justificado caso fosse demonstrada, no conjunto dos atos que motivaram o referido

¹ Proposta de encaminhamento da instrução à peça 8 (p. 12-13 – grifo nosso):

“b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:

(...)

b.3) Caso o Tribunal entenda de forma divergente em relação aos itens anteriores, que o gestor considere minimamente os itens relacionados no § 56 desta instrução na motivação do ato de encerramento da relicitação.”

processo, a “(...) **incoerência** entre a fundamentação exposta (...) e o resultado almejado nas manifestações de vontade”², o diretor propôs a seguinte resposta ao primeiro questionamento dos consulentes:

VI. Nos termos do art. 14, inciso III, e art. 15, inciso I, a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação são vinculativas exclusivamente em relação ao concessionário.

VII. Considerando que o processo de relicitação objetiva a extinção amigável do ajuste originário, inexistente vedação legal a cenário hipotético no qual, por iniciativa do Poder Concedente, e de comum acordo com o contratado originário, ambas as partes optem pelo **retorno às condições contratuais originais anteriores ao termo aditivo de relicitação.**

VIII. A autorização para que o Poder Concedente possa veicular, mediante comum acordo, alterações nas condições contratuais da concessão, decorre diretamente das competências previstas nas leis de criação da Anac (art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005) e da Antt (art. 24, inciso V, da Lei 10.233/2001).

IX. Nos termos da jurisprudência do STF, ‘*A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes*’ (ADI/DF 5991, Rel. Min. Cármen Lúcia).

X. Não obstante a **possibilidade de novo acordo objetivando retorno às condições contratuais anteriores ao termo aditivo de relicitação**, sujeita-se o contratado a todas as consequências legais e regulamentares decorrentes da eventual ruptura voluntária e consensual com o processo licitatório, incluindo, mas não se limitando à, (i) instauração ou retomada de processo de caducidade; e (ii) restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do termo aditivo.

(parágrafo 14 da instrução à peça 9, p. 3 – grifos nossos)

11. Superada a questão quanto à possibilidade da desconstituição do processo de relicitação, o diretor dirigiu o foco de sua análise para a segunda pergunta dos consulentes, acerca dos parâmetros mínimos a serem considerados para o encerramento atípico da relicitação.

12. Para que se tenha a completa compreensão da resposta sugerida pelo diretor à segunda dúvida suscitada pelos consulentes, pede-se vênias para transcrever, na íntegra, o parágrafo 28 da manifestação à peça 9 (p. 6-7 – grifos nossos):

28. Ante o exposto, para a questão “Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?”, entendo que deva ser respondido ao consulente que, ressalvada a possibilidade do Tribunal vir a exigir o encaminhamento de todos os documentos tipicamente exigidos nas análises de desestatização pela IN-TCU 81/2018, ou seja, a **demonstração da viabilidade completa do empreendimento nos novos moldes que vierem a ser pactuados**, as seguintes balizas mínimas devem ser observadas na motivação que anteceder o encerramento consensual da relicitação:

j) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;

k) demonstração da aderência do novo ajuste em relação ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente;

l) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes;

m) justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13 [sic: 14], § 3º da Lei 13.448/2017, quando for o caso;

² Parágrafo 16 da manifestação à peça 9 (p. 4).

- n) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação;
- o) análise da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;
- p) comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação;
- q) comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo;
- r) comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação.

13.A auditora-chefe da AudRodoviaAviação alinhou-se à proposta do AUFC, conforme pronunciamento à peça 10, por compreender que a situação fática atualmente vivenciada pelas concessionárias que aderiram a processos de relicitação demonstra que o cenário financeiro e o passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação) representariam barreiras significativas para que o processo de relicitação fosse desconstituído por iniciativa do Poder Concedente.

14.Após ressaltar as dificuldades que vêm sendo enfrentadas pelas concessionárias que assinaram termos aditivos de relicitação – a exemplo de “dívidas milionárias/bilionárias com bancos e com fornecedores”³ – a auditora-chefe destacou que, caso a opção fosse pela desistência do processo de relicitação pelo Poder Concedente – “ou uma desistência consensual”⁴ –, deveria ser levada a efeito a necessária comparação entre os dois cenários, quais sejam, o prosseguimento do processo de relicitação *versus* o encerramento de tal processo e a pactuação de novo ajuste.

15.Por meio do expediente à peça 11, este membro do Ministério Público solicitou ao relator deste processo, com base no art. 6º, inciso XV, da Lei Complementar 75/1993, nos arts. 81, inciso II, e 84 da Lei 8.443/1992, e no art. 9º, *caput* e § 1º, da Portaria MP/TCU 2/2020, a oportunidade de oficiar nos autos.

16.A referida solicitação deste membro do *Parquet* de Contas foi atendida pelo Ministro Vital do Rêgo nos termos do despacho de Sua Excelência à peça 12, o qual destacou a necessidade de a questão ser julgada com urgência.

17.Preliminarmente, o *Parquet* de Contas ressalta que a competência para que o TCU avalie processos de relicitação que seguem os ditames da Lei 13.448/2017 está assentada nos seguintes dispositivos da referida lei:

Art. 17. O órgão ou a entidade competente promoverá o estudo técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional.

³ Parágrafo 15 da manifestação à peça 10 (p. 3).

⁴ Parágrafo 16 da manifestação à peça 10 (p. 3).

§ 1º Sem prejuízo de outros elementos fixados na regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o **caput** deste artigo:

I - o cronograma de investimentos previstos;

II - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

III - as estimativas de demanda;

IV - a modelagem econômico-financeira;

V - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;

VI - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;

VII - o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados.

(...)

Art. 18. O órgão ou a entidade competente submeterá os estudos de que trata o art. 17 desta Lei a consulta pública, que deverá ser divulgada na imprensa oficial e na internet, contendo a identificação do objeto, a motivação para a relicitação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, e fixará prazo de no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.

Art. 19. Encerrada a consulta pública, **os estudos de que trata o art. 17 desta Lei deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União**, em conjunto com os documentos referidos no art. 14 desta Lei.

(grifos nossos)

18. Estão sob exame no Tribunal, atualmente, os seguintes processos de acompanhamento relacionados a empreendimentos objeto de relicitação⁵ (por ordem de autuação no TCU, em cumprimento à Comunicação ao Plenário do Ministro Raimundo Carreiro de 14/8/2019⁶):

Quadro 1 – Processos de acompanhamento relacionados a relicitações (Lei 13.448/2017) em trâmite no TCU

Processo	Relator	Objeto	Responsabilidade por agir
008.508/2020-8	Jorge Oliveira Walton Alencar Rodrigues (fase recursal)	BR-040/DF/GO/MG (Trecho Brasília - Juiz de Fora)	Gabinete do relator <i>a quo</i> para apreciação de embargos de declaração (opostos contra o Acórdão 752/2023-TCU-Plenário). ⁷
009.470/2020-4	Vital do Rêgo	Aeroporto Internacional de Viracopos/SP	Gabinete do relator para apreciação de embargos de declaração opostos contra despacho de 13/12/2022.
028.391/2020-9	Aroldo Cedraz Antonio Anastasia (fase recursal)	Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN	Gabinete do relator <i>ad quem</i> para apreciação da admissibilidade de recurso interposto contra o subitem 9.7 do Acórdão 8/2023-TCU-Plenário ⁸ .
016.420/2021-7	Aroldo Cedraz	Rodovia BR-163/MS	Em instrução na unidade técnica.
005.373/2022-0	Walton Alencar Rodrigues	Rodovias BR-060/153/262/DF/GO/MG	Em instrução na unidade técnica.
009.697/2023-3	Aroldo Cedraz	Ferrovia Malha Oeste	Autuado em 17/5/2023, ainda sem instrução da unidade técnica.
014.498/2023-5	Augusto Nardes	Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim	Autuado em 19/5/2023, ainda sem instrução da unidade técnica.

19. Por meio do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário, exarado no TC 008.508/2020-8, a Corte de Contas, entre outras providências, dirigiu as seguintes medidas à Segecex:

⁵ Sem prejuízo da existência de outros empreendimentos já qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI) para fins de relicitação, mas que ainda não possuem o correspondente processo de acompanhamento no âmbito do TCU, a exemplo da relicitação da rodovia BR-101/ES/BA, qualificada por meio do Decreto 11.539, de 31/5/2023.

⁶ “Proposta de determinação à Segecex para que atue (*sic*) processos de acompanhamentos autônomos específicos para cada procedimento de relicitação concernente aos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, de que trata a Lei nº 13.448/2017, bem como para cada ocorrência de caducidade. Os referidos processos devem prosseguir até a assinatura do termo aditivo ou a finalização do procedimento de relicitação. Aprovada.” (Ata 30, de 14/8/2019; aprovada em 21/8/2019; publicada no DOU de 26/8/2019)

⁷ Pedido de reexame interposto contra o Acórdão 752/2023-TCU-Plenário, também pendente de apreciação, tendo sido sorteado o Ministro Walton Alencar Rodrigues como relator do recurso.

⁸ “9.7. indeferir o pedido de ingresso como interessado formulado pela empresa Raizen S.A.;;”

9.5. ordenar à Segecex que:

(...)

9.5.2. oriente as Unidades de Auditoria Especializada da SecexInfra a, desde a publicação dos decretos de qualificação de projetos para fins de relicitação nos termos da Lei 13.448/2017, acompanhar o correspondente andamento dos procedimentos preparatórios no âmbito das agências reguladoras, especialmente aqueles que antecedem a assinatura do termo aditivo de relicitação, avaliando a conveniência e oportunidade de elaborar medida normativa ou operacional visando à uniformização, assertividade e tempestividade das ações de controle sobre estes objetos;

(...)

9.6. recomendar à Segecex que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar anteprojeto para alteração da Instrução Normativa 81/2018, de forma a incluir expressa previsão de que as relicitações observem, no que couber, o rito e os critérios afetos às desestatizações em geral;⁹

20. Em outra deliberação mencionada no quadro do parágrafo 18 *supra*, o Acórdão 8/2023-TCU-Plenário, a Corte de Contas, entre outras providências, informou à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) que inexisteriam óbices à continuidade do processo de relicitação do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante. Além disso, sobre a forma de atuação do Tribunal quanto aos processos de relicitação disciplinados pela Lei 13.448/2017, foi aprovada a seguinte providência por meio da referida deliberação:

9.8. ordenar que [a] Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex) promova estudos e proponha, caso necessário, a este Tribunal a atualização da IN TCU 81/2018 para a atuação nos casos específicos do procedimento de relicitação previsto na Lei 13.448/2017.

21. Verifica-se, portanto, que o desfecho a ser conferido a esta consulta tem potencial para causar impacto no exame dos sete processos de acompanhamento anteriormente mencionados e mesmo no modo como o Tribunal passará a atuar nos casos de relicitações regidas pela Lei 13.448/2017 que lhe forem submetidos para análise.

22. Quanto ao mérito da consulta, alinhoo-me à compreensão do diretor da AudRodoviaAviação, no sentido de que **é possível ao Poder Concedente, desde que de modo robustamente justificado e sob determinadas condições, encerrar o processo de relicitação em curso e dar seguimento à concessão originária.**

23. Além disso, na forma adiante esmiuçada, tal desfecho somente pode vir a ocorrer de forma consensual, ou seja, **deve haver a necessária oitiva do contratado, signatário do termo aditivo de relicitação, no sentido de anuir previamente à extinção do processo de relicitação.**

24. Com efeito, há que se ressaltar que não há vedação expressa na Lei 13.448/2017 à iniciativa do Poder Concedente com fins à desistência da relicitação, com sua natural consequência, entre outras, de extinção do termo aditivo que formalizou a relicitação e suspendeu parcialmente as obrigações do concessionário.

25. A Lei 13.448/2017 qualifica como irrevogável e irretratável a declaração formal do contratado de sua intenção de aderir ao processo de relicitação (art. 14, § 2º, inciso III) e a sua própria aderência à relicitação (art. 15, inciso I), mostrando-se acertada a leitura do diretor da AudRodoviaAviação de que “a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação dirigem-se ao contratado, não sendo vinculantes em relação ao Poder Concedente” (parágrafo 6 do pronunciamento à peça 9, p. 2).

⁹ Sobre a fundamentação dos encaminhamentos transcritos, vide o excerto extraído da Seção IV do voto proferido pelo Ministro Jorge Oliveira no Acórdão 752/2023-TCU-Plenário:

“241. Embora a Lei 13.448/2017 seja anterior à IN 81/2018, reconheço que esse último normativo não inclui de forma expressa em seu escopo os processos de relicitação, de forma a aplicar-lhes peremptoriamente os ritos e a sistemática impostos à generalidade dos processos de desestatização.

242. Não tenho dúvidas, contudo, de que, para o exercício efetivo das competências constitucionais e legais do TCU, a atuação da Corte Contas antes da assinatura dos respectivos termos aditivos nas relicitações seria medida a assegurar segurança jurídica às partes envolvidas, maior eficácia à decisão de mérito e efetividade às futuras relicitações fundadas na Lei 13.448/2017.

243. Assim, proponho ao Tribunal recomendar à Segecex que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar anteprojeto para alteração da Instrução Normativa 81/2018, de forma a incluir expressa previsão de que as relicitações observem, no que couber, o rito e os critérios afetos às desestatizações em geral.” (grifos nossos)

26. A possibilidade da resolução contratual por iniciativa da Administração Pública, fundada em razão de interesse público, é regra geral dos contratos administrativos, presente na Lei 8.666/1993 (art. 79, inciso I, c/c art. 78, inciso XII) e na sua sucessora, Lei 14.133/2021 (art. 138, inciso I, c/c art. 137, inciso VIII), não havendo óbice em tese, consubstanciado em vedação específica, a sua aplicação também à pactuação da relicitação, e ao distrato que lhe é inerente.

27. Contudo, especificamente para a desconstituição do ajuste de relicitação, considerando o elevado ônus para o concessionário, que terá, em princípio, integralmente restabelecidas as suas obrigações contratuais, de pagamento de outorgas, vencidas e a vencer, de investimentos, de reconstituição das garantias contratuais etc., ficando sujeito, em caso de novos inadimplementos, à aplicação de novas multas e, no limite, à caducidade, **afigurar-se-ia contraditório e contraproducente da parte do Poder Concedente desfazer-se da anterior solução consensual sem um efetivo compromisso por parte do concessionário de retomada de suas obrigações**, ainda que repactuadas, empurrando a concessão para outra forma de extinção atípica, mais penosa e conflituosa. Tal caminho somente se justificaria se houvesse descumprimento do termo aditivo da relicitação¹⁰ ou se constatada ilegalidade ou desvio de finalidade autorizativos da anulação do referido termo.

28. O Ministério Público concorda especialmente com o diretor da AudRodoviaAviação quanto à impossibilidade da desfignação das condições originalmente previstas na licitação que deu origem ao contrato de concessão e à imperiosidade da demonstração tanto da persistência da viabilidade econômico-financeira da parceria, quanto da vantajosidade da sua manutenção, ainda que em termos minimamente ajustados, por meio do confronto dos cenários relicitação e novo contrato de concessão versus continuidade da concessão original, mediante repactuação via termo aditivo.

29. Em regra, as consequências naturais do hipotético encerramento atípico e prematuro de um processo de relicitação, na forma das dúvidas suscitadas pelos consulentes à peça 2, seriam, entre outras, a desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI e o **restabelecimento das obrigações, encargos e condições previstos no contrato de concessão originário, antes da celebração do termo aditivo de relicitação**.

30. Nesse cenário hipotético, assiste razão à titular da AudRodoviaAviação quando vislumbra a possível presença de um “caminho quase intransponível” (peça 10, p. 3) nos casos de contratos de parceria que, hipoteticamente, sejam retomados em suas condições originais após a desconstituição do processo de relicitação, considerando as dificuldades advindas de obrigações contratuais não adimplidas e de dívidas com bancos e fornecedores.

31. Apesar dessa percepção que poderia, em tese, inviabilizar a continuidade de contratos de concessão, após afastadas as condições flexíveis que lhes foram conferidas a partir da assinatura do termo aditivo de relicitação, não pode a Corte de Contas, em sede de consulta, impedir, *a priori*, a busca de alternativas para a retomada do pleno atendimento do interesse público.

32. A principal alternativa antevista, no caso objeto de dúvida dos consulentes, seria a **assinatura de novo termo aditivo com a contratada originária, sob novas bases**, desde que respeitada a vinculação ao instrumento licitatório que deu origem à concessão, a equação econômico-financeira e a matriz de riscos originais e observadas, entre outras, as condicionantes descritas pelo diretor no parágrafo 28 de sua manifestação à peça 9 (ajustadas nos termos adiante propostos).

33. Das condicionantes defendidas pelo diretor da unidade técnica, vislumbra-se a difícil missão de o contratado demonstrar a viabilidade da retomada da concessão originária. Dentre elas,

¹⁰ Vide art. 8º, incisos XII e XIII, do Decreto 9.957/2019:

“Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente:

(...)

XII - as sanções pelo descumprimento das obrigações firmadas no termo aditivo e as hipóteses em que a reiteração ou a gravidade das infrações cometidas ensejarão proposta de **desqualificação do empreendimento no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República**;

XIII - a previsão de que a **desqualificação do empreendimento pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República** implica:

a) a imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado originário; e

b) o restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do termo aditivo, considerado, para todos os efeitos, o tempo decorrido entre a data da celebração do termo aditivo e a desqualificação;” (grifos nossos)

destacamos e reforçamos a necessidade de comprovação: i) do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas; ii) do pagamento de multas anteriormente aplicadas e eventualmente suspensas e ou decorrentes de obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo da relicitação; e iii) da reconstituição das garantias contratuais.

34. Considerando que o presente processo avalia a questão em tese, não sendo adstrito, portanto, à consideração de eventuais dificuldades de concessionárias em contratos de concessão específicos em vigor, cabe promover ajustes e tecer comentários quanto às condicionantes sugeridas pelo diretor da AudRodoviaAviação – em itálico, a seguir (vide parágrafo 28 da manifestação à peça 9, p. 6-7) – e destacar outros quesitos que devem ser observados para que a desconstituição do processo de relicitação não afronte o arcabouço legal e normativo vigente nem represente inobservância dos parâmetros e condições originalmente contratados.

a) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;

35. Entre os fatos supervenientes que poderiam vir a justificar a interrupção de processo de relicitação, encontra-se a constatação de ocorrência de ilegalidade e/ou desvio de finalidade na origem, ou seja, no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação.

36. Assim, acrescenta-se, de modo exemplificativo, as hipóteses de ilegalidade e/ou desvio de finalidade à primeira condicionante sugerida pelo diretor da AudRodoviaAviação, dando-lhe a seguinte nova redação:

a) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela conveniência e viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, inclusa a eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, situação que conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relicitação;

b) demonstração da aderência do novo ajuste em relação ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente;

37. Além da necessidade de restar claro que a continuidade da concessão original deve se enquadrar no escopo previsto pelo Poder Público para o setor no qual se encontra a concessão, o *Parquet* de Contas destaca que, em deferência ao tratamento isonômico que deve ser conferido em relação aos demais contratados do mesmo setor, tal preocupação deve constar de modo expresso na condicionante. Além disso, deve ser atendida, de igual forma, a vinculação ao edital e, portanto, à equação econômico-financeira e à matriz de riscos originais da concessão. Assim, a nova redação proposta para a condicionante é a seguinte:

b) demonstração da aderência da continuidade da concessão original, e de seus eventuais ajustes, ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor (inexistência de tratamento privilegiado), bem assim a observância à vinculação ao edital e, portanto, à equação econômico-financeira e à matriz de riscos originais da concessão;

c) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes;

38. Considerando a existência e validade da decisão que fundamentou a deflagração do processo de relicitação e a subsequente assinatura do termo aditivo com o contratado que aderiu ao regime previsto pela Lei 13.448/2017, o desfazimento do mencionado processo somente pode ocorrer mediante a demonstração da vantajosidade do cenário que considerará a desconstituição do processo de relicitação e a retomada do contrato original de parceria, mesmo que minimamente ajustado.

39. Nesse cenário, apesar de pertinente a condicionante sugerida pelo diretor da unidade técnica, o Ministério Público vislumbra a oportunidade de aprimoramento da redação da letra “c” retrotranscrita, no sentido de que seja acrescentada a vertente jurídica das justificativas e elementos

que embasaram a adoção da relicitação, o que pode abarcar, por exemplo, alterações no arcabouço legal e/ou normativo ocorridas após a assinatura do termo aditivo da relicitação.

40. Com o referido acréscimo, a nova redação proposta para a condicionante é a seguinte:

c) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos e jurídicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes, com especial atenção a eventuais alterações no arcabouço legal e/ou normativo que ocorreram após a assinatura do termo aditivo da relicitação;

d) justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13 [sic: 14], § 3º da Lei 13.448/2017, quando for o caso;

41. Quanto à parte inicial do condicionante supratranscrito, parece haver uma incongruência em desconstituir um processo de relicitação e, ao mesmo tempo, manter determinado empreendimento qualificado para fins de relicitação. Por hipótese, se a vontade do Poder Concedente é a de interromper o curso de um processo de relicitação, a consequência esperada é a desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI para fins de relicitação, sem prejuízo de que o contrato de concessão volte a vigorar de imediato, como decorrência necessária da revogação do termo aditivo da relicitação.

42. Quanto à segunda parte do condicionante sugerido pelo diretor, mostra-se pertinente a proposta de que seja justificada a necessidade de sobrestamento de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade, considerando o disposto no art. 14, § 3º, da Lei 13.448/2017.

43. O dispositivo legal determina o início ou prosseguimento de processo de caducidade na hipótese de encerramento prematuro da relicitação. Ocorre que, caso seja encerrado o termo aditivo da relicitação fundado no reconhecimento da viabilidade e do interesse público na retomada do contrato original da licitação, o Poder Concedente incorreria em comportamento contraditório caso imediatamente instaurasse ou desse prosseguimento a processo de caducidade – princípio do *Venire Contra Factum Proprium* –, indo de encontro à boa-fé objetiva e à lealdade contratual.

44. A “imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado originário” (art. 8º, inciso XIII, alínea “a”, do Decreto 9.957/2019) é consequência legal da desqualificação do empreendimento anteriormente qualificado para relicitação associada ao cometimento, pelo concessionário, de infrações graves por descumprimento de obrigações previstas no termo aditivo da relicitação (art. 8º, inciso XII, do referido decreto), circunstância estranha à hipótese sob consulta.

45. A hipótese ora considerada em tese é aquela relativa ao contratado que vem cumprindo a contento suas obrigações previstas no termo aditivo da relicitação e que, consensualmente, tem seu termo aditivo de relicitação desconstituído pelo Poder Concedente. Desse modo, à vista tão somente da referida desconstituição, não se pode concluir pelo cometimento ou reiteração de condutas graves pelo concessionário, aptas a justificar a instauração ou prosseguimento de processo de caducidade eventualmente sobrestado a partir do momento em que o empreendimento foi qualificado (art. 6º, § 2º, do Decreto 9.557/2019).

46. Tendo em vista o raciocínio exposto e ante a ausência de expressa menção na Lei 13.448/2019 e no Decreto 9.557/2019 sobre quais seriam as consequências da desconstituição de processo de relicitação nos termos ora discutidos, o Ministério Público defende a pactuação, mediante novo termo aditivo, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação), preservando-se, ao mesmo tempo, a equação econômico-financeira e a matriz de riscos originais da concessão, a fim de afastar a inevitabilidade da adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação.

47. Ressalva-se que não se defende a existência de “imunidade” do contratado contra a possibilidade de vir a ser arrolado em novo processo de caducidade ou mesmo voltar a ser demandado em processo anteriormente autuado antes da qualificação do empreendimento para relicitação. O que deve restar claro é que a impossibilidade de comportamento contraditório do Poder Concedente implica a necessidade de que seja conferido ao parceiro egresso de relicitação desconstituída tratamento excepcional e diferenciado dos casos usuais, sem prejuízo de que novos descumprimentos ao contrato de concessão (observada eventual modulação do ajuste originário) impliquem sanções e, no limite, a instauração ou continuidade de processo de caducidade.

48. Assim, o Ministério Público considera necessário ajustar a condicionante de letra “d” originalmente sugerida pelo diretor da AudRodoviaAviação, nos seguintes termos:

d) pactuação, em novo termo aditivo, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação), preservando-se, ao mesmo tempo, a equação econômico-financeira e a matriz de riscos originais da concessão, a fim de afastar, excepcionalmente, a necessidade de imediata adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente existente em face do contratado originário, sem prejuízo de que a constatação de novos descumprimentos contratuais implique sanções e, no limite, a instauração ou continuidade de processo de caducidade;

e) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação;

49. A condicionante sugerida pelo diretor da unidade técnica mostra-se em linha com o raciocínio anteriormente apresentado, no sentido de que é necessário registrar formalmente, antes do eventual desfazimento do processo de relicitação em curso, que a Administração promoveu, com grau de detalhamento robusto, o confronto entre os cenários da relicitação e novo contrato de concessão versus aquele atinente à continuidade da concessão original, mediante repactuação via termo aditivo.

50. Nesse cenário, há que se levar em conta os custos efetivos e potenciais envolvidos para a manutenção da equação econômico-financeira e dos termos originais do contrato – mesmo que sob novos moldes –, considerando a existência dos riscos inerentes às renegociações, representados, por exemplo, por custos financeiros decorrentes da contratação/administração de novos estudos e pela possibilidade de descaracterização do objeto original do contrato, o que seria inaceitável, em vista do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

51. Assim, sugere-se apenas ajuste de forma na redação da condicionante apresentada pelo diretor na letra “e”, de modo que não reste dúvida sobre as bases de comparação a serem adotadas (relicitação desconstituída e manutenção do contratado originário *versus* relicitação com seu termo natural, com a contratação de novo parceiro):

e) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior que pode vir a ser alcançado com a manutenção do contrato de concessão original, ainda que modulado mediante termo aditivo, em relação aos benefícios esperados com a conclusão usual do processo de relicitação, a partir da celebração de novo contrato de parceria com novo contratado, selecionado em processo competitivo;

f) análise da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;

52.O Ministério Público considera adequada a redação da condicionante da letra “f” sugerida pelo diretor da unidade técnica, sem prejuízo de, tão somente, promover a alteração da palavra “análise” por “demonstração”.

g) comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação;

53.Dos restabelecimentos indicados na letra “g” do rol de condicionantes sugeridas pelo diretor da AudRodoviaAviação, aquela atinente à “instauração ou prosseguimento de processo de caducidade” já foi objeto de considerações anteriormente neste parecer, o que justifica a exclusão do correspondente trecho da condicionante adiante proposta (redação ajustada).

54.No que se refere ao restabelecimento “integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas”, não há dúvidas de que se deve retornar ao *status quo ante* com relação à quitação das outorgas vencidas antes da assinatura do termo de relicitação que se pretende desconstituir e que venceriam durante sua vigência, nos termos originais da concessão, sem prejuízo de que seja levado a efeito o reperfilamento das outorgas vincendas¹¹, caso o Poder Concedente considere tal providência essencial para que seja mantida a viabilidade econômico-financeira do contrato de concessão ao qual será dado prosseguimento, observada a vinculação constitucional à equação econômico-financeira original do contrato.

55.Quanto à “aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas”, há que se reconhecer que a desconstituição do processo de relicitação implica a revogação *ex tunc* da suspensão da incidência das multas moratórias para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo da relicitação. Tal restabelecimento está, portanto, correto, sem prejuízo de ser substituída, para fins de clareza, o trecho “passaram a ser devidas” por “voltariam a ser devidas a partir da desconstituição do processo de relicitação” e acrescentada a necessária “quitação ou parcelamento” desses débitos sancionatórios, além da mera imputação, como pressuposto da consensualidade e lealdade contratual inerente à opção pela retomada da concessão original.

56.Mesma conclusão, pela pertinência e adequação do texto sugerido pelo diretor da unidade técnica, é aplicável à “*reconstituição das garantias contratuais*”.

57.Faço ressalva quanto à menção à “*retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos*”. Apesar de necessária, não é esperado que a retomada dos investimentos se dê previamente à desconstituição do processo de relicitação e substituição do aditivo contratual em vigor. O mesmo vale para a prescrição de demonstração “do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desconstituição da relicitação”.

58.No que tange à parte final da condicionante indicada na letra “g” da proposta do diretor, o Ministério Público sugere apenas ajuste de forma, a fim de que seja retirada a palavra “essenciais” do texto – para que não haja confusão com os serviços e investimentos essenciais que são próprios da execução do termo aditivo da relicitação, *ex vi* do disposto no art. 15, inciso II, da Lei 13.448/2017 e no art. 3º, inciso VI, e § 2º, do Decreto 9.957/2019 –, bem como alterada a palavra “desistência” [da relicitação] para “desconstituição”.

59.A partir dos ajustes anteriormente abordados, a nova redação sugerida para a letra “g” do rol de condicionantes indicado pelo diretor da unidade técnica será proposta da seguinte forma:

g) comprovação da quitação (ou eventual parcelamento) de outorgas vencidas e não pagas, da aplicação de novas multas contratuais que voltariam a ser devidas a partir da desconstituição do

¹¹ Vide reprogramações – alterações do cronograma e forma de pagamento de contribuições em contratos de parceria – promovidas pelas Leis 13.499/2017 e 14.034/2020.

processo de relicitação (revogação *ex tunc* da suspensão da incidência das multas moratórias para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo), da quitação (ou eventual parcelamento) dessas e de multas anteriores, ainda pendentes, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desconstituição da relicitação;

h) comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo;

60.O Ministério Público considera desprovida a condicionante supratranscrita, pois a redação sugerida pelo diretor da unidade técnica não conferiu clareza necessária o suficiente para justificar que fosse dirigida ao Poder Concedente exigência que denota sentido de obviedade (i.e, “o processo de relicitação e sua eventual desconstituição devem seguir o arcabouço legal e normativo vigente”).

i) comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação.

61.Apesar de concordar com a condicionante da letra “i”, o Ministério Público sugere apenas que seja acrescentado ao texto supratranscrito a observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, considerando o disposto nos arts. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, 14 da Lei 8.987/1995 e 5º e 92, inciso II, da Lei 14.133/2021, “no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original”.

62.A nova redação sugerida para a letra “i” do rol de condicionantes é, em consequência, a seguinte:

i) comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, 14 da Lei 8.987/1995 e 5º e 92, inciso II, da Lei 14.133/2021), de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação;

63.No que se refere a outras possíveis condicionantes que não foram mencionadas pelo diretor em sua manifestação à peça 9, o Ministério Público ressalta que a **consensualidade** deve configurar uma característica essencial da retomada de concessões já em processo de relicitação. Com essa percepção, repisa-se que deve haver a necessária concordância do contratado, signatário do termo aditivo de relicitação, quanto à extinção do processo de relicitação.

64.Outra condicionante que deve ser acrescentada ao rol de exigências sugerido pelo diretor da unidade técnica é a de que o termo aditivo da relicitação esteja sendo devidamente cumprido pelo contratado, de modo que não haja risco de o Poder Concedente conferir indevido tratamento privilegiado a parceiros que não estão sendo capazes de cumprir sequer os serviços e investimentos essenciais previstos no referido termo aditivo, “observadas a garantia da continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento” (art. 8º, inciso II, do Decreto 9.557/2019 – grifo nosso).

65.Para que não haja prejuízo aos usuários nem solução de continuidade nos serviços e investimentos considerados essenciais no termo aditivo da relicitação, há que se ressaltar a necessidade de renegociação prévia dos novos termos a serem conferidos ao contrato originário, antes que se proceda à desconstituição do processo de relicitação.

66.Caso não haja o devido planejamento pelo Poder Concedente, corre-se o risco de não haver outra solução que não o retorno imediato das obrigações originalmente contratadas, caso o termo

aditivo da relicitação seja desconstituído e não seja, concomitantemente, sucedido por novo termo aditivo que confira novos moldes ao referido contrato originário.

67. Nesse sentido, o *Parquet* de Contas adverte que a eventual interrupção do procedimento de relicitação para a reabertura de estudos e negociações tem como efeito direto vantagem econômica para o concessionário e desvantagem para o erário, o que não se justifica. Destaca-se que, enquanto não for desconstituído o termo aditivo da relicitação, seus procedimentos devem prosseguir normalmente, de modo que eventual retardamento de atos que cabem ao Poder Público não represente indevido favorecimento aos interesses privados do contratado.

68. Não se pode ignorar, também, o fato de que a decisão fundamentada anterior que deu origem ao processo de relicitação, sendo válida e vigente, só pode ser desfeita com fundamento em **interesse público demonstrado**, o que impõe a existência prévia de estudos e ciência de eventuais negociações de prazo para equacionamento do passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação), inclusive para demonstração de sua viabilidade. Logo, o procedimento de relicitação deve continuar, sob pena de seu retardamento se dar em prejuízo do interesse público e em prol do interesse econômico do parceiro privado, com risco de dano ao erário.

69. Outra importante cautela, ainda que não mandatária, seria a inclusão de cláusula de renúncia, no novo termo aditivo que vier a ajustar o contrato originário, à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação que vier a ser desconstituída, a fim de dar maior segurança jurídica à continuidade do contrato, mitigando-se riscos financeiros e até operacionais que poderiam vir a comprometer o interesse público na solução pretendida.

70. Assim, destaca-se a necessidade de anuência do concessionário com os termos originais do contrato, renunciando a controvérsias pretéritas, inclusas demandas judiciais e arbitrais envolvendo o ajuste, a fim de que reste mais robustamente evidenciada sua viabilidade econômico-financeira.

71. A fim de que as relicitações que vierem, por hipótese, a ser desconstituídas, sejam devidamente acompanhadas pelo Tribunal, mostra-se premente a revisão da IN TCU 81/2018, com vistas ao atendimento dos subitens 9.6 do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário e 9.8 do Acórdão 8/2023-TCU-Plenário.

72. O Ministério Público alerta que a especificidade dos processos de relicitação e, ainda em maior grau, a desconstituição atípica que ora se defende em tese, com as inúmeras condições anteriormente apontadas, irão requerer uma análise da Corte de Contas que privilegie não apenas a transparência das negociações e a continuidade das concessões outrora objeto de relicitação, mas, sobretudo, a **retomada de investimentos**, em linha com as preocupações manifestadas pelo Ministro Jorge Oliveira no voto que fundamentou o Acórdão 752/2023-TCU-Plenário.

73. Assim, a resposta que vier a ser dada pelo Tribunal aos consulentes quanto à possibilidade de ser desconstituído processo de relicitação deve prestigiar solução que confira segurança jurídica aos contratos de parceria que terão continuidade; que respeite a isonomia em relação aos demais contratos de parceria que não aderiram a processos de relicitação; e que seja fundamentada por meio de **atos devidamente motivados, transparentes e com a devida robustez técnica e jurídica**, no sentido de que não haja questionamentos quanto a suposta desconexão dos novos termos aditivos que vierem a ser firmados, a partir da interrupção e encerramento de relicitações em andamento, em relação aos instrumentos convocatórios que deram origem às respectivas parcerias.

74. Não se pode deixar de mencionar, também, que deve ser evidenciado que a parceria, sob novas condições pós-desconstituição da relicitação, é sustentável em termos econômico-financeiros, a partir de estudos realistas, especialmente de demanda, a fim de garantir o adequado fluxo de receitas, sob pena de a mesma concessionária vir a requerer, por hipótese, a instauração de novo processo de relicitação. Ainda que novo deferimento seja de interesse público duvidoso, inclusive pelo risco de servir como incentivo e subterfúgio para parceiros oportunistas – risco moral – a possibilidade não é proscrita na lei.

75. Quanto ao impacto da resposta desta consulta na análise da Corte de Contas de processos de relicitação – *ex vi* das possíveis futuras alterações que vierem a ser promovidas na IN TCU 81/2018 –, mostra-se pertinente anexar cópia do acórdão que vier a ser proferido nestes autos aos acompanhamentos indicados no quadro do parágrafo 18 deste parecer, bem como dar ciência da deliberação à Segecex, tendo em vista as medidas consignadas nos subitens 9.8 do Acórdão 8/2023 e 9.5 e 9.5.6 do Acórdão 752/2023, ambos do Plenário do TCU.

76. A clareza na forma de atuação do Tribunal e a correta interpretação da Lei 13.448/2017 terão o condão de viabilizar a celeridade na atuação de todos os atores envolvidos em processos de relicitação, especialmente o Poder Concedente e as agências reguladoras, de forma a atender às preocupações externadas pelo Ministro Vital do Rêgo no voto condutor do Acórdão 1.111/2023-TCU-Plenário¹², proferido no TC 023.217/2015-4¹³, cujo excerto de interesse transcreve-se a seguir:

81. Em derradeiro, gostaria de trazer algumas considerações finais a respeito da condução das concessões rodoviárias no Brasil, especialmente sobre os problemas que vem impactando na **paralisia dos investimentos**, afetando os milhões de usuários que ali trafegam diariamente.

82. Em rápida síntese, entendo que o programa de concessões existe com a perspectiva de disponibilizar aos usuários das rodovias melhores condições de infraestrutura, segurança e atendimento. Isso é possível por meio da realização de investimentos e da prestação adequada de serviços, em um patamar superior àquele que seria feito pela administração pública, diante da sua capacidade orçamentária limitada.

83. Entretanto, percebo que não somente a BR-163/MT¹⁴, mas também outras rodovias desse programa sofrem uma estagnação dos investimentos e um inadimplemento relevante. Logo, o programa de concessões que deveria servir para impulsionar as obras de infraestrutura, em muitos casos, tem trazido barreiras ao desenvolvimento das principais rodovias do Brasil, servindo de entrave ao crescimento econômico e social das regiões por elas conectadas, como é o caso do Estado do Mato Grosso.

84. Uma prova disso é a quantidade de investimentos que são contratados, mas não saem do papel. Em situações semelhantes à BR-163/MT estão as rodovias cujas concessionárias já solicitaram a devolução amigável prevista na Lei 13.448/2017, como a BR-163/MS, a BR-060/153/262/DF/GO/MG, a BR-040/DF/GO/MG, a BR-101/RJ, a BR-101/ES/BA, e a BR-393/RJ, bem como aquelas com relevantes inadimplementos, como a BR-116/324/BA e a BR-153/SP.

85. Como agravante, boa parte desses problemas se arrastam há quase 10 anos, sem que os órgãos representantes do poder concedente tomem medidas efetivas e ágeis para retomar os investimentos para essas rodovias.

86. Entendo que o Ministério dos Transportes e a ANTT devem priorizar os processos de relicitação, quando cabíveis, para que a gestão das rodovias por um novo concessionário seja feita da forma mais rápida possível, com segurança jurídica e previsibilidade a todas as partes. Digo isso porque, apesar de **passados quase 6 anos de vigência da lei, nenhuma relicitação foi concluída até o presente momento**¹⁵.

87. Para aquelas concessões não aderentes à relicitação, cabe a atuação estatal para que outras medidas legais sejam adotadas, incluindo a caducidade da concessão. Afinal, **o Poder Público não pode manter contrato com concessionárias que não cumprem suas obrigações**.

¹² Medida adotada por meio do Acórdão 1.111/2023-TCU-Plenário, de interesse para esta consulta: “9.3. recomendar à Segecex que inclua em seu plano de fiscalização ações de controle que garantam mais tempestividade aos processos de relicitação e à retomada dos investimentos nas rodovias federais concedidas;” (grifo nosso).

¹³ Fase na qual foi proferido o Acórdão 1.111/2023-TCU-Plenário: pedido de reexame interposto contra o Acórdão 457/2022-TCU-Plenário (relator Ministro Augusto Nardes), por meio do qual foi apreciada representação acerca de irregularidades em atos praticados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na concessão da BR-163/MT, relacionados ao início da cobrança das tarifas de pedágio.

¹⁴ Vide Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário (relator Ministro Bruno Dantas), proferido em processo cujo foco foi avaliar a transferência de controle acionário da Concessionária Rota do Oeste S.A (CRO) para a MT Participações e Projetos S.A. (MTPAR) e a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta para disciplinar os novos contornos da concessão da BR-163/MT a partir da assunção das obrigações pela MTPAR.

¹⁵ Em 19/5/2023, foi realizado o leilão no âmbito do certame licitatório da relicitação da concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN, objeto do TC 028.391/2020-9. Vide parágrafo 53 da instrução à peça 8 (p. 10) e a seguinte notícia: <<https://www.infrasa.gov.br/infra-sa-atuou-em-processo-de-relicitacao-do-aeroporto-de-sao-goncalo-do-amarante>> – acesso em 5/6/2023.

88. Nesse sentido, considerando os danos relevantes que algumas concessões têm causado à sociedade e ao patrimônio público, entendo que cabe a este Tribunal de Contas da União o desenvolvimento de ações de controle que garantam mais tempestividade aos processos de relicitação cabíveis, sem prejuízo à adoção de outras medidas legalmente previstas, que permitam a retomada dos investimentos.

(grifos nossos)

77. Quanto à relatoria deste processo, inobstante as ponderações do AUFC, cumpre observar a possibilidade de sua ratificação pelo Plenário, a teor do art. 18 da Resolução TCU 346/2022.

78. Diante do exposto, este membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União sugere o seguinte desfecho para este processo, em substituição às propostas divergentes da unidade técnica (peças 8-10):

a) conhecer da presente consulta, considerando o atendimento aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno/TCU, e responder aos consulentes que:

a.1) é possível ao Poder Concedente desconstituir em consenso com o contratado processo de relicitação em curso, retomando-se, assim, eventualmente com ajustes (via novo termo aditivo), o contrato de parceria originário;

a.2) ressalvada a possibilidade de o Tribunal vir a exigir o encaminhamento de todos os documentos usualmente exigidos nas análises de desestatização disciplinadas pela IN TCU 81/2018, devem ser observadas as seguintes balizas mínimas para a formalização da desconstituição do processo de relicitação:

a.2.1) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela conveniência e viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, inclusa a eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, situação que conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relicitação;

a.2.2) demonstração da aderência da continuidade da concessão original, e de seus eventuais ajustes, ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor (inexistência de tratamento privilegiado), bem assim a observância à vinculação ao edital e, portanto, à equação econômico-financeira e à matriz de riscos originais da concessão;

a.2.3) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos e jurídicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes, com especial atenção a eventuais alterações no arcabouço legal e/ou normativo que ocorreram após a assinatura do termo aditivo da relicitação;

a.2.4) pactuação, em novo termo aditivo, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação), preservando-se, ao mesmo tempo, a equação econômico-financeira e a matriz de riscos originais da concessão, a fim de afastar, excepcionalmente, a necessidade de imediata adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente existente em face do contratado originário, sem prejuízo de que a constatação de novos descumprimentos contratuais implique sanções e, no limite, a instauração ou continuidade de processo de caducidade;

a.2.5) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior que pode vir a ser alcançado com a manutenção do contrato de concessão original, ainda que modulado mediante termo aditivo, em

relação aos benefícios esperados com a conclusão usual do processo de relicitação, a partir da celebração de novo contrato de parceria com novo contratado, selecionado em processo competitivo;

a.2.6) demonstração da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;

a.2.7) comprovação da quitação (ou eventual parcelamento) de outorgas vencidas e não pagas, da aplicação de novas multas contratuais que voltariam a ser devidas a partir da desconstituição do processo de relicitação (revogação *ex tunc* da suspensão da incidência das multas moratórias para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo), da quitação (ou eventual parcelamento) dessas e de multas anteriores, ainda pendentes, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desconstituição da relicitação;

a.2.8) comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, 14 da Lei 8.987/1995 e 5º e 92, inciso II, da Lei 14.133/2021), de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação;

a.2.9) observância das condicionantes e diretrizes abordadas nos parágrafos 63 a 74 deste parecer;

b) anexar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo aos TCUs 008.508/2020-8, 009.470/2020-4, 028.391/2020-9, 016.420/2021-7, 005.373/2022-0, 009.697/2023-3 e 014.498/2023-5;

c) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida nestes autos à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e à Segecex/TCU (com referência às medidas consignadas nos subitens 9.8 do Acórdão 8/2023 e 9.5 e 9.5.6 do Acórdão 752/2023, ambos do Plenário do Tribunal);

d) arquivar o presente processo.

É o relatório.

VOTO

Em apreciação, consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho, acerca da interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, conforme Ofício 314/2023/ASSAD/GM, de 11/5/2023 (peça 2).

2. Os consulentes trouxeram os seguintes questionamentos a esta Corte:
- Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irreatável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?
 - Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?

3. O auditor da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação), após analisar a matéria, sugeriu o seguinte encaminhamento (peça 8):

a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder aos consulentes que:

b.1) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade;

b.2) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente;

b.3) Caso o Tribunal entenda de forma divergente em relação aos itens anteriores, que o gestor considere minimamente os itens relacionados no § 56 desta instrução na motivação do ato de encerramento da relicitação.

56.(...), faz-se imprescindível que a motivação do ato contemple:

- a contraposição dos motivos que levaram originalmente a Administração Pública a celebrar o termo aditivo de relicitação, consideração a manifestação da ANAC, Ministério da Área de atuação e CPPI;
- justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13, § 3º da Lei 13.448/2017, considerando o encerramento da relicitação;
- demonstração de que os resultados alcançados com “a celebração de um novo acordo” superam os advindos da relicitação;
- demonstração da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir as cláusulas contratuais em mora e implementar os investimentos necessários para a prestação adequada do serviço dentro do prazo requerido;
- reestabelecimento integral das garantias a serem exigidas do atual concessionário para assegurar o Poder Concedente quanto ao inadimplemento contratual, incluídos os relativos à execução das obras necessárias para a prestação adequada do serviço dentro do prazo requerido;
- submissão dos termos do “novo acordo” à consulta pública para possibilitar a manifestação da sociedade, resguardando os direitos dos usuários do art. 175, II, da Constituição, até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original

e na relicitação;

- vii. avaliação econômico-financeira da vantajosidade da celebração do “novo acordo”;
- viii. relação de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados ao objeto do “novo acordo”, com a discriminação dos custos correspondentes;
- ix. estudo de demanda atualizado e desenvolvido a partir das características do “novo acordo”;
- x. projeção das receitas operacionais, devidamente fundamentada no estudo de demanda previsto no item anterior;
- xi. relação das obras e dos investimentos obrigatórios a serem realizados pelo concessionário durante a execução do “novo acordo”, acompanhados dos respectivos cronogramas físico-financeiros, bem como das obras e dos investimentos que caberá ao Poder Concedente realizar, se for o caso;
- xii. relação de obras e investimentos não obrigatórios, mas que são vinculados ao nível de serviço, acompanhados da estimativa de sua implantação, por meio de cronogramas físico-financeiros sintéticos;
- xiii. orçamento detalhado e atualizado das obras e dos investimentos a serem realizados obrigatoriamente pelo concessionário, de forma que os elementos de projeto básico e o nível de atualização dos estudos apresentados permitam a plena caracterização da obra, do investimento ou do serviço;
- xiv. discriminação fundamentada das despesas e dos custos estimados para a prestação dos serviços;
- xv. relação das medidas mitigadoras e/ou compensatórias dos impactos ao meio ambiente, inclusive do passivo ambiental existente, acompanhada de cronograma físico-financeiro e da indicação do agente responsável pela implementação das referidas medidas;
- xvi. discriminação dos custos para adequação do projeto às exigências ou condicionantes do órgão competente de proteção ao meio ambiente; e
- xvii. estudo contendo descrição exaustiva de todos os elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento, fundamentando a alocação de cada risco mapeado para cada uma das partes envolvidas no contrato a ser firmado.

c) arquivar o presente processo.

4. O diretor da subunidade técnica discordou, em parte, de alguns aspectos abordados pelo auditor. Em resposta à primeira indagação dos consulentes, o diretor sugeriu (peça 9):

- I. Nos termos do art. 14, inciso III, e art. 15, inciso I, a irrevogabilidade e irretroatividade na adesão ao processo de relicitação são vinculativas exclusivamente em relação ao concessionário.
- II. Considerando que o processo de relicitação objetiva a extinção amigável do ajuste originário, inexistente vedação legal a cenário hipotético no qual, por iniciativa do Poder Concedente, e de comum acordo com o contratado originário, ambas as partes optem pelo retorno às condições contratuais originais anteriores ao termo aditivo de relicitação.
- III. A autorização para que o Poder Concedente possa veicular, mediante comum acordo, alterações nas condições contratuais da concessão, decorre diretamente das competências previstas nas leis de criação da Anac (art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005) e da ANTT (art. 24, inciso V, da Lei 10.233/2001).
- IV. Nos termos da jurisprudência do STF, *‘A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes’* (ADI/DF 5991, Rel. Min. Cármen Lúcia).
- V. Não obstante a possibilidade de novo acordo objetivando retorno às condições contratuais anteriores ao termo aditivo de relicitação, sujeita-se o contratado a todas as consequências legais e regulamentares decorrentes da eventual ruptura voluntária e consensual com o processo licitatório, incluindo, mas não se limitando à: (i) instauração ou retomada de processo de caducidade; e (ii) restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições

vigentes antes da celebração do termo aditivo.

5. Quanto à segunda indagação dos consulentes, o diretor da subunidade técnica da AudRodoviaAviação apresentou o seguinte encaminhamento (peça 9):

- a. demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;
- b. demonstração da aderência do novo ajuste em relação ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente;
- c. demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes;
- d. justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13, § 3º da Lei 13.448/2017, quando for o caso;
- e. demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação;
- f. análise da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;
- g. comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação;
- h. comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo;
- i. comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação.

6. A dirigente máxima da unidade técnica acolheu integralmente o encaminhamento ofertado pelo auditor, conforme manifestação transcrita no relatório precedente a este voto (peça 10).

7. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU), representado pelo Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, após atendimento à solicitação para officiar nestes autos (peças 11 e 12), anuiu ao encaminhamento apresentado pelo diretor da AudRodoviaAviação, com ajustes pontuais nas respostas às indagações formuladas pelos consulentes, ressaltando, em síntese, o que segue (peça 13):

- a) quanto à primeira indagação, é possível ao Poder Concedente desconstituir em consenso com o contratado processo de relicitação em curso, retomando-se, assim, eventualmente com ajustes (via novo termo aditivo), o contrato de parceria originário;
- b) em relação à segunda pergunta, ressalvada a possibilidade de o Tribunal vir a exigir o encaminhamento de todos os documentos usualmente exigidos nas análises de desestatização disciplinadas pela IN TCU 81/2018, devem ser observadas as balizas mínimas para a formalização da desconstituição do processo de relicitação e as condicionantes e diretrizes abordadas nos parágrafos 63 a 74 do referido parecer, conforme transcrito no relatório precedente a este voto; e

c) anexar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo aos TCs 008.508/2020-8, 009.470/2020-4, 028.391/2020-9, 016.420/2021-7, 005.373/2022-0, 009.697/2023-3 e 014.498/2023-5.

8. Traçado esse necessário introito, passo a decidir.

9. A presente consulta deve ser conhecida por atender aos requisitos de admissão dispostos no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, c/c art. 264, caput, inciso VI, e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU).

10. No mérito, manifesto minha concordância com a essência do parecer elaborado pelo diretor da subunidade técnica da AudRodoviaAviação, com os ajustes e complementações sugeridas pelo MPTCU, sem prejuízo de adotar, como minhas razões de decidir, a fundamentação dos pareceres transcritos no relatório precedente a este voto, naquilo que não contrariar os argumentos a seguir expostos.

II - Contextualização

11. Antes de adentrar o mérito da consulta, penso ser apropriada uma breve contextualização sobre a matéria.

12. Os consulentes mencionaram a existência de nove procedimentos de relicitação. No TCU, encontram-se autuados sete processos referentes às relicitações dos contratos de concessão descritos no quadro a seguir:

Quadro – Processos de acompanhamento relacionados a relicitações (Lei 13.448/2017) em trâmite no TCU

Processo	Relator	Objeto
008.508/2020-8	Jorge Oliveira Walton Alencar Rodrigues (recurso)	BR-040/DF/GO/MG (Trecho Brasília - Juiz de Fora)
009.470/2020-4	Vital do Rêgo	Aeroporto Internacional de Viracopos/SP
028.391/2020-9	Aroldo Cedraz Antônio Anastasia (recurso)	Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN
016.420/2021-7	Aroldo Cedraz	Rodovia BR-163/MS
005.373/2022-0	Walton Alencar Rodrigues	Rodovias BR-060/153/262/ DF/GO/MG
009.697/2023-3	Aroldo Cedraz	Ferrovias Malha Oeste
014.498/2023-5	Augusto Nardes	Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim – Galeão/RJ

13. Conforme explicitado pela unidade técnica (peça 10), à época da tramitação da Medida Provisória (MP) 752, 24/11/2016, “diversos ativos de infraestrutura apresentavam má performance, inexecuções se acumulavam (TC 006.351/2013-1 e TC 014.745/2015) gerando um enorme passivo regulatório e submetendo, por vezes, os usuários a condições não adequadas da prestação de serviço”. Os processos mencionados tratam de concessões rodoviárias, respectivamente: (i) TC 006.351/2013-1 – Auditoria operacional nos procedimentos fiscalizatórios das concessões rodoviárias adotados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); e (ii) TC 014.745/2015-1 – Acompanhamento para avaliar a atuação da ANTT no recebimento dos trabalhos iniciais das concessões rodoviárias da 3ª Etapa.

14. Ainda caminhando pelo ano de 2016, cumpre lembrar da criação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), mediante a Lei 13.334, de 13/9/2016, anterior à MP 752/2016. O PPI foi destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização (art. 1º).

15. A Lei 13.334/2016 considera como contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica

semelhante (art. 1º, § 2º). Além disso, a referida lei traz em seu bojo objetivos do PPI e princípios para sua implementação, nos termos de seus arts. 2º, incisos I a VI, e 3º, incisos I a III, *verbis*:

Art. 2º São objetivos do PPI:

I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;

II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;

III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;

IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;

V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação; e

VI - fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo.

Art. 3º Na implementação do PPI serão observados os seguintes princípios:

I - estabilidade das políticas públicas de infraestrutura;

II - legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e

III - garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

16. No decorrer do exercício de 2016, conforme já mencionado, também foi editada a Medida Provisória (MP) 752, de 24/11/2016, que dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria existentes na administração pública federal, posteriormente, convertida na Lei 13.448, de 5/6/2017.

17. De acordo com a Exposição de Motivos EMI 306/2016 MP MTPA, referente à MP 752/2016, a proposta tem por objetivo “reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável”. (sublinhei)

18. Ainda, segundo a EMI 306/2016:

11. A Medida Provisória, de outro lado, faculta ao Poder Concedente, em comum acordo com concessionário, adotar o procedimento de relicitação (...). Trata-se de alternativa inovadora de “devolução coordenada e negociada” da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, (...). Nesse caso, deverá ser realizado estudo prévio visando garantir a viabilidade econômica e operacional do novo ajuste. (...).

12. Nessa relicitação, o Poder Concedente terá a faculdade de reavaliar as condições originalmente pactuadas no contrato (...).

(...)

16. (...) espera-se que o mecanismo que permite a amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias além do prazo da concessão seja particularmente útil (...).

17. Por fim, a proposição em tela estabelece que, na hipótese de concessão à iniciativa privada de aeroportos atribuídos à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, o edital e o respectivo contrato de concessão poderão prever o pagamento de indenização pela concessionária diretamente à Infraero pelos custos diretos e indiretos de encerramento de atividades. Tal medida é relevante para manter a o equilíbrio financeiro da empresa face a redução das receitas em decorrência da concessão dos aeroportos. (sublinhei)

19. Passo a destacar, então, dispositivos da Lei 13.448/2017 importantes para o deslinde da consulta enviada a este TCU, vis-à-vis as duas indagações formuladas pelos consulentes.

III – Primeira pergunta acerca do caráter irrevogável e irretratável da relicitação

20. A primeira questão tratada nesta consulta e endereçada a este TCU foi a seguinte:
- a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretratável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?
21. A relicitação foi definida como sendo o procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim (art. 4º, inciso III). Nota-se, de início, que a relicitação envolve, desde os termos de sua definição legal e da EMI 306/2016, aspectos de natureza consensual (comum acordo) e negocial (amigável), a fim de tornar resolúvel controvérsia existente no âmbito da execução de contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.
22. Tais aspectos, consensual e negocial, norteiam os dispositivos específicos que regem a relicitação, constantes do Capítulo III, arts. 13 a 20, da Lei 13.448/2017. E o principal objetivo é de assegurar a continuidade da prestação dos serviços objeto dos contratos de parceria. São com esses termos que se iniciam as especificidades desse procedimento, consoante o art. 13 daquela lei, *verbis*:
- Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.
23. Os termos destacados se revestem de uma faculdade atribuída ao Poder Concedente, inclusive conforme Exposição de Motivos EMI 306/2016 MP MTPA, referente à MP 752/2016, de reavaliar as condições inicialmente pactuadas para contratar o novo concessionário.
24. Os termos da Lei 13.448/2017 conduzem a uma leitura no sentido de existirem etapas sequenciais, destacando-se: (i) as que precedem a instauração do processo de relicitação; e (ii) a inerente ao processo de relicitação já instaurado.
25. Vejamos.
26. A instauração do procedimento de relicitação é condicionada a medidas prévias atribuídas ao concessionário e aos seus acionistas, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei 13.448/2017, medidas que foram mantidas pelo art. 3º do Decreto 9.957, de 6/8/2019, que regulamentou o procedimento para relicitação, em especial as destacadas no quadro a seguir:

Lei 13.448/2017	Decreto 9.957/2019
Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.	Art. 3º O requerimento de relicitação, que será formulado por escrito pelo contratado originário à agência reguladora competente, conterá:
§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:	-x-
III - de declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Lei;	III - declaração formal da intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, à relicitação do contrato de parceria, a partir da celebração do termo aditivo, observado o disposto na Lei nº 13.448, de 2017 ;
IV - da renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado, nos termos do art. 16 desta Lei;	IV - renúncia expressa quanto à participação do contratado e de seus acionistas diretos ou indiretos no certame de relicitação ou no futuro contrato de parceria que contemple, integral ou parcialmente, o objeto do contrato de parceria a ser relicitado, observado o disposto no art. 16 da Lei nº 13.448, de 2017 ;

27. O Decreto 9.957/2019, em seu art. 3º, *caput*, deixou mais claras as etapas, pelo menos três, a serem percorridas no que se denominou de relicitação.

28. A primeira etapa, anterior à autuação do processo de relicitação, abarca o requerimento escrito pelo concessionário originário dirigido à agência reguladora, contendo, especialmente (i) a declaração formal irrevogável e irretratável de adesão à relicitação e (ii) a renúncia expressa quanto à participação do contratado e de seus acionistas diretos ou indiretos no certame de relicitação, observadas as regras do art. 16 da Lei 13.448/2017, ou no futuro contrato de parceria, esta imposição impacta as eventuais transferências e alterações societárias, regradas pela Lei 6.404/1976, durante a execução do novo contrato de concessão.

29. Também faz parte dessa primeira etapa: (i) a manifestação da agência reguladora sobre a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, conforme art. 4º do Decreto 9.957/2019; e (ii) a manifestação do órgão setorial [ministério] sobre a compatibilidade do requerimento de relicitação com o escopo da política pública formulada para o setor correspondente, consoante art. 5º do Decreto 9.957/2019.

30. A partir da manifestação favorável ou não do órgão setorial, entendo encerrada a primeira etapa com a instauração ou não do processo de relicitação. Instaurado o processo de relicitação, em razão da manifestação favorável do respectivo ministério, inicia-se a segunda etapa do procedimento.

31. Na segunda etapa, o processo de relicitação é submetido, nos termos do art. 6º, do Decreto 9.957/2019, à deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, ao qual caberá opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto à conveniência e à oportunidade da relicitação e sobre a qualificação do empreendimento no Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, nos termos do disposto no art. 2º da Lei 13.448/2017.

Art. 2º A prorrogação e a relicitação de que trata esta Lei aplicam-se apenas a empreendimento público prévia e especificamente qualificado para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).

32. À época das Leis 13.334/2016 e 13.448/2017 e do Decreto 9.957/2019, vigorava o Decreto 8.971, de 29/6/2016, que estabeleceu as competências do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (CPPI), presidido pelo Presidente da República, nos termos do art. 4º, inciso I, do Decreto 8.971/2016. Com a inovação da relicitação trazida ao ordenamento jurídico, as competências do CPPI passaram a ser estabelecidas pelo Decreto 10.245, de 18/2/2020.

33. Também compõe a segunda etapa do procedimento de relicitação a deliberação do Presidente da República, mediante decreto, pois qualifica, consoante o art. 1º, § 1º, inciso I, e § 2º, da Lei 13.334/2016, os empreendimentos públicos de infraestrutura em execução por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União.

34. A qualificação do empreendimento passou a ser imprescindível para a realização da relicitação, conforme exposto no art. 7º, *caput*, do Decreto 9.957/2019:

Art. 7º Caberá à agência reguladora competente ou ao Ministério da Infraestrutura, quando for o caso, adotar as medidas necessárias à realização da relicitação do empreendimento qualificado nos termos do disposto no Capítulo II, em especial: (sublinhei)

35. Entendo que com a qualificação do empreendimento, mediante ato do Presidente da República, encerra-se a segunda etapa do procedimento de relicitação.

36. A partir de então, passa-se a ter início a terceira etapa do procedimento de relicitação, com a celebração do acordo entre as partes, ou seja, com a celebração do termo aditivo ao contrato de parceria, conforme disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017, combinado com o art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019.

Decreto 9.957/2019:

Art. 7º Caberá à agência reguladora competente ou ao Ministério da Infraestrutura, quando for o caso, (...), em especial:

I - elaborar e celebrar o termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017;

(...)

37. A declaração formal do concessionário, de caráter irrevogável e irretratável, reaparece na terceira etapa do procedimento de relicitação, pois é condicionante para a celebração do termo aditivo ao contrato de parceria, nos termos do art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a aderência irrevogável e irretratável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei;

38. A primeira indagação dos consulentes é direta sobre o alcance do caráter irrevogável e irretratável expressos nos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017 e do art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019.

39. O auditor e a dirigente máxima da AudRodoviaAviação apresentaram argumentos convergentes, em relação à primeira indagação dos consulentes, no sentido de que:

Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade;

40. O diretor da subunidade técnica, em relação à primeira pergunta dos consulentes, concluiu que:

Nos termos do art. 14, inciso III, e art. 15, inciso I, [da Lei 13.448/2017] a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação são vinculativas exclusivamente em relação ao concessionário.

41. O MPTCU ressaltou que a Lei 13.448/2017 qualifica como irrevogável e irretratável a declaração formal do contratado de sua intenção de aderir ao processo de relicitação (art. 14, § 2º, inciso III) e a sua própria aderência à relicitação (art. 15, inciso I), indicando acertada a leitura do diretor da AudRodoviaAviação.

42. Esse é um tema novo, mas que já é objeto de estudo da doutrina no sentido de que a irrevogabilidade e a irretratabilidade, tal como prevista na Lei 13.448/2017, são “limitações impostas ao concessionário”, nas afirmações de Marçal Justen Filho e Cesar Pereira¹.

43. De fato, o acordo entre as partes (Poder Concedente e concessionário), expressamente citado nos art. 14, *caput*, e 15, *caput*, da Lei 13.448/2017 e art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019 é formalizado mediante termo aditivo ao contrato de parceria vigente, após atendidos os requisitos impostos ao contratado e aos seus acionistas e à qualificação do empreendimento.

44. Considero que a declaração formal do contratado quanto à sua intenção de aderir ao procedimento de relicitação recebeu tratamento diferenciado, pois se reveste de caráter irrevogável e irretratável. Ou seja, quem adere ao procedimento de relicitação de forma irrevogável e irretratável é o

¹ Marçal Justen Filho e Cesar Pereira. iNFRA Debate: Aeroportos – o possível consenso para mudança de rumo. 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infra Debate-aeroportos-o-possivel-consenso-para-mudanca-de-rumo/>; Acesso 19/6/2023.

contratado e não o Poder Concedente, conforme previsto expressamente nos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019. Em outras palavras, a irrevogabilidade e a irretroatibilidade não atingem o Poder Concedente por serem atributos exclusivos da declaração formal do contratado.

45. Trago, como exemplo, alterações promovidas pelo 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos (peça 72 do TC 009.470/2020-4), *verbis*:

Pelo presente instrumento, (...), a **Agência Nacional de Aviação Civil**, na qualidade de **Poder Concedente**, (...), e a **Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S.A. - em recuperação judicial**, (...), resolvem celebrar o presente Termo Aditivo de natureza consensual, (...):

(...)

ANEXO 12 (...)

1. Das Disposições Gerais

1.1 (...), a Concessionária e o Poder Concedente convencionam a extinção amigável do Contrato de Concessão, observado o disposto na Lei n.13.448, de 5 de junho de 2017, no Decreto n. 9.957, de 06 de agosto de 2019, e as disposições do presente Anexo.

1.1.1 A Concessionária declara sua adesão irrevogável e irretroatível à relicitação. (grifos no original, sublinhei)

46. Assim sendo, em resposta à primeira indagação formulada pelos consulentes, na linha da conclusão sugerida pelo diretor da AudRodoviaAviação e pelo MPTCU, entendo que o caráter irrevogável e irretroatível se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário) de adesão ao processo de relicitação, conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019.

IV - Segunda pergunta sobre a possibilidade de o Poder Concedente encerrar o processo de relicitação

47. A segunda questão submetida ao descortino desta Corte, em sede de consulta, foi a seguinte:

b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?

IV.1 – Encerramento em razão das hipóteses previstas na Lei 13.448/2017 e desqualificação do empreendimento prescrita pelo Decreto 9.957/2019

48. Os pareceres elaborados no âmbito da unidade instrutiva indicam que (peças 8, 9 e 10), após a assinatura do termo aditivo de relicitação entre o Poder Concedente e o concessionário, o processo de relicitação é encerrado, em regra, com: (i) a transferência do ativo; (ii) o insucesso do processo nos termos do art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, ou (iii) a desqualificação do empreendimento no âmbito do PPI provocado pelo descumprimento do termo aditivo, nos termos do art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019.

49. A Lei 13.448/2017, nos termos do art. 20, §§ 1º e 2º, prescreve três hipóteses para o encerramento do procedimento de relicitação.

50. A primeira hipótese ocorre no curso normal da relicitação e dentro do prazo fixado. Para tanto, deve ser celebrado o novo contrato de concessão e, por conseguinte, encerrado amigavelmente o contrato de parceria vigente. Assim, encerra-se o procedimento de relicitação. Essa hipótese, de acordo com a unidade técnica, foi testada no âmbito do setor aeroportuário com a relicitação do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN (Asga/RN).

51. Sobre o Asga/RN, não poderia deixar de mencionar que se trata do primeiro contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária, assinado em 28/11/2011, com prazo de vigência previsto para 28 anos. Ainda, esse aeroporto não existia à época do ajuste, tendo sido construído para entrar em operação em meados de 2014, sob gestão exclusivamente privada. Esse aeroporto foi objeto da

primeira relicitação, ocorrida em 19/5/2023, pouco mais de 11 anos após a celebração do contrato de concessão.

52. O resultado dessa relicitação recebeu o seguinte comentário do diretor-presidente da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac):

“Leiloar novamente um ativo recentemente concedido, porém, agora, dentro de uma modelagem mais moderna e eficiente para o setor de transporte aéreo, (...). Essa nova concessão será muito importante para alavancar negócios e empregos no Rio Grande do Norte e no Nordeste”. (sublinhei; Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/governo-arrecada-320-milhoes-em-novo-leilao-do-aeroporto-de-natal>; Acesso em 19/5/2023)

53. Como se vê, o objetivo da relicitação foi assegurar a continuidade da prestação do serviço público, a retomada de investimentos necessários e propiciar a alavancagem de “negócios e empregos no Rio Grande do Norte e no Nordeste”. Quanto ao efeito da arrecadação, ainda que tenha ocorrido 41% de ágio sobre o lance mínimo fixado, cumpre lembrar que a outorga ofertada será utilizada para indenizar o concessionário originário que optou pela extinção amigável. Portanto, o procedimento de relicitação do Asga/RN ainda não se encerrou, pois não foram adotadas todas as medidas necessárias, tais como: a assinatura do novo contrato de concessão, a extinção amigável do contrato de parceria ainda vigente e o pagamento da indenização devida.

54. Obviamente, a relicitação do Asga/RN teve interessado por aquele ativo. Por outro lado, não se tem informação sobre o ingresso líquido de receitas para o Fundo Nacional de Aviação Civil (Fnac). Isso porque ainda não foi realizado o ajuste de contas que envolve o pagamento da outorga ofertada e conhecida de R\$ 320 milhões, ante o valor de indenização aprovado pela Anac da ordem de R\$ 550 milhões. A comparação entre os valores divulgados indica que a União poderá desembolsar R\$ 230 milhões, a partir do resultado da relicitação do Asga/RN. Por enquanto, aquela infraestrutura aeroportuária permanece sob a gestão do concessionário originário de 28/11/2011.

55. Retorno às hipóteses previstas na Lei 13.448/2017 para o encerramento da relicitação.

56. A segunda se refere ao desinteresse de interessados e a terceira, ao transcurso do prazo máximo de 24 meses sem que o procedimento de relicitação seja finalizado.

57. A segunda hipótese, parte inicial do art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, trata da persistência de certame deserto. Essa situação se configura após o edital ser publicado pela quantidade de vezes necessárias, mediante prorrogações, desde que respeitado o prazo máximo de 24 meses a contar da data de qualificação do empreendimento e com supedâneo em deliberações do CPPI.

Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório (...).

§ 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei. (sublinhei)

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo poderá ser prorrogado por sucessivas vezes, desde que o total dos períodos de prorrogação não ultrapasse 24 (vinte e quatro) meses, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI). (Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022)

58. A terceira hipótese está descrita na segunda parte inicial do art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e se configura pelo transcurso do prazo de 24 meses, contado da data da qualificação do empreendimento, sem que haja o término do procedimento de relicitação.

59. E, para ambas as situações, conforme expresso na Lei 13.448/2017, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, no sentido de instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade anteriormente autuado.

60. Cito, ainda, a regra prevista no art. 8º, incisos XII e XIII, do Decreto 9.957/2019, que conduz à desqualificação do empreendimento e, por conseguinte, à retomada da extinção do contrato de concessão via processo de caducidade, *verbis*:

Art. 8º São cláusulas obrigatórias do termo aditivo de que trata o art. 15 da Lei nº 13.448, de 2017, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora competente:

(...)

XII - as sanções pelo descumprimento das obrigações firmadas no termo aditivo e as hipóteses em que a reiteração ou a gravidade das infrações cometidas ensejarão proposta de desqualificação do empreendimento no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República;

61. Portanto, o descumprimento do termo aditivo de relicitação enseja a desqualificação do empreendimento pelo CPPI e implica a imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado originário, além do retorno às condições inicialmente pactuadas, conforme os termos do art. 8º, inciso XIII, do Decreto 9.957/2019.

62. Nesse escopo, tendo em vista a hipótese de encerramento do processo de relicitação pelo transcurso do prazo de 24 meses, a contar da requalificação do empreendimento, cabe ao Poder Concedente verificar se tal hipótese se aplica aos atuais procedimentos de relicitação em andamento, a fim de adotar as medidas que considerar pertinentes.

63. Abordo, ainda, neste ponto, a proposta do MPTCU de acrescentar ao texto da alínea “a” apresentada pelo diretor da AudRodoviaAviação o seguinte complemento (item 36 da peça 13):

36. Assim, acrescenta-se, de modo exemplificativo, as hipóteses de ilegalidade e/ou desvio de finalidade à primeira condicionante sugerida pelo diretor da AudRodoviaAviação, dando-lhe a seguinte nova redação:

a) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela conveniência e viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, inclusa a eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, situação que conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relicitação; (sublinhei)

64. Vejo que a segunda parte, a do acréscimo sugerido pelo MPTCU, revela uma medida que se coaduna com o momento de verificação das hipóteses de encerramento do processo de relicitação previstas na Lei 13.448/2017 ou de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019. Nada impede que o Poder Concedente revise as relicitações autuadas, a fim de verificar a ocorrência de ilegalidade e/ou desvio de finalidade e, no caso de confirmação desses eventos, adotar as providências pertinentes no sentido de corrigi-los para dar continuidade à relicitação ou de desfazer o processo de relicitação.

65. Nesse sentido, entendo oportuno juntá-la à proposta constante do item 62 deste voto, passando a constar: cabe ao Poder Concedente verificar se as hipóteses de encerramento do processo de relicitação previstas na Lei 13.448/2017 ou de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, incluindo eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, situação que conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relicitação, são aplicáveis aos atuais procedimentos de relicitação em andamento, a fim de adotar as medidas que considerar pertinentes.

66. A partir desse ponto, passo a abordar as condicionantes (“balizas técnicas”) que suportam a resposta à segunda indagação dos consulentes, em especial sobre a demonstração do interesse público, a demonstração da vantajosidade de celebrar um eventual acordo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação e, ainda, a observância dos princípios da legalidade e da continuidade do serviço público.

IV.2 – Demais hipóteses de encerramento, por iniciativa própria do Poder Concedente

67. De acordo com os consulentes (peça 2, p. 2):
9. (...) não há vedação legal que impeça a Administração Pública de rever a gestão do ativo concedido, mediante a celebração de um novo acordo, ante a solução dos aspectos operacionais e econômico-financeiros do contrato de parceria, possibilitando a prestação adequada do serviço público, atendendo, assim, ao interesse público.
68. Os consulentes mencionam, ainda, que (peça 2, p. 2):
6. Entretanto, é preciso compreender a postura da Administração em uma conjuntura em que as condições econômicas ou regulatórias se modifiquem e a alteração do contrato de concessão (desistência ou não da relicitação) se justifique. Seria possível, então, o encerramento do processo de relicitação, mediante novo aditivo e a retomada do contrato de parceria por iniciativa do Poder Público?
69. Os consulentes indagam, na verdade, sobre a possibilidade de encerramento do procedimento de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente, no curso regular daquele procedimento.
70. A resposta à indagação dos consulentes sugerida pelo auditor e pela dirigente máxima da unidade técnica foi transcrita nos itens 3 e 6 deste voto, enquanto o encaminhamento ofertado pelo diretor da subunidade técnica encontra-se transcrito no item 5 deste voto.
71. O MPTCU, em sua manifestação, transcrita no relatório precedente a este voto, apresentou ajustes pontuais nas sugestões do diretor da AudRodoviaAviação, no total de oito, além de condicionantes e diretrizes abordadas nos parágrafos 63 a 74 do parecer (peça 13).
72. Conforme destacado pelo diretor da subunidade técnica (peça 9):
5. A partir da leitura sistêmica da consulta proposta, verifica-se que o objetivo do primeiro questionamento não é validar o encerramento atípico do processo de relicitação por iniciativa exclusiva e unilateral pelo Poder Concedente, mas sim entender se seria possível a revisão de tal processo mediante novo acordo (v. item 9 da peça 2). Nesse sentido, sugere-se a possibilidade de continuidade do contrato de concessão, retornando-se ao momento imediatamente anterior ao da relicitação.
- (...)
7. Além disso, é inequívoco que se compreende nas competências da Anac e da ANTT, na qualidade de Poder Concedente para fins de contrato de concessão, a prerrogativa de celebrar acordos no âmbito desses contratos, com fundamento no art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005, e no art. 24, inciso V, da Lei 10.233/2001, dado que não faria sentido a lei consignar uma competência para essas agências sem que os meios indispensáveis para o seu exercício não lhe fossem igualmente outorgados
73. Os normativos citados dizem respeito às atribuições das respectivas agências reguladoras: (i) Anac: conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte (art. 8º, inciso XXIV, da Lei 11.182/2005); e (ii) ANTT: editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura (...), celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos (art. 24, inciso V, da Lei 10.233/2001).
74. O diretor da subunidade técnica apontou para o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), expressado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/DF) 5.991/2018 (relatora Ministra Carmém Lúcia), nos seguintes termos (peça 9):
9. Cumpre lembrar que, por ocasião de julgamento ocorrido em 7/12/2020, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como norma impugnada a própria Lei 13.448/2017, o STF fixou o seguinte entendimento, em consonância o exposto nos parágrafos precedentes:
- EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. (...). SETOR FERROVIÁRIO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS

CONTRATOS DE CONCESSÃO. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO INC. II DO ART. 6º, DOS §§ 1º, 3º, 4º E 5º DO ART. 25 E DO § 2º DO ART. 30 DA LEI N. 13.448, DE 5.6.2017. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

(...)

5. A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. (grifos no original)

75. A imutabilidade do objeto da concessão é similar a uma cláusula pétrea. É inadmissível alterar o objeto, pois incidir-se-ia em fraude ao processo licitatório originário. Celso Antônio Bandeira de Mello exemplifica essa imutabilidade com a seguinte passagem:

(...) imutável é o próprio objeto material da concessão, isto é, o tipo de serviço concedido, no que se inclui a modalidade técnica genérica segundo a qual será prestado. Assim, o concessionário de serviço de iluminação pública a gás não pode ser compelido a modificar-lhe o sistema de prestação para iluminação por energia elétrica. A concessão de geração de energia elétrica não impõe para o concessionário a obrigação de modificá-la para geração de energia atômica, se o concedente desejar a mudança do sistema de geração de energia. (Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 741)

76. A imutabilidade do objeto da concessão não significa que o contrato é imutável e engessado. Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano ensinam que:

(...) os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos, seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta de seu longo prazo - e de todas as evoluções das necessidades sociais relacionadas ao seu objeto experimentadas durante esse longo período - , seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. Como dito, são pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão ~ sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicado na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a aprimorar-se por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito) (Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. Revista de direito público da economia RDPE. Ano 9. n. 34. Abril/jun. 2011. Publicação trimestral. p. 180). (sublinhei)

77. O MPTCU destaca que a “possibilidade da resolução contratual por iniciativa da Administração Pública, fundada em razão de interesse público, é regra geral dos contratos administrativos, presente na Lei 8.666/1993 (art. 79, inciso I, c/c art. 78, inciso XII) e na sua sucessora, Lei 14.133/2021 (art. 138, inciso I, c/c art. 137, inciso VIII), não havendo óbice em tese, consubstanciado em vedação específica, a sua aplicação também à pactuação da relicitação, e ao distrato que lhe é inerente”.

Lei 8.666/1993:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

Lei 14.133/2021:

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

(...)

VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

(...)

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

78. Ainda, de acordo com Marçal Justen Filho e Cesar Pereira²:

A relicitação não é unilateralmente revogável nem retratável, mas é reversível mediante acordo entre as partes. O poder concedente tem a prerrogativa, senão o dever, de adotar a solução mais compatível com os interesses públicos subjacentes à concessão. A evolução dos fatos pode evidenciar que a alternativa mais satisfatória é o encerramento do processo de relicitação e o ajuste das condições contratuais para superar os problemas anteriores.

(...)

Como regra, manter a concessão é a melhor solução. O sistema jurídico – retratado nas determinações da Lindb (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) introduzidas em 2018 – prestigia a compreensão abrangente dos fatos e dos efeitos práticos das decisões administrativas. A União não está constrangida a manter uma solução administrativa anterior, especialmente quando se revelar como mais danosa ou economicamente insuportável. Tem o dever de adotar o caminho mais adequado, que pode ser o de consensualmente não dar continuidade à devolução e à relicitação. (sublinhei)

79. Dentro dessa tônica de resolução consensual aplicada no âmbito de contratos de concessão, trago o exemplo apreciado recentemente pelo TCU, mediante o Acórdão 1.130/2023-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler), que versou sobre solicitação de solução consensual, em face das controvérsias enfrentadas nos Contratos de Energia de Reserva (CER) decorrentes do Procedimento de Contratação Simplificado (PCS) 01/2021, correspondente à contratação emergencial motivada em face de riscos de desabastecimento energético decorrente da crise hídrica e drástica redução no nível dos reservatórios ocorrida de 2020 a 2021, relativos às usinas da Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS). Segundo os cálculos realizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), consoante registrado no voto do relator:

43. (...), a redução na inflexibilidade de geração resultará na diminuição dos custos com a Conta de Energia de Reserva da ordem de R\$ 580 milhões.

(...)

45. Ou seja, em ponto de atenção relevantíssimo, (...), existe a premência de um acordo, ainda que preambular, a ser firmado até o início do mês de junho. Na postergação em um mês dessas eventuais tratativas, os consumidores podem pagar até R\$ 230 milhões a mais (R\$ 7,6 milhões por dia). (destaques no original)

80. É dentro dessa possibilidade de aprimoramento do contrato de concessão, ou seja, da mutabilidade do contrato, sem alteração do objeto da concessão, juntamente com a possível resolução contratual por iniciativa da Administração Pública, conforme externado pelo MPTCU, que passo a discorrer sobre o cerne da segunda indagação formulada pelos consulentes, vis-à-vis a riqueza de detalhes dos argumentos e das sugestões constantes dos pareceres da unidade técnica e do MPTCU e os normativos identificados aplicáveis à matéria.

² Marçal Justen Filho e Cesar Pereira. iNFRA Debate: Aeroportos – o possível consenso para mudança de rumo. 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-aeroportos-o-possivel-consenso-para-mudanca-de-rumo/>; Acesso 19/6/2023.

IV.2.1 – Celebração de acordos com o concessionário originário: manifestação formal do contratado, interesse público, desqualificação do empreendimento e acordo consensual e amigável

81. No âmbito do setor rodoviário, a ANTT tem utilizado acordos específicos denominados de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), a fim de cumprir com suas atribuições, durante o curso de processo de caducidade e de relicitação.

82. Cito, como exemplo, que em 2022, no âmbito da concessão da BR-163/MT - Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO), foi celebrado TAC que tratou, entre outros aspectos, da transferência do controle acionário da concessionária. Esse procedimento foi apreciado pelo TCU, nos termos do Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário (relator Ministro Bruno Dantas). Naquela oportunidade, o relator registrou em seu voto que:

9. A concessionária alega que diversas questões desencadearam essa situação, como a redução da demanda provocada pela crise econômica que teve início em 2014, a mudança na política de financiamento dos bancos públicos, o aumento no preço do componente asfáltico, a Lei dos Caminhoneiros, bem como o envolvimento do grupo econômico controlador na Operação Lava Jato.

10. (...), a ANTT instaurou processo administrativo, que culminou na instauração de processo de caducidade, (...).

11. Também em 2021 a concessionária ingressou com pedido de devolução amigável da concessão e a consequente relicitação, com base no instituto previsto na Lei 13.448/2017 (...). (sublinhei)

83. Para se chegar ao TAC, a ANTT realizou análise prévia da vantajosidade da celebração daquele procedimento frente as possíveis alternativas e concluiu, nos termos reproduzidos no voto condutor do Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário:

136. (...), entende-se que a nova versão do TAC, (...), está aderente ao interesse público, haja vista que dará uma resposta mais imediata aos usuários, reduzindo os gargalos logísticos e o número de acidentes, assegurará uma tarifa mais módica, quando comparado com uma nova licitação, e restabelecerá o papel fiscalizatório desta Agência, mediante a renúncia da Concessionária à decisão arbitral que tem limitado a atuação da ANTT.”

84. Sobre o enquadramento legal de acordos, a exemplo do TAC, o relator do voto condutor do Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário (Ministro Bruno Dantas) registrou:

40. Após a prolação do mencionado acórdão [Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário], a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi alterada de forma a contemplar, em seu art. 26, a possibilidade de celebração de compromissos como instrumento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

(...)

44. A norma trata de reconhecer que a eficiência administrativa requer formas mais flexíveis para lidar com a dinamicidade e a complexidade em certos terrenos do direito público, como os contratos de parcerias e investimentos, que são mutáveis por natureza.

(...)

46. As concessões rodoviárias da terceira etapa – que, de sete, quatro já se encontram em processo de relicitação – parecem apresentar a aludida sorte de contingências a reclamar maior grau de flexibilidade e elasticidade no trato de suas execuções, (...), de que a transação envolve dois entes públicos, o que autoriza uma dose maior de discricionariedade, que não se justificaria fosse a outra parte um particular.

47. E o TAC, nesse caso concreto, precisamente por sua flexibilidade, apresenta-se como a estrutura capaz de oferecer às partes a melhor alternativa para a realização do interesse público.

85. Em uma primeira leitura, observo que é possível a elaboração de acordos no curso de processos de caducidade e de procedimento de relicitação, desde que seja, conforme ressaltado pela unidade técnica (peças 8, 9 e 10) e pelo MPTCU, entre outras medidas, demonstrado o interesse público e assegurada a aderência ao princípio da legalidade.

86. Nessa toada, o disposto no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), conforme registrado no voto do relator do Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário, possibilita a “celebração de compromissos como instrumento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público” e “formas mais flexíveis para lidar com a dinamicidade e a complexidade em certos terrenos do direito público, como os contratos de parcerias e investimentos, que são mutáveis por natureza”, observada a legislação aplicável.

87. De início, vislumbro que o encerramento por iniciativa do Poder Concedente deve observar os alicerces que sustentam o acordo entre as partes, consensualidade e extinção amigável, para formação do procedimento de relicitação, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019.

88. Chamo a atenção para esses atributos, porque a existência do procedimento de relicitação ocorreu pela iniciativa do concessionário de extinguir amigavelmente o contrato de concessão, mediante declaração formal [por escrito]. E, essa vontade teve a concordância do Poder Concedente, haja vista a consensualidade do acordo, representado pelo termo aditivo celebrado e assinado pelas partes.

89. Nesse sentido, caso o Poder Concedente entender, de forma motivada na busca de solução que melhor represente o interesse público, que a manutenção do atual contrato de parceria é possível, ou seja, que o atual contrato de concessão não precisa ser extinto amigavelmente, há que se observar idênticos atributos que levaram à formação do procedimento de relicitação para percorrer o caminho inverso, isto é, para seu desfazimento ou encerramento prematuro. Sobre esse ponto, o diretor da subunidade técnica alertou que (peça 9):

10. Na situação hipotética de rompimento prematuro e atípico do processo de relicitação, cabe também reforçar a necessidade da concordância do concessionário com os novos termos propostos (...). (sublinhei)

90. Nessa esteira, o MPTCU asseverou que:

23. (...) tal desfecho somente pode vir a ocorrer de forma consensual, ou seja, **deve haver a necessária oitiva do contratado, signatário do termo aditivo de relicitação, no sentido de anuir previamente à extinção do processo de relicitação**”.

24. (...) não há vedação expressa na Lei 13.448/2017 à iniciativa do Poder Concedente com fins à desistência da relicitação, com sua natural consequência, entre outras, de extinção do termo aditivo que formalizou a relicitação e suspendeu parcialmente as obrigações do concessionário. (destaques no original)

91. Assim, para que o encerramento ocorra por iniciativa do Poder Concedente, há que se ter um novo acordo entre as partes (consensual), de maneira que o atual concessionário tenha interesse em continuar prestando os serviços objeto dos contratos de parceria.

92. Caso o concessionário não manifeste esse interesse, não vejo como obrigar o contratado a permanecer em uma situação que ele entende não ser mais atrativa, em termos, pelo menos, econômicos, financeiros e operacionais.

93. Digo isso porque o concessionário de serviço público é uma sociedade empresária e está sujeita à crise econômica, financeira e/ou patrimonial, podendo recorrer à recuperação judicial, inclusive. Assim sendo, o procedimento de relicitação deve seguir seu rumo normal até o encerramento, de acordo com as hipóteses prescritas no art. 20 da Lei 13.448/2017.

94. Ressalto que um dos motivos para a relicitação é o de instituir um mecanismo mais célere de resolução de controvérsias, de maneira a evitar o processo de caducidade. Nos setores abrangidos pela lei de relicitação, existe apenas um caso de declaração de caducidade, datada de 16/8/2017, referente ao contrato de concessão celebrado em 12/9/2014, relativo ao trecho rodoviário Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070).

95. A existência ou não de processo de caducidade é uma questão que precisa ser enfrentada, pois a instauração ou a continuidade desse processo é mencionada no caso do encerramento do procedimento de relicitação (art. 20 da Lei 13.448/2017) e na situação de desqualificação do empreendimento (art. 8º, inciso XIII, do Decreto 9.957/2019). Tal fato é importante porque a instauração do procedimento de relicitação gera o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade já existente, consoante o disposto no art. 14, § 3º, inciso II, da Lei 13.448/2017:

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

§ 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.

96. Estamos diante, portanto, de duas formas extremas de extinção antecipada do contrato de parceria. Uma por iniciativa do Poder Concedente, via processo de caducidade que leva à extinção forçada (unilateral). A outra, por iniciativa do contratado (concessionário), via adesão ao procedimento de relicitação, que conduz à extinção amigável e consensual.

97. Não faria sentido o Poder Concedente encerrar o procedimento de relicitação, fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei 13.448/2017, e dar prosseguimento ao processo de caducidade, pois estar-se-ia trocando a extinção amigável pela extinção litigiosa do contrato de parceria.

98. Neste ponto, chamo a atenção para o transcurso do prazo do termo aditivo que sustenta o procedimento de relicitação. Caso esse prazo chegue ao final sem que haja solução mediante a relicitação e o concessionário não queira mais permanecer à frente da concessão, que alternativa se apresenta para o Poder Concedente? Vislumbro que a possibilidade passa pela desqualificação do empreendimento, via decreto, e pela autuação ou continuidade do processo de caducidade para sua declaração, também mediante decreto, nos termos dos arts. 35, inciso III, e 38, da Lei 8.987/1995, de modo que a União passe a assumir o serviço público que é de sua titularidade.

99. Outro ponto importante e destacado nos pareceres elaborados na unidade técnica (peças 8, 9 e 10), que deve ser observado para “o encerramento consensual da relicitação”, refere-se à:

justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13, § 3º da Lei 13.448/2017, considerando o encerramento da relicitação; (sublinhei)

100. A continuidade no âmbito do PPI está associada à qualificação do empreendimento efetivada por meio de decreto, antes da celebração do termo aditivo, conforme descrevi nos itens 33 a 36 deste voto. Nesse escopo, acompanho a conclusão do diretor da subunidade técnica (peça 9) no sentido de que

12. (...) a manutenção do status de empreendimento qualificado após o desfazimento de aditivo de relicitação válido e eficaz, são atos, em princípio, contrários à finalidade e à lógica do procedimento de relicitação como alternativa à caducidade. (grifos no original)

101. Sobre esse aspecto, o MPTCU sugere ajuste no texto da condicionante apresentada pelo diretor da AudRodoviaAviação, nos seguintes termos:

d) pactuação, em novo termo aditivo, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação), preservando-se, ao mesmo tempo, a equação econômico-financeira e a matriz de riscos originais da concessão, a fim de afastar, excepcionalmente, a necessidade de imediata adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente existente em face do contratado originário,

sem prejuízo de que a constatação de novos descumprimentos contratuais implique sanções e, no limite, a instauração ou continuidade de processo de caducidade;

102. A desqualificação de empreendimentos não é uma novidade, na medida em que existem casos de projetos qualificados pelo CPPI para desestatização em que, no curso do processo, o Poder Concedente resolveu não dar continuidade à desestatização e, por conseguinte, procedeu à desqualificação do empreendimento.

103. O cerne dessa questão reside nos benefícios advindos de “sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade” em virtude de desfazimento do processo de relicitação, conforme mencionei no item 95 deste voto. De acordo com o MPTCU, o Poder Concedente deve justificar o sobrestamento de tais medidas, tendo em vista o disposto no art. 14, § 3º, da Lei 13.448/2017, destacando ainda (peça 13):

43. (...). Ocorre que, caso seja encerrado o termo aditivo da relicitação fundado no reconhecimento da viabilidade e do interesse público na retomada do contrato original da licitação, o Poder Concedente incorreria em comportamento contraditório caso imediatamente instaurasse ou desse prosseguimento a processo de caducidade – princípio do *Venire Contra Factum Proprium* –, indo de encontro à boa-fé objetiva e à lealdade contratual.

(...)

46. Tendo em vista o raciocínio exposto e ante a ausência de expressa menção na Lei 13.448/2019 e no Decreto 9.557/2019 sobre quais seriam as consequências da desconstituição de processo de relicitação nos termos ora discutidos, o Ministério Público defende a pactuação, mediante novo termo aditivo, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas e que foram suspensas por ocasião do termo aditivo de relicitação), preservando-se, ao mesmo tempo, a equação econômico-financeira e a matriz de riscos originais da concessão, a fim de afastar a inevitabilidade da adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação.

104. Faço minhas as preocupações com as consequências do desfazimento prematuro da relicitação externadas nos pareceres elaborados no âmbito da unidade técnica e pelo MPTCU. Nesse sentido, caso o Poder Concedente queira prosseguir no intento de encerrar, por iniciativa própria, o processo de relicitação, deverá proceder à desqualificação do empreendimento. E, nesse escopo, acolho, promovendo alguns ajustes de forma a seguir explicitados, a sugestão do diretor da subunidade técnica, com as aprimorações apresentadas pelo MPTCU.

105. Ressalto que a necessidade de pactuação ou formalização de um novo termo aditivo seja de comum acordo e amigável entre as partes. Ainda, tendo em vista que se trata de um novo acordo em que pode vir a ser modificada a configuração do contrato de concessão vigente, em termo de perfil de pagamento de outorga, de demanda e de investimentos, entre outras medidas, a perdurar pelo prazo contratual remanescente, considero que a preservação da equação econômico-financeira e da matriz de riscos originais, sugeridas pelo diretor da subunidade técnica e pelo MPTCU, pode ser traduzida como: a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e a manutenção dos princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato vigente que fundamentou a matriz de riscos.

106. Pelo exposto até este ponto sobre a segunda indagação, entendo ser possível o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente, desde que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:

i) o contratado (cessionário) manifeste formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

ii) a demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade, destacando-se, em especial, os objetivos e os princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 13.334/2016, o princípio da continuidade da prestação do serviço público, estabelecido no art. 13 da Lei 13.448/2017, e o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

iii) a desqualificação do empreendimento, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 1º, inciso I, e § 2º, da Lei 13.334/2016, e no art. 7º, *caput*, do Decreto 9.957/2019;

iv) a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento das novas condições, em prazo razoável, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e mantendo-se os princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato de concessão vigente que fundamentou a matriz de riscos, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019.

IV.2.3 – Repactuação de condições originalmente contratadas

107. A possibilidade de repactuação das condições originalmente contratadas passa por normativos vigentes que já estabeleçam diretrizes nesse sentido, em observância ao princípio da legalidade, consoante já mencionado.

108. O insucesso indicado no resultado dos estudos apresentados pela unidade instrutiva (peças 8, 9 e 10), referentes a readequações de contratos de parceria promovidas no Chile, no Peru e na Colômbia, não pode servir para afastar potencial readequação dos contratos de parceria no Brasil. Tais exemplos podem servir como estudos de caso, a fim de se evitar os vieses que levaram ao insucesso. Certamente, também há casos de sucessos de readaptação das condições originárias de contratos de parceria, haja vista que tais instrumentos são celebrados há muito tempo mundo afora.

109. Tampouco pode ser adotada a conclusão do intitulado “Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais”, realizado pela Receita Federal em 2017, para afastar a aplicação de readaptação de condições originalmente pactuadas no âmbito de contratos de parceria, especificamente para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário alcançados pela Lei 13.448/2017 e envoltos no cerne das indagações formuladas pelos consulentes.

110. No setor rodoviário, os termos de ajustamento de conduta têm sido utilizados pela ANTT com supedâneo em leis vigentes e dentro da competência da agência reguladora, conforme abordei nos itens 81 a 84 deste voto.

111. No setor aeroportuário, por exemplo, cito o Decreto 7.624, de 22/11/2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, cabendo destacar o disposto no art. 18, incisos II a IV:

Art. 18. Sem prejuízo do disposto no art. 7º, caberá ao poder concedente estabelecer a forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em favor do poder concedente ou do concessionário, podendo ser utilizadas as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, sem a exclusão de outras cabíveis:

(...)

II - alteração do prazo da concessão, observado o disposto no art. 6º [cinco anos];

III - alteração das obrigações contratuais da concessionária;

IV - revisão da contribuição devida pelo concessionário, no caso de concessão comum; e

(...).

§ 1º Nas concessões federais, a utilização das medidas descritas nos incisos IV e V do caput dependem de prévia anuência da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

112. Vê-se que o art. 18, incisos II, III e IV, do Decreto 7.624/2011, revelam possibilidades que poderiam ser adotadas, isolada ou conjuntamente, a fim de equalizar as condições econômicas, financeiras e operacionais de contratos de concessão no setor aeroportuário, de modo que a continuidade de sua vigência seja atrativa tanto para o parceiro público quanto para o parceiro privado, de maneira a assegurar a continuidade da prestação do serviço público.

113. Ressalto que a revisão da contribuição devida pelo concessionário requer a anuência do atual Ministério de Portos e Aeroportos, conforme expresso no art. 18, inciso IV, do Decreto 7.624/2011. A revisão da contribuição, no âmbito do setor aeroportuário, já foi incluída em normativos, no passado recente, consoante mencionado nos pareceres elaborados no âmbito da unidade técnica e pelo MPTCU (peças 8, 9, 10 e 13).

114. Vejamos.

IV.2.3.1 – Revisão do cronograma de pagamentos da outorga devida

115. Em 2017, foi publicada a Medida Provisória (MP) 779, de 19/5/2017, convertida na Lei 13.499, de 26/10/2017.

116. A MP 779/2017 estabeleceu critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria no setor aeroportuário, tendo por base a Exposição de Motivos EMI 42/2017 MTPA MP, de 18/5/2017, cabendo destacar:

(...)

4. Em relação à infraestrutura aeroportuária, (...), vem estabelecer critérios para a reprogramação do cronograma de recolhimento de outorgas (...) firmadas até 31 de dezembro de 2016, no mesmo modelo já regulamentado pela Portaria MTPA nº 135/2017, (...).

(...)

6. Deve ser notado que o mecanismo adotado para a reprogramação do cronograma de recolhimento de outorgas tem como premissas centrais a manutenção do valor presente líquido das Contribuições Fixas e, conseqüentemente, da oferta vencedora no Leilão, bem como o adiantamento de parcelas vincendas de Contribuição Fixa, além da quitação de eventuais valores devidos, incluindo juros, sendo que, quanto maior o adiantamento, maior a flexibilidade conferida ao concessionário na propositura da reprogramação. (sublinhei)

117. A Lei 13.499, de 26/10/2017, condicionou a alteração do cronograma, entre outros aspectos, a: (i) manifestação do interessado no prazo máximo de um ano, contado da data de publicação da MP 779/2017; (ii) inexistência de processo de caducidade instaurado e adimplência do interessado com as outorgas vencidas até a data da assinatura do aditivo; e (iii) manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas;

118. Ainda, durante a pandemia da Covid-19, foi editada a Medida Provisória (MP) 925, de 18/3/2020, que, de acordo com sua Exposição de Motivos, teve “por objetivo promover um alívio imediato no fluxo de caixa das empresas do setor de aviação civil”, em razão da “queda brusca na demanda por serviços de transporte aéreo provocada pela pandemia” do Coronavírus, “tanto em nível nacional como internacional”. Além disso:

2. (...) a recente desvalorização da moeda brasileira teve impacto negativo para as empresas do setor, já que vários de seus custos são dolarizados. Em virtude dessa situação, as empresas aéreas brasileiras têm enfrentado dificuldade para honrar seus compromissos, motivo pelo qual estão expostas ao risco de insolvência.

3. As três medidas propostas (...) servirão para dar às empresas do setor aéreo algum espaço no curto prazo para o gerenciamento dos seus fluxos de caixa.

(...)

7. Por fim, a terceira medida proposta tem como foco os operadores aeroportuários. (...), a medida aqui apresentada propõe a postergação do pagamento das contribuições devidas (...).

8. (...), os pagamentos das contribuições (...) representam, em muitos casos, a principal despesa financeira das concessionárias. Por isso, uma eventual autorização para (...) cumprir suas obrigações financeiras em data posterior àquela disciplinada (...) daria às empresas alguma folga para a gestão de seu fluxo de caixa, assegurando, assim, a continuidade do serviço público prestado à sociedade.

9. (...) as medidas propostas não implicam redução de arrecadação (...), apenas sua postergação. (...).

10. (...) A retração sem precedentes da demanda por transporte aéreo provocada pela pandemia (...), está gerando uma forte queda nas receitas correntes das empresas aéreas, ameaçando sua capacidade de honrar compromissos e, em última instância, sua solvência. (...). Finalmente, faz-se necessário observar que tais fatores possuem reflexo imediato nos aeroportos, uma vez que suas receitas dependem da movimentação de pessoas, cargas e aeronaves em seus terminais e infraestruturas conexas, (...). (sublinhei)

119. A MP 925, de 18/3/2020, foi convertida na Lei 14.034, de 6/8/2020, que dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira, e promoveu alterações na Lei 13.499/2017, tendo sido regulamentada pelo Decreto 10.446, de 6/8/2020, que prescreveu, em seu art. 2º, que a edição do ato de regulamentação pelo então Ministério da Infraestrutura dependerá da anuência prévia do Ministério da Economia.

120. A Portaria Minfra 157, de 23/10/2020, fixou, então, os parâmetros mínimos para análise dos processos de reprogramação da contribuição fixa dos contratos de concessão federal de infraestrutura aeroportuária celebrados até 31/12/2016.

121. As revisões da contribuição devida pelo concessionário (postergação do pagamento), ocorridas em 2017, após a crise de 2014-2016, e em 2020, em decorrência da pandemia do Covid-19, abrangeram o transporte aéreo e a infraestrutura aeroportuária, à luz do disposto no art. 18, inciso IV, do Decreto 7.624, de 22/11/2011. Nas situações mencionadas, constou expressamente o interesse do Poder Concedente em assegurar a continuidade da prestação do serviço público.

122. Além disso, as revisões implementadas, em 2017 e em 2020, passaram pela formulação de um eventual plano para solucionar, principalmente, crises de ordem econômica e financeira que envolveu concessões de serviço público. Situações que necessariamente requereram a participação do Poder Concedente em sua elaboração.

123. Não se tratou de beneficiar o concessionário, mas de garantir a continuidade do serviço público.

124. Considero que o Poder Concedente deve zelar pelos objetivos do PPI, no sentido de propiciar a realização de investimentos e a manutenção de empregos, de assegurar a estabilidade e a segurança jurídica e de garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, entre outros.

125. Os argumentos que trago nos itens 110 a 123 deste voto se devem em razão do disposto no art. 13 da Lei 13.448/2017, pois aplica a relicitação aos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente dos contratos de parcerias.

126. O diretor da subunidade técnica bem salientou que (peça 8):

20. (...) as concessionárias atuais já estavam sem pagar outorgas (caso dos aeroportos) ou cobrando excedentes tarifários (no caso de rodovias), com o objetivo de possibilitar a essas SPE's que mantivessem apenas a prestação dos serviços essenciais até o início do novo contrato de concessão. (...).

21. Permanece ainda a possibilidade de risco de inadimplência no pagamento das outorgas pelas concessionárias. Dentre as hipóteses ventiladas em alguns veículos de imprensa, discute-se a possibilidade de flexibilizar mais uma vez o cronograma de pagamento das outorgas pelas concessionárias de aeroportos como forma de dar um “alívio de caixa” às SPE’s. (...).

22. Além de reequilíbrios já concedidos a título de compensação em face da Covid-19, reprogramações e postergações do pagamento de outorga já foram anteriormente concedidas no setor aeroportuário, o que se soma também a diversos termos de ajustamento de conduta firmados no setor rodoviário, e, ainda assim, tais eventos não foram suficientes para evitar a adesão de diversas concessionárias ao instituto da relicitação.

(...)

28. (...) as seguintes balizas mínimas devem ser observadas na motivação que anteceder o encerramento consensual da relicitação:

(...)

g) comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, (...); (sublinhei)

127. Esse tema também foi pontuado pelo MPTCU, juntamente com a garantia do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, ao tratar da condicionante sugerida pelo diretor da subunidade técnica, que propõe nova redação à alínea “g”, nos termos que se seguem:

54. No que se refere ao restabelecimento “integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas”, não há dúvidas de que se deve retornar ao *status quo ante* com relação à quitação das outorgas vencidas antes da assinatura do termo de relicitação que se pretende desconstituir e que venceriam durante sua vigência, nos termos originais da concessão, sem prejuízo de que seja levado a efeito o reperfilamento das outorgas vincendas³, caso o Poder Concedente considere tal providência essencial para que seja mantida a viabilidade econômico-financeira do contrato de concessão ao qual será dado prosseguimento, observada a vinculação constitucional à equação econômico-financeira original do contrato. (destaques no original)

(...)

59. (...)

g) da quitação (ou eventual parcelamento) de outorgas vencidas e não pagas. (destaques no original), da aplicação de novas multas contratuais que voltariam a ser devidas a partir da desconstituição do processo de relicitação (revogação *ex tunc* da suspensão da incidência das multas moratórias para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo), da quitação (ou eventual parcelamento) dessas e de multas anteriores, ainda pendentes, e multas contratuais e moratórias (...);

128. Em relação da aplicação de novas multas contratuais, o MPTCU apresenta a seguinte argumentação:

55. Quanto à “aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas”, há que se reconhecer que a desconstituição do processo de relicitação implica a revogação *ex tunc* da suspensão da incidência das multas moratórias para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo da relicitação. Tal restabelecimento está, portanto, correto, sem prejuízo de ser substituída, para fins de clareza, o trecho “passaram a ser devidas” por “voltariam a ser devidas a partir da desconstituição do processo de relicitação” e acrescentada a necessária “quitação ou parcelamento” desses débitos sancionatórios, além da mera imputação, como pressuposto da consensualidade e lealdade contratual inerente à opção pela retomada da concessão original. (sublinhei)

129. Concordo com os argumentos despendidos sobre a aplicação de multas contratuais e/ou moratórias não quitadas, em especial sobre a aplicação de parcelamento desses débitos.

³ Vide reprogramações – alterações do cronograma e forma de pagamento de contribuições em contratos de parceria – promovidas pelas Leis 13.499/2017 e 14.034/2020.

130. Nessa toada, há que se verificar, de antemão e caso a caso, se é possível readaptar as condições do contrato de parceria vigente pelo prazo contratual restante, podendo ser considerado, inclusive, o prazo de prorrogação já fixado e o parcelamento, consoante indicado pelo MPTCU, das outorgas vencidas e não pagas e do débito ainda pendente relativo a multas contratuais e/ou moratórias.

131. É de bom alvitre lembrar que o Poder Concedente deve assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do acordo comum e amigável a ser celebrado com o atual concessionário e manter os princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato vigente, conforme registrei no item 106 deste voto.

132. Existindo a possibilidade de readaptação das condições inicialmente contratadas, o Poder Concedente deverá observar, em acréscimo às condicionantes elencadas no item 106 deste voto, que a eventual reprogramação de pagamentos de contribuição a ele devida, caso adotada, deve ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais que, entre outros aspectos, assegure a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas, o restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (ou eventual parcelamento) e a quitação (ou eventual parcelamento) de multas contratuais e/ou moratórias ainda pendentes, e, no caso de postergação de pagamentos, preveja a anuência prévia do Ministério da Fazenda.

IV.2.3.2. – Estudos de vantajosidade e conteúdo mínimo

133. A situação de cada contrato de concessão deve ser avaliada caso a caso, conforme já mencionei, tendo em vista a motivação para a instauração de processo de caducidade, suspenso em decorrência do procedimento de relicitação, conforme salientado pelo diretor da subunidade técnica, por não pagamento de contribuição devida ao Poder Concedente (setor aeroportuário) ou não realização de investimentos obrigatórios (setor rodoviário), além do passivo regulatório existente.

134. A Lei 13.448/2017, ao tratar da revogação de contratos de parceria do setor ferroviário e rodoviário, prevê em seu art. 8º a elaboração de estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação em relação à realização de nova licitação.

135. Ainda que não haja a previsão de estudo prévio de vantajosidade para a relicitação de contratos de concessão vigentes, essa avaliação foi realizada pela ANTT, dentro de suas atribuições legais, para a BR-163/MT, e apresentou resultado favorável para aquele caso concreto, nos termos do Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário, abordado no item 83 deste voto.

136. Creio que em razão desse caso e com supedâneo no Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário, os pareceres elaborados no âmbito da unidade técnica (peças 8, 9 e 10) apontam para a necessidade de o Poder Concedente, caso prossiga com a intenção de encerrar o processo de relicitação, por iniciativa própria, efetuar:

- iii. demonstração de que os resultados alcançados com “a celebração de um novo acordo” superam os advindos da relicitação (itens 56 e 66, b.3, da peça 8; e item 19, b.3, da peça 10); e
- vii. avaliação econômico-financeira da vantajosidade da celebração do “novo acordo” (itens 56 e 66, b.3, da peça 8; e item 19, b.3, da peça 10);
 - a) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação; (item 28 da peça 9)
 - c) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes; item 28 da peça 9)
 - e) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação; (item 28 da peça 9)

g) comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (...), da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação; (item 28 da peça 9)

h) comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo; (item 28 da peça 9)

137. Nessa linha de raciocínio, o MPTCU registrou que (peça 13):

28. (...) concorda especialmente com o diretor da AudRodoviaAviação quanto à impossibilidade da desfiguração das condições originalmente previstas na licitação que deu origem ao contrato de concessão e à imperiosidade da demonstração tanto da persistência da viabilidade econômico-financeira da parceria, quanto da vantajosidade da sua manutenção, ainda que em termos minimamente ajustados, por meio do confronto dos cenários relicitação e novo contrato de concessão versus continuidade da concessão original, mediante repactuação via termo aditivo. (destaques no original)

138. Além disso, o MPTCU sugeriu ajustes de forma na redação das condicionantes das alíneas “c”, “e” e “g” apresentadas pelo diretor da AudRodoviaAviação, conforme se segue:

38. (...), o desfazimento do mencionado processo [de relicitação] somente pode ocorrer mediante a demonstração da vantajosidade do cenário que considerará a desconstituição do processo de relicitação e a retomada do contrato original de parceria, mesmo que minimamente ajustado.

39. Nesse cenário, (...), o Ministério Público vislumbra a oportunidade de aprimoramento da redação da letra “c” retrotranscrita, no sentido de que seja acrescentada a vertente jurídica das justificativas e elementos que embasaram a adoção da relicitação, o que pode abarcar, por exemplo, alterações no arcabouço legal e/ou normativo ocorridas após a assinatura do termo aditivo da relicitação.

40. Com o referido acréscimo, a nova redação proposta para a condicionante é a seguinte:

c) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos e jurídicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes, com especial atenção a eventuais alterações no arcabouço legal e/ou normativo que ocorreram após a assinatura do termo aditivo da relicitação;

(...)

51. (...):

e) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior que pode vir a ser alcançado com a manutenção do contrato de concessão original, ainda que modulado mediante termo aditivo, em relação aos benefícios esperados com a conclusão usual do processo de relicitação, a partir da celebração de novo contrato de parceria com novo contratado, selecionado em processo competitivo;

(...)

59. (...)

g) comprovação da quitação (ou eventual parcelamento) de outorgas vencidas e não pagas, da aplicação de novas multas contratuais que voltariam a ser devidas a partir da desconstituição do processo de relicitação (revogação ex tunc da suspensão da incidência das multas moratórias para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração do termo aditivo), da quitação (ou eventual parcelamento) dessas e de multas anteriores, ainda pendentes, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desconstituição da relicitação;

139. Quanto à condicionante da letra “h” apresentada pelo diretor da subunidade técnica, o MPTCU entendeu ser desnecessária, tendo em vista que as condicionantes elaboradas conduzem ao atendimento de normativo vigente e à aderência ao princípio da legalidade. Concordo com o MPTCU.

140. Por já terem sido tratadas ao longo deste voto (itens 106 e 132), deixo de abordar novamente as matérias sobre (i) a comprovação da quitação de outorgas vencidas e não pagas e de débito ainda pendente relativo a multas contratuais e/ou moratórias e (ii) a instauração ou prosseguimento de processo de caducidade.

141. No tocante aos fatos supervenientes que possam vir a modificar o entendimento do Poder Concedente em relação à relicitação, destaco que, até o momento não se tem informação sobre a vantajosidade de celebrar um eventual acordo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação. Consoante já registrei, tal situação se fez presente no caso concreto da BR-163/MT.

142. Assim, em virtude dos argumentos do diretor da AudRodoviaAviação e do MPTCU, tenho a convicção de que a vantajosidade comprovada em favor de futuro acordo comparativamente à relicitação se traduz em fato superveniente que a ela se juntarão as demais condicionantes ou “balizas técnicas” abordadas ao longo deste voto.

143. Nesse escopo, considero que os elementos mínimos que deverão constar dos estudos de readequação das condições originalmente contratadas, previstos no art. 17, § 1º, incisos I a IV, da Lei 13.448/2017, a seguir transcrito, servem de balizas para o mencionado estudo de vantajosidade:

Art. 17. O órgão ou a entidade competente promoverá o estudo técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional.

§ 1º Sem prejuízo de outros elementos fixados na regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar do estudo técnico de que trata o **caput** deste artigo:

I - o cronograma de investimentos previstos;

II - as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

III - as estimativas de demanda;

IV - a modelagem econômico-financeira;

V - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;

VI - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes;

144. Em razão dessa previsão legal, deixo de reproduzir as sugestões elencadas nos pareceres que precedem este voto, mas faço as seguintes menções acerca da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos e de reconstituição das garantias contratuais.

145. Segundo o MPTCU, não é esperado que a retomada dos investimentos se dê previamente à desconstituição do processo de relicitação e substituição do aditivo contratual em vigor (item 57, peça 13).

146. Nessa toada, friso que eventos econômicos, financeiros e sociais ocorridos durante a execução dos contratos de concessão vigentes podem ter modificado a configuração original da concessão, especialmente o binômio demanda-investimento. Esses dois parâmetros, demanda e investimento, por exemplo, podem vir a ser alterados no novo acordo a ser celebrado entre o parceiro público e o privado, seguindo a ótica da mutabilidade do contrato de concessão e a possibilidade de resolução consensual. Nesse escopo, entendo que se insere um possível novo perfil de investimentos a perdurar até o final do tempo remanescente do contrato, de modo que não haveria por que comprovar previamente à assinatura do acordo a retomada de investimentos suspensos caso se conclua não serem mais atinentes à nova configuração, em observância ao disposto em especial no art. 17, § 1º, incisos I a III, da Lei 13.448/2017.

147. No bojo de potenciais alterações, também se inclui o necessário reestabelecimento das garantias contratuais, condição pertinente no entendimento do MPTCU, a serem exigidas do concessionário originário durante o restante do contrato de parceria. Quanto a esse aspecto, especificamente, voltarei a abordá-lo ao tratar mais à frente sobre a necessária garantia da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para cumprir as condições do novo acordo.

148. Relativamente ao efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis à prestação do serviço, concordo com os apontamentos dos pareceres precedentes. Ressalto que dentre as disposições contratuais se destacam aquelas associadas à qualidade e à segurança do serviço requerido, guardadas as especificidades de cada setor: ferroviário, rodoviário e aeroportuário.

149. Nesse sentido, tendo em vista os apontamentos da unidade técnica e do MPTCU, no caso de o Poder Concedente, por iniciativa própria, encerrar o processo de relicitação, em acréscimo às condicionantes dos itens 106 e 132 deste voto, deve ser atendido, ao menos, o previsto no art. 17, § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, em relação aos estudos que subsidiarão eventual acordo, considerando a vigência de, no máximo, até o final do prazo restante do contrato de parceria vigente.

IV.2.3.3. – Alteração das obrigações contratuais – investimentos e garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional

150. Os procedimentos de relicitação mencionados pelos consultantes abrangem contratos de parceria jovens, com pouco tempo de duração, haja vista terem sido celebrados a partir de 2012. Portanto, com dez anos ou um pouco mais de tempo de execução. Além disso, tais contratos requerem altos investimentos nos primeiros cinco anos de vigência, em especial os do setor aeroportuário. Eventos econômicos, financeiros e sociais ocorridos durante a execução desses contratos podem ter modificado a configuração original da concessão, especialmente o binômio demanda-investimento.

151. É essa a essência do entendimento expressado pelo STF quanto apreciou a ADI/DF 5.991/2018 e assentou o entendimento de imutabilidade do objeto do contrato de concessão, mas deu sinal verde para a mutabilidade das condições do contrato. E esse entendimento se coaduna com o disposto no art. 26 da Lindb, com a doutrina citada nos itens 75, 76 e 78 deste voto e com a legislação apontada pelo MPTCU (item 77 deste voto).

152. Neste ponto, cabe lembrar que nos idos de 2010 e 2011, época dos estudos de viabilidade de concessões aeroportuárias e rodoviárias, vivia-se um ambiente favorável e promissor de crescimento.

153. No caso do setor aeroportuário, especificamente, as primeiras concessões de aeroportos surgiram no bojo da realização de grandes eventos: Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Cabe lembrar que o período 2003-2010 registrou um crescimento de demanda de 118%, quase três vezes maior que o aumento registrado mundialmente (40%), consoante bem ressaltado no relatório de auditoria operacional constante do Acórdão 548/2014-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz):

19. Nos últimos anos houve um crescimento muito forte da demanda pelo uso dos serviços dos aeroportos no Brasil. De 2003 a 2010, enquanto a média mundial de crescimento no movimento de passageiros foi de 40%, no Brasil foi de 118%. Esse aumento trouxe uma necessidade crescente de investimentos para a manutenção da qualidade no atendimento nos aeroportos e para a adoção de padrões internacionais de operação (...).

154. Os estudos de viabilidade foram feitos, naquele contexto promissor para o crescimento econômico do Brasil, com o olhar sobre o período 2003-2010, a fim de projetarem para 20, 25 e 30 anos variáveis de ordem econômica, financeira e técnica, a exemplo de: Produto Interno Bruto, taxas de juros e demanda. E foi nesse ambiente que o Poder Concedente conduziu as concessões no setor rodoviário, 3ª etapa, e aeroportuário.

155. No entanto, no período decenal seguinte à assinatura dos contratos de concessão daqueles setores e abrangidos pela lei de relicitação, ou seja, de 2012-2022, estão inseridos dois anos de crise econômica, abrangendo parte de 2014 até parte de 2016, e três anos de pandemia do coronavírus, período 2020-2022, que assolaram a economia brasileira e mundial. Esses eventos impactaram negativamente, em alguma medida, a execução daqueles contratos, respeitadas as especificidades de cada um dos setores abrangidos.

156. Matéria divulgada pela Bloomberg Línea, indica que⁴:

De 2014 a 2016, as concessionárias de aeroportos foram atingidas pela crise econômica no país. As empresas reclamavam que os investimentos previstos nos contratos estavam condicionados a uma projeção de “demanda inflada” do processo licitatório e que não se concretizou.

157. Portanto, em uma década de execução contratual dos setores rodoviário e aeroportuário, 2012-2022, metade dela foi transcorrida sob efeito de crises econômicas extemporâneas, imprevisíveis e de longa duração. Certamente, os estudos de viabilidade elaborados entre 2010 e 2012 e que nortearam o edital e os contratos firmados, nos idos de 2012, não internalizaram essas crises econômicas e nem poderiam.

158. Não poderia deixar de mencionar que os contratos de concessão contêm matrizes de risco que atribuem os riscos identificados ao agente com melhor condição de gerenciá-los, ainda que os eventos representados pelas crises citadas sejam considerados imprevisíveis. E foram.

159. A frustração de demanda foi integral e exclusivamente atribuída ao concessionário (parceiro privado), seguindo os exatos termos da expressão “por sua conta e risco” prevista no art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995:

Art. 2º (...):

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, (...), a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (sublinhei)

160. Arrisco dizer que essas crises se inserem na teoria das áleas, mas não da álea ordinária ou empresarial atinente a qualquer negócio de natureza privada ou pública, porque o termo ordinário traz consigo o conceito de previsível. Paro por aqui, pois não é objeto desta consulta discutir tal teoria ou verificar sua aplicabilidade no contexto da relicitação. Porém, serve para deixar registrado que passamos por cinco anos de crise econômica e financeira inseridos em uma década com geração de efeitos negativos sobre a economia do Brasil.

161. As infraestruturas aeroportuárias concedidas e abrangidas pela Copa do Mundo de 2014 (Asga, Guarulhos, Viracopos e Brasília) tiveram metas de realização de investimentos fixadas para entrar em operação em meados daquele ano de 2014, especialmente construção e/ou reforma de terminal de passageiros, pista de pouso e decolagem e torre de controle. O início se deu com o Asga/RN, infraestrutura não existente à época da celebração do contrato.

162. Na sequência, o Poder Concedente iniciou o projeto de desestatização dos Aeroportos Internacionais de Guarulhos/SP, Viracopos/SP e Brasília/DF. Conforme destacado no relatório que conduziu o Acórdão 548/2014-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz, Auditoria Operacional), aqueles três aeroportos eram responsáveis, à época:

por 30% do movimento de passageiros, 57% das cargas e 19% das aeronaves (...). Uma das alterações mais significativas na modelagem dessa nova rodada (...) foi a definição de participação da Infraero com 49% no capital social das futuras concessionárias.

⁴ Bloomberg Línea. Por Juliana Estigarribia, 21/5/2023, 12:05 PM. Por que o sucesso no leilão do aeroporto de Natal não deve se repetir mais. Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/brasil/por-que-o-sucesso-no-leilao-do-aeroporto-de-natal-nao-deve-se-repetir-mais/>; Acesso em 31/5/2023.

163. Essa onda de concessões aeroportuárias ganhou fôlego com a concessão dos aeroportos do Galeão/RJ e de Confins/MG, com leilão efetuado em 2013 e celebração dos contratos em 2/4/2014 e 7/4/2014, respectivamente.

164. Todos esses cinco aeroportos – Guarulhos/SP, Viracopos/SP, Brasília/DF, Galeão/RJ e Confins/MG, pela materialidade na movimentação de passageiros, cargas e aeronaves e, por conseguinte, na geração de receitas para a Infraero, contaram com a participação daquela empresa estatal aeroportuária com 49% no capital social das concessionárias.

165. A concessão do Aeroporto de Confins/MG, por exemplo, passa por uma eventual revisão de investimentos obrigatórios, à luz do disposto no art. 18, inciso III, do Decreto 7.624, de 22/11/2011, ainda que a demanda não tenha atingido o patamar previsto no contrato de concessão. Trata-se de aplicação da tese de mutabilidade do contrato de concessão, ou seja, das condições originariamente contratadas, mas sem alterar o objeto da concessão.

166. Para melhor esclarecer esse ponto da mutabilidade, vou me valer da definição do objeto da concessão descrito nos respectivos contratos de infraestrutura aeroportuária, como sendo a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária do complexo aeroportuário, a ser implementada em fases. À exceção da fase de transferência das operações do aeroporto da Infraero para a concessionária, as demais fases associam a ampliação “para adequação da infraestrutura e melhoria do nível de serviços”, a “ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto, para manutenção do nível de serviço estabelecido no PEA” (plano de exploração aeroportuária) e a “ampliação, manutenção, exploração do Aeroporto, para atendimento aos Parâmetros Mínimos de Dimensionamento previstos no PEA”.

167. O PEA, anexo de todos os contratos de concessão vigentes, indica que constituem objeto da concessão do complexo aeroportuário:

3.1 (...) a execução das seguintes atividades, que devem ser cumpridas pela Concessionária durante todo o prazo da Concessão, sem prejuízo das demais obrigações previstas no Contrato:

3.1.1 A prestação dos serviços de embarque, desembarque, pouso, permanência, armazenagem e capatazia, conforme descrito no Anexo (...) Tarifas, bem como todos os demais serviços relacionados à infraestrutura aeroportuária;

3.1.2 A exploração eficiente do Complexo Aeroportuário, de forma a obter Receitas Não-Tarifárias e disponibilizar aos Usuários a infraestrutura de apoio necessária ao bom funcionamento do Complexo Aeroportuário;

3.1.3 A manutenção de todas as instalações, bens, equipamentos existentes e implementados no Complexo Aeroportuário, conforme a legislação e regulamentação em vigor;

3.1.4 A execução das melhorias da infraestrutura no prazo previsto neste PEA, com vistas a ampliar o Complexo Aeroportuário e adequar a qualidade dos serviços;

3.1.5 O pleno atendimento ao nível de serviço previsto neste PEA durante todo o prazo da Concessão, mediante a realização dos investimentos e obtenção dos recursos necessários; e

3.1.6 A adequação das demais instalações necessárias para o atendimento dos Usuários na hipótese de ampliação do Complexo Aeroportuário, em especial pátio de aeronaves, estacionamento de veículos, vias de acesso, dentre outras. (sublinhei)

168. Repito, as concessões aeroportuárias ocorridas em 2011, 2012 e 2013, tiveram como principal objetivo atender à demanda associada à realização de grandes eventos (Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016), bem como melhorar a qualidade de serviços desses aeroportos mediante a aceleração de obras necessárias ao atendimento da demanda pelo serviço de transporte aéreo e o crescimento do setor aeroportuário do Brasil.

169. Essas concessões seguiram os preceitos do Decreto 6.780/2008, que estabelece a Política Nacional de Aviação Civil, em especial a de desenvolvimento da aviação civil:

2.5. O DESENVOLVIMENTO DA AVIAÇÃO CIVIL

(...)

O Estado brasileiro deve ser capaz, portanto, de prever adequadamente a demanda por bens e serviços aeronáuticos e propiciar as condições para que o desenvolvimento da aviação civil se faça de maneira harmônica, equilibrada e adequada. (...). (sublinhei)

170. Ainda que a consulta trade de análise em tese, não poderia deixar de mencionar situações vividas, por exemplo, na concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP, tendo em vista que o processo de relicitação se encontra sob minha relatoria.

171. No relatório condutor do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz, Aeroporto Internacional de Viracopos/SP), consta que:

6.3.2 Obras da concessionária

90.O PEA (peça 140) especifica diversas obras que deverão ser realizadas pela concessionária durante a Fase I-B do contrato (...), nos 18 meses iniciais da concessão, e algumas obras para a Fase II. Em razão do nível de saturação do aeroporto, da taxa de crescimento da demanda prevista para os próximos anos e dos grandes eventos internacionais (...), foi dada grande ênfase às obras necessárias durante os primeiros anos da concessão (Fase I-B). (sublinhei)

172. Os estudos de mercado efetuados à época de 2011 e 2012 trouxeram em seu bojo, principalmente, o estudo de demanda, essencial para a projeção de receitas e de investimentos, sob um prisma que indicava um ambiente promissor para o crescimento econômico e, no caso do setor aeroportuário, com forte aumento da demanda já efetivado em 2010.

173. Sobre isso, valho-me, de novo, do relatório condutor do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz):

113. O Aeroporto Internacional de Viracopos teve, em 2010, movimento de aproximadamente 5 milhões de passageiros. Foi um dos aeroportos que apresentou maior taxa de crescimento nos últimos anos e a infraestrutura existente já não é suficiente para atender a demanda. O sítio aeroportuário conta com um terminal de passageiros com área de 34.650 m², sem posições de ponte de embarque para aeronaves.

174. Quanto à ampliação e à modernização do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP, o relatório condutor do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz), assim registrou:

37. (...) A Tabela 2 traz uma síntese de alguns macrodados (...) apresentados pela Anac ao TCU.

Tabela 2 – Dados gerais da concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP (resumido)

Valor Presente Líquido (VPL) original ¹	R\$ 436 milhões
Valor presente da contribuição variável	R\$ 661 milhões
Valor presente dos investimentos mínimos originais ¹	R\$ 5.129 milhões
Valor presente das receitas tarifárias	R\$ 4.877 milhões
Demanda estimada de passageiros em 2042	90 milhões de passageiros/ano

¹ – Antes dos necessários ajustes no CapEx comentados na seção 6.4.6 deste parecer. (destaques no original)

Fonte: elaboração própria a partir do arquivo eletrônico GRU-VCP-BSB_Financial_Model_v9.7.xlsm.

38. No que se refere à demanda, estima-se que seu valor para o início da concessão, em 2012, é da ordem de 9,7 milhões de passageiros/ano, chegando, de acordo com as estimativas dos estudos, a 90 milhões de passageiros/ano ao final da concessão, no ano de 2042 (...).

39. Depois de projetada a demanda de passageiros, de carga e mala postal, foram inseridos no fluxo de caixa as estimativas de investimentos mínimos necessários, de custos operacionais e de receitas tarifárias e comerciais do empreendimento. (sublinhei)

175. Destaco, como exemplo, o estudo de mercado de demanda do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP, referenciado ao ano de 2011. De acordo com as estimativas dos estudos, a projeção da demanda para a concessão de Viracopos previu 9,7 milhões de passageiros/ano (2012), 23,04 milhões (2021) e 90 milhões ao final da concessão (2042). Essas projeções foram muito bem retratadas no relatório condutor do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz):

115. De acordo com as projeções dos Estudos, Viracopos passará por grande transformação ao longo do prazo de concessão, tornando-se o maior aeroporto do país, com previsão de movimentar 90 milhões de passageiros por ano. Para atender a demanda futura prevista para o aeródromo, está prevista a ampliação de todos os componentes da infraestrutura aeroportuária (peça 59, p. 24-50).

116. O aeroporto em epígrafe dispõe de uma única pista de pouso com extensão de 3.240m x 45m (15/33). Ao longo da concessão, em razão da disponibilidade de áreas e da estimativa de demanda, está prevista a construção de mais 3 pistas, todas paralelas à atual. A futura configuração do sistema de pista – que costuma ser a maior restrição de capacidade de um aeroporto – permitirá que Viracopos acomode 525.000 operações de aeronaves por ano e se transforme, de acordo com os Estudos, no maior aeroporto do país nos próximos vinte anos.

se transforme, de acordo com os Estudos, no maior aeroporto do país nos próximos vinte anos.

117. Um novo Terminal de Passageiros será construído, em substituição ao atual, que será desmanchado para a ampliação do pátio de aeronaves, conforme propõe os EVTEA. Esse TPS terá área 1.400% superior ao atual, de aproximadamente 527.600 m² ao final do período de concessão, de modo a atender a demanda estimada para o ano em 2041.

118. O Pátio de Aeronaves do aeroporto aumentará mais de dez vezes. (...). Em 2041, serão necessários 1.477.800 m² de pátio, para acolher 235 aeronaves simultaneamente, sendo 110 em posição de contato (ponte de embarque), que seriam capazes de atender 65% dos passageiros. (sublinhei)

176. Não tenho dúvidas de que esses números influenciaram a estimativa de receitas e de investimentos obrigatórios ao longo da execução contratual prevista para trinta anos, a exemplo de: sistema de pistas, demolição e edificação de uma nova torre de controle, terminal de passageiros, estacionamento de veículos e pátios de aeronaves de aviação regular e não regular.

177. Uma das fases cruciais e superadas no âmbito dos contratos de concessão aeroportuária vigentes se refere à Fase I-B. Essa fase foi assim relatada quando da apreciação do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz):

99. A Fase I-B tem início com a assinatura do contrato. Em noventa dias a concessionária deverá apresentar o projeto básico e o cronograma dos investimentos de ampliação e adequação das instalações, que deverão ser aprovados pela Anac. O prazo de execução dos investimentos da Fase I-B está em aberto no PEA (peça 140) e **deverá ser elaborado em consonância com os EVTEA**. Como se trata de etapa destinada a suprir o déficit de capacidade atual e preparar o aeroporto para atender a demanda durante a Copa do Mundo de 2014, correspondendo à Fase 0 dos EVTEA, os estudos preveem que essa fase não deverá ultrapassar meados do primeiro semestre de 2014.

101. Releva mencionar, adicionalmente, que a **concessionária deverá apresentar à Anac, até o terceiro ano da concessão, a contar do início da Fase I-B, o Plano de Gestão da Infraestrutura (PGI), para todo o período da concessão, a ser revisto a cada cinco anos** (...). O PGI visa demonstrar que a concessionária possui planejamento adequado e que implantará as ações necessárias ao atendimento dos Parâmetros Mínimos de Dimensionamento. Estes, (...) tratam-se de indicadores de dimensionamento mínimo de áreas que devem ser observados pela concessionária durante toda a concessão. (...).

102. Por fim, durante a Fase II, a concessionária deve cumprir o PEA, de modo a manter o nível de serviço, especialmente no que se refere aos Parâmetros Mínimos de Dimensionamento. A cada evento de Gatilho de Investimento, o projeto básico dos novos investimentos deve ser submetido à aprovação da Anac.

6.3.4 Gatilho de Investimentos

103. O Gatilho de Investimento corresponde ao momento indicado no PGI em que a demanda prevista, na hora-pico, ensejará a obrigação de a concessionária iniciar os investimentos com vistas à manutenção do nível de serviço, conforme os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento.

104. A cada evento de Gatilho de Investimento, a concessionária deverá apresentar à ANAC, em até 90 (noventa) dias, o projeto básico dos investimentos com vistas à manutenção do nível de serviço (minuta do contrato de concessão (peça 138, p. 21, item 2.13)

105. No caso de ocorrência de qualquer evento previsto como gatilho de investimento no PGI, a concessionária deverá providenciar garantia de execução contratual correspondente a 10% do valor dos investimentos previstos (peça 138, p. 32). (grifos no original, sublinhei)

178. Em regra, a construção de pistas de decolagem e pouso está vinculada ao atingimento de número estimado de movimentos anuais de aeronaves. Ainda que essa construção seja obrigatória até o final da concessão, a obrigatoriedade está associada ao que se denomina de “gatilho da demanda”. Ou seja, é necessário que a demanda ocorra para que o investimento se realize. Pensar de outra forma seria impor o endividamento financeiro ao parceiro privado sem a correspondente realização de receita, a fim de cumprir uma obrigação assumida quando da assinatura do contrato.

179. Ademais, os contratos de concessão aeroportuária vigentes preveem a revisão do Plano de Gestão da Infraestrutura (PGI) a cada cinco anos. Provavelmente, o PGI foi revisado pelo menos uma vez, haja vista que os contratos atingiram dez anos de execução.

180. Em relação ao citado PGI, restou consignado no voto condutor do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz):

45. O PGI será utilizado pela Anac para fins de monitoramento do contrato de concessão, especialmente no que se refere ao planejamento da concessionária para os investimentos necessários ao atendimento da demanda e dos requisitos contratuais de dimensionamento e de qualidade de serviço. No âmbito do PGI, a Concessionária será requisitada a apresentar relatório contendo a descrição de parâmetros de utilização das instalações que indicarão se o aeroporto está operando na sua capacidade máxima ou perto dela.

46. Tais parâmetros de utilização da instalação servirão como potenciais gatilhos de investimento, que correspondem ao momento no tempo indicado no PGI em que a demanda prevista ensejará a obrigação de a concessionária iniciar os investimentos com vistas à manutenção do nível de serviço, conforme os Parâmetros Mínimos de Dimensionamento definidos no Apêndice B do PEA.

47. Além disso, sempre que a demanda real mensurada durante o período de 1 (um) ano exceder em 30% a demanda prevista pelo PGI, a concessionária deverá apresentar a revisão antecipada desse Plano, podendo ela, porém, fazer a revisão voluntária quando julgar oportuno. (sublinhei)

181. Falar em revisão de condições inicialmente pactuadas não é novidade no âmbito de contratos de concessão, pois essa previsão existe nos próprios contratos e é aderente às melhores práticas regulatórias, à doutrina sobre mutabilidade da concessão e à possibilidade de resolução consensual. Tal previsão é importante, pois as condições econômicas, financeiras e sociais podem sofrer alterações ao longo do transcurso de 20, 25 ou 30 anos de contrato.

182. Persisto no estudo de demanda em virtude de seu impacto na estimativa de receitas e investimentos obrigatórios.

183. Quando da apreciação do Acórdão 3.234/2011-TCU-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz), a projeção do número de passageiros apresentada chamou a atenção, de acordo com os termos que se seguem:

170. Ao analisar os dados da planilha representativa do fluxo de caixa, percebeu-se que a estimativa do número de passageiros foi obtida pela associação de um incremento percentual sobre a demanda do ano imediatamente anterior. (...), solicitou-se à Anac que fosse esclarecida a origem dos percentuais representativos do incremento anual no número de passageiros domésticos para os anos de 2012 a 2014 (i.e. 20%, 17,5% e 16,7%), bem assim da estimativa de viajantes internacionais no mesmo período (20%, 16,2% e 16,2%).

171. Em resposta, (...) elucida que os “percentuais de variação de tráfego [afiguram-se] superiores àqueles encontrados pelas regressões econométricas para que as taxas projetadas no curto prazo refletissem as elevadas taxas de crescimento de tráfego observadas nos últimos anos.” Informa ainda que “foi utilizada uma escala decrescente de valores entre o período 2010-2016 de modo que a taxa de crescimento médio composto (CAGR) de passageiros no período fosse de 22,1%”. Por fim, afirma que “uma vez que não há bases de comparação para este padrão de crescimento no

curto prazo (...) os valores específicos atribuídos para este período foram determinados com base na experiência dos consultores”.

172. Ressalta-se que o manejo dos resultados de técnicas de estimação, ainda mais para se atingir resultados pré-determinados (*in casu*, CAGR de 22,1% no período), em regra mostra-se desaconselhável, uma vez que prejudica a transparência dos cálculos e propicia distorções injustificáveis (...).

173. Pelas razões apontadas, considera-se que os resultados finais do modelo podem ser considerados satisfatórios, a despeito das operações a que foram submetidos. No entanto, entendeu-se **conveniente recomendar à Anac, nos autos do TC 032.786/2011-5 (concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos), que, nos futuros processos de concessão a seu encargo, evitasse proceder a ajustes arbitrários nos resultados gerados pelos modelos quantitativos escolhidos, de forma a manter a robustez e a consistência dos estudos de demanda.**

174. A título de exemplificação, a Tabela 3 traz, para anos selecionados, as estimativas de demanda de passageiros para o Aeroporto Internacional de Viracopos (...).

Tabela 3 – Estimativas de demanda de passageiros (...) – em milhares de passageiros (adaptado)

Ano	Total	Ano	Total
2012	9.702	2025	56.786
2013	11.391	2030	80.100
2014	13.287	2035	87.378
2015	15.474	2040	89.867
2020	31.221	2042	89.958

176. **Nos EVTEA em apreço, percebe-se que a demanda total encontrada para o aeroporto em tela é expressivamente superior a estimativas realizadas por outras entidades de pesquisa nacionais e internacionais.** Exemplificando, a previsão do número de passageiros a serem transportados pelo Aeroporto Internacional de Viracopos em 2014 perfaz 9,7 milhões segundo os EVTEA, porém é de 7,4 milhões de acordo com o IPEA (...).

(...)

178(...), a distância entre Viracopos e o centro de São Paulo poderá prejudicar as previsões de demanda feitas pela Anac para o aeroporto. (...).

179. Nesse aspecto, a solução implicitamente pressuposta pela Anac consiste na futura criação de uma ligação entre Campinas e São Paulo por meio de trem de alta velocidade, o que contribuiria para concretizar as expectativas quanto à demanda prevista na modelagem (...).

180. (...) Em função dos inconvenientes associados ao deslocamento para o Aeroporto de Viracopos, a criação de um novo aeródromo mais próximo do centro da capital paulista teria significativo impacto nas previsões de demanda da Anac.

181. Diante dessas constatações, a equipe técnica questionou a Anac sobre o risco envolvido na modelagem do Aeroporto Internacional de Viracopos, que aparentemente seria superior ao risco envolvido nos projetos das concessões dos aeroportos internacionais de Brasília e de Guarulhos. A Agência confirmou a constatação, afirmando, (...), que

o sucesso [da concessão sob retina] depende substancialmente da realização de uma demanda projetada sustentada em hipóteses relativas à ausência de novos entrantes e ao desenvolvimento da mobilidade urbana na região metropolitana de São Paulo.

(...)

317. (...) A agência, a seu turno, aquiesceu às razões apontadas por esta Unidade Técnica (...), elevando o WACC do presente projeto [de 6,46%] para 8% a.a. (...).

318. Residindo a justificativa para tal acréscimo no maior risco associado à demanda de passageiros pelo Aeroporto Internacional de Viracopos, a qual foi calculada com base em premissas bastante específicas (implantação de conexão de alta velocidade entre São Paulo e Campinas e ausência de um novel aeroporto a servir a capital paulistana) (...). (grifos no original, sublinhei)

184. A projeção da demanda e de investimentos, à época dos estudos, também foi objeto de estudo elaborado pela Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), que assim retratou a frustração de demanda e o impacto da crise econômica⁵:

FRUSTRAÇÃO DAS PROJEÇÕES DE DEMANDA

O primeiro fator relevante diz respeito à frustração das previsões de demanda do fluxo de passageiros e de cargas. Quando do início da concessão de 2012, considerando os estudos do empreendimento, os termos do edital e os ciclos de investimento da concessionária, a previsão era de uma movimentação de 14 milhões passageiros/ano em 2014, 18 milhões de passageiros/ano em 2016 e de 22 milhões de passageiros/ano em 2018. (...). Em 2014, por exemplo, o movimento efetivamente registrado no Aeroporto de Viracopos foi de 9,8 milhões de passageiros, 30% abaixo do previsto. Em 2016, a movimentação não passou 9 milhões de passageiros, o que correspondeu a uma frustração da ordem de 51%, enquanto em 2018, com 8,7 milhões de passageiros contabilizados, a defasagem frente à projeção foi de 60%. Em resumo, neste período, nem mesmo o ano de maior movimentação de passageiros do aeroporto, o de 2015, atingiu o patamar mínimo projetado de 14 milhões de passageiros/ano.

IMPACTOS DA CRISE ECONÔMICA

(...), a crise econômica iniciada em 2014 atingiu o setor de transporte aéreo, reduzindo o volume de carga transportada pelo setor como um todo, com retração entre 2014 e 2016, sendo a queda desse volume mais expressiva para o aeroporto de Viracopos nesses anos. A movimentação de passageiros no total de aeroportos do país registrou queda de 7,3% em 2015, posteriormente voltando a mostrar uma recuperação, ainda que o nível de 2018 esteja abaixo do registrado em 2014. No caso do Aeroporto de Viracopos, não apenas a queda foi relativamente maior em 2015, como o desempenho posterior seguiu negativo, com a movimentação de passageiros no aeroporto em 2018 inferior ao registrado em 2013. Ainda que o movimento de carga tenha se recuperado e o aeroporto tenha mantido a segunda posição no ranking nacional, a frustração de receita nos anos mais agudos de crise contribuiu para fragilizar as finanças da concessionária.

185. **O terminal de passageiros construído pela atual concessionária do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP tem capacidade para processar 25 milhões de passageiros⁶, o dobro da movimentação de 2022 registrada no patamar de 11,8 milhões⁷.** Em termos de demanda de cargas, o Aeroporto Internacional de Viracopos/SP, que tem a obrigação de atender ao longo da concessão 400 mil toneladas, já superou 357 mil toneladas em 2022⁸. Relativamente ao movimento de aeronaves, em 2022, foi registrado 128.341 pousos e decolagens, praticamente o mesmo patamar de 2013 de 127.520⁹. Friso que o contrato se encontra em seu 11º ano de execução, restando 19 anos para seu término.

186. Já o estudo de demanda referente ao procedimento de relicitação prevê somente para o ano de 2052 o atendimento de 21,6 milhões de passageiros. Portanto, os estudos de mercado referenciados para 2022 indicam que o terminal de passageiros atual com capacidade para atender 25 milhões de passageiros atende à demanda até 2052. Não se trata de contrassenso, tampouco de erro dos estudos que referenciaram a licitação originária. Tais números refletem, a meu ver, o efeito das crises econômicas de 2014-2016 e da pandemia do coronavírus de 2020-2022.

⁵ Fiesp. Grandes Obras – Aeroporto Internacional de Viracopos – Relatório Completo. Disponível em https://radarbrasil.fiesp.com.br/aeroporto-internacional-de-iracopos-relatorio-completo#_ftn13. Acesso em 18/5/2023.

⁶ Demonstrações Financeiras do Exercício de 2014. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/87/77/C2/5A/F451071015C3C0072A18E9C2/Demonstracoes_Financeiras_2014.pdf. Acesso em 9/5/2023.

⁷ Resumo da Movimentação Aeroportuária (RMA). Movimento Operacional do Aeroporto Internacional de Viracopos: Janeiro a Dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.viracopos.com/data/files/AA/44/BB/76/B6BA581057EA77584918E9C2/RMA%202022%20DEZ2022%20-%20elaborado%20em%20JAN2023.pdf>. Acesso em 9/5/2023.

⁸ Idem.

⁹ Viracopos Aeroportos Brasil - Relatório da Administração – Exercício de 2022, Campinas, 9 de março de 2023. Disponível em: https://www.viracopos.com/pt_br/institucional/governanca-corporativa.htm. Acesso em 16/5/2023.

187. De qualquer forma, a revisão contida nos estudos para subsidiar a relicitação do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP são de alta magnitude, a começar pelo estudo de demanda, na medida em que o estudo da licitação do contrato vigente indicou 90 milhões de passageiros para 2041 e o novo estudo indica 21,6 milhões de passageiros para 2052. **A revisão da demanda corresponde a uma redução de 75% em relação ao estudo originário.** E, seguindo a lógica das concessões vigentes, a projeção de demanda, prevista para o máximo de 21,6 milhões de passageiros, vai pautar as estimativas de investimentos mínimos necessários, de custos operacionais e de receitas tarifárias e comerciais do empreendimento.

188. A demanda da infraestrutura aeroportuária, em regra, advém da demanda por transporte aéreo, seja de passageiros, seja de carga e mala postal. O aumento da movimentação de aeronaves pode induzir serviços de engenharia referentes à pista de pouso e decolagem, principalmente, mas não implica aumento na movimentação de passageiros ou de cargas e mala postal, pois depende do grau de lotação das aeronaves associado ao desembarque e ao embarque no respectivo aeroporto.

189. O acréscimo de passageiros e de carga e mala postal pode conduzir a serviços afetos ao terminal de passageiros (TPS) e ao terminal de cargas (Teca). A esses aspectos junta-se, ainda, a tarifação pelos serviços que, no caso de transporte aéreo, é regido pela liberdade tarifária e, no caso de infraestrutura aeroportuária, por teto tarifário regulado pela agência reguladora setorial.

190. Assim, a geração de receita tarifária no setor aeroportuário está associada, a princípio, a uma demanda secundária por ser oriunda do transporte aéreo.

191. Diferentemente, a geração de receita não tarifária decorre do aproveitamento da aérea do aeroporto, mediante a instalação de segmentos da economia de serviços e comércio, por exemplo: lojas, restaurantes, hotéis, centro de convenções, cinemas, estacionamento (ainda que em parte), supermercados, entre outros.

192. No setor rodoviário, surgiu recentemente a preocupação da concorrência com o setor ferroviário pelo transporte de cargas. Assunto que tem sido tratado no âmbito dos estudos de demanda.

193. Os novos estudos para fundamentar o procedimento de relicitação passam por uma adequação ou reavaliação das condições inicialmente contratadas, em atendimento ao art. 17 da Lei 13.448/2017. Logicamente, a elaboração desse estudo tem o objetivo de garantir a viabilidade técnica, econômico-financeira e operacional do novo contrato de concessão. O exemplo que descrevi, ao longo dos itens 161 e 186 deste voto, indicam uma nova configuração e perfil de serviço a partir da **revisitação de todos os elementos que constituíram o estudo original do contrato de concessão vigente, a perdurar, no máximo, até o final do prazo restante do contrato de parceria vigente.**

194. Segundo Marçal Justen Filho e Cesar Pereira¹⁰:

Em determinados setores, como o aeroportuário, a agência reguladora (no caso, a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil) é legalmente qualificada como poder concedente e assim aparece nos contratos de concessão. Essa qualificação reflete uma delegação. O poder concedente é o titular do serviço concedido, regulado de modo independente pela agência setorial. No caso da exploração de infraestrutura e serviços aeroportuários, trata-se da União. Cabe a esta, em última instância, a avaliação da conveniência da manutenção ou encerramento do processo de relicitação – e, por decorrência, do cabimento de um acordo para a reversão da relicitação e os ajustes necessários na concessão.

Tais ajustes feitos diretamente entre o poder concedente (União) e o concessionário podem inclusive envolver o reconhecimento de eventos de desequilíbrio contratual, independentemente de terem sido ou não apreciados ou até rejeitados pela ANAC. A titularidade e a competência originária para a gestão dos serviços em questão são da União, que não está impedida de chegar a uma solução consensual baseada em entendimento distinto do adotado pela ANAC. Configura-se,

¹⁰ Marçal Justen Filho e Cesar Pereira. iNFRA Debate: Aeroportos – o possível consenso para mudança de rumo. 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-aeroportos-o-possivel-consenso-para-mudanca-de-rumo/>; Acesso 19/6/2023.

nesse caso, uma competência política e discricionária do poder concedente, a quem incumbe definir a solução mais satisfatória para assegurar a continuidade de serviços públicos indispensáveis ao desenvolvimento nacional sustentável.

195. A revisão de demanda, geradora de receita tarifária e de receita não tarifária, e de investimentos obrigatórios seguem a tônica das ações estratégicas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil), a exemplo da redução da demanda retratada nos estudos de relicitação do Aeroporto Internacional de Viracopos/SP para os próximos trinta anos, no sentido de:

- i) garantir a segurança jurídica e a redução dos riscos regulatórios, visando incentivar investimentos na aviação civil brasileira;
- ii) buscar a adequação contínua da capacidade da infraestrutura à expansão do transporte aéreo;
- iii) harmonizar a capacidade e a demanda da infraestrutura aeroportuária civil, com base em planos de investimento que considerem os planejamentos de curto, médio e longo prazo baseados em estudos específicos e informações integradas;
- iv) assegurar a racionalidade da habilitação de aeroportos para o tráfego internacional, sempre justificada com base na projeção de demanda, em estudos de viabilidade econômico-financeira e em interesses estratégicos do País; e
- v) desenvolver incentivos econômicos e regulatórios de forma a gerir a demanda e otimizar o uso dos aeroportos, ordenando os serviços de transporte aéreo.

196. Dentro desse escopo de reavaliação das condições inicialmente contratadas, acolho, com ajustes de forma, a sugestão encaminhada pelo diretor da subunidade técnica (peça 9, item 28, alínea “b”), com os acréscimos ofertados pelo MPTCU, no sentido de o Poder Concedente, em acréscimo às condicionantes descritas nos itens 106, 132 e 149 deste voto, demonstrar a aderência do novo acordo à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021.

IV.2.3.4. – Consulta pública

197. A Lei 13.448/2017, tanto para prorrogação antecipada do contrato de parceria nos setores rodoviário e ferroviário (art. 10) quanto para relicitação (art. 18), prevê que os estudos devem ser submetidos previamente à consulta pública e que, após encerrada essa etapa, os estudos (arts. 8º e 17) devem ser enviados ao TCU (arts. 11 e 19). Esses estudos refletem, na verdade, uma nova concessão com prazo idêntico ao do contrato de parceria originário.

198. Nesse sentido, entendo que o encaminhamento ofertado nos pareceres da unidade técnica (peças 8, 9 e 10), com os ajustes do MPTCU, se adequam à prorrogação antecipada do contrato de parceria nos setores rodoviário e ferroviário (art. 10) e à relicitação (art. 18), no sentido de realização de consulta pública.

199. Considero que extrapola os mandamentos legais estender à consulta pública os estudos de vantagem de celebrar um eventual acordo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, desde que o acordo de readaptação perdure, no máximo, até o final do prazo restante do contrato de parceria vigente.

200. Por outro lado, acolho a sugestão ofertada pelo diretor da subunidade, que contou com a audiência do MPTCU, de os estudos e o eventual acordo serem encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017.

201. Portanto, em acréscimo às condicionantes elencadas nos itens 106, 132, 149 e 196 deste voto, entendo que devem ser observados, entre outras medidas:

- i) a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um eventual acordo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor – Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011, estabelecendo a vigência do eventual acordo de readaptação, no máximo, até o final do prazo restante do contrato de parceria vigente;
- ii) a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de eventual acordo, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, *caput*, e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do acordo, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria; e
- iii) os estudos de vantajosidade, após encerrada a consulta prévia, deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017.

IV.2.3.5. – Cláusula de renúncia e usufruto por uma única vez do pedido de relicitação

202. O MPTCU apontou, a título de cautela, a inclusão de cláusula de renúncia, no novo acordo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso de ser desfeita, inclusas demandas judiciais e arbitrais envolvendo o ajuste, a fim de dar maior segurança jurídica à continuidade do contrato, mitigando-se riscos financeiros e até operacionais que poderiam vir a comprometer o interesse público na solução pretendida (itens 69 e 70, peça 13).

203. Concordo com o MPTCU, sem afastar a possibilidade de o Poder Concedente abordar tais demandas em uma possível resolução consensual com o concessionário originário na formulação da readequação das condições do contrato de concessão vigente. Relembro que o caso apreciado nos termos do Acórdão 1.130/2023-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler), que versou sobre solicitação de solução consensual, as demandas de cunho judicial foram tratadas dentro do consenso (item 79 deste voto).

204. Assim, acolho a proposta com ajustes de forma, no sentido de que o Poder Concedente preveja, no novo acordo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, a inclusão de cláusula de renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário.

205. Outro ponto importante destacado pelo MPTCU se refere a impossibilidade de a concessionária atual vir a solicitar a adesão a novo processo de relicitação, assim mencionado:

74. Não se pode deixar de mencionar, também, que deve ser evidenciado que a parceria, sob novas condições pós-desconstituição da relicitação, é sustentável em termos econômico-financeiros, a partir de estudos realistas, especialmente de demanda, a fim de garantir o adequado fluxo de receitas, sob pena de a mesma concessionária vir a requerer, por hipótese, a instauração de novo processo de relicitação. Ainda que novo deferimento seja de interesse público duvidoso, inclusive pelo risco de servir como incentivo e subterfúgio para parceiros oportunistas – risco moral – a possibilidade não é proscribida na lei.

206. Considero oportuna a sugestão advinda do MPTCU, de maneira que acolho o encaminhamento no sentido de que o Poder Concedente inclua no novo acordo a ser celebrado

cláusula de impedimento ao atual concessionário de requerer novamente a adesão a processo de relicitação.

207. Portanto, em acréscimo às condicionantes elencadas nos itens 106, 132, 149, 196 e 201 deste voto, cabe mencionar:

a) a inclusão, no novo acordo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário; e

b) a inclusão, no novo acordo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação.

IV.3 – Possibilidade de indenização à Infraero, mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias e metodologia do fluxo de caixa marginal

208. Passo a destacar outros pontos, que não foram abordados pela AudRodoviaAviação, mas que considero importantes para a avaliação pelo Poder Concedente em razão da segunda indagação.

209. Para o procedimento de relicitação (art. 17 da Lei 13.448/2017), no caso de sua continuidade, foi previsto, tal como motivado na proposta da MP 752/2016, que “o órgão ou a entidade competente promoverá o estudo técnico necessário de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar a relicitação dos contratos de parceria, visando a assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional”. Neste caso, não se trata de estudo de vantajosidade, mas sim de assegurar que o novo contrato de concessão a ser licitado seja viável em termos econômicos, financeiros e operacionais.

210. No entanto, ainda que os estudos para relicitação assegurem tal viabilidade, são impedidos de participar do certame da relicitação (art. 16, incisos I e II, da Lei 13.448/2017):

i) o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução do contrato de parceria; e

ii) os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria titulares de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação.

211. A participação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) no capital social das Sociedades de Propósito Específico (SPEs), de cada um dos Aeroportos Internacionais de Guarulhos/SP, Viracopos/SP, Brasília/DF, Galeão/RJ e Confins/MG, de fato ocorreu e perdura com o percentual de 49%.

212. Não à toa, na EMI 306/2016 MP MTPA, referente à MP 752/2016, foi mencionada a possibilidade de o edital e o respectivo contrato de concessão, referente ao procedimento de relicitação, prever o pagamento de indenização pela concessionária diretamente à Infraero pelos custos diretos e indiretos de encerramento de atividades, a fim de manter o equilíbrio financeiro da empresa estatal aeroportuária em face da redução das receitas em decorrência da concessão dos aeroportos. Tal previsão constou do art. 23 da Lei 13.448/2017, no capítulo das “Disposições Finais”.

213. Dessa forma, considero que o art. 23 se aplica ao procedimento de relicitação, especificamente por ser direcionado ao setor de infraestrutura aeroportuária e, mais ainda, à Infraero, acionista relevante em concessões de aeroportos vigentes (Guarulhos/SP, Viracopos/SP, Brasília/DF, Galeão/RJ e Confins/MG), sendo que dois deles já se encontram com o processo de relicitação em curso.

214. Cumpre lembrar que a participação da empresa estatal nas respectivas SPEs ocorreu, entre outros motivos, para suprir a perda abrupta de receitas da Infraero. Assim, no caso de continuidade de relições do setor aeroportuário, o estudo técnico previsto no art. 17 da Lei 13.448/2017 para subsidiar a relição poderia levar em conta o valor da indenização do novo concessionário à Infraero.

215. Trata-se de uma decisão facultada ao Poder Concedente de prever ou não tal indenização no procedimento de relição, sopesada com a queda de receita sofrida pela empresa pública aeroportuária.

216. A EMI 306/2016 MP MTPA, referente à MP 752/2016, também menciona sobre a instituição de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias além do prazo da concessão.

217. Tal situação é relevante para as concessões vigentes do setor de infraestrutura aeroportuária, ante a magnitude de seu valor, pois pode ultrapassar 50% de participação na composição total da receita do concessionário. Essa previsão consta nos termos do art. 34 da Lei 13.448/2017, inserido nas “Disposições Finais”, *verbis*:

Art. 34. Quando se mostrar necessário à viabilidade dos projetos associados ou dos empreendimentos acessórios, admitir-se-á que a exploração de tais projetos ou empreendimentos ocorra por prazo superior à vigência dos respectivos contratos de parceria.

Parágrafo único. O órgão ou a entidade competente avaliará a pertinência da adoção da medida de que trata o **caput** deste artigo, sendo vedada, em qualquer caso, a antecipação das receitas oriundas dos projetos associados ou dos empreendimentos acessórios relativamente ao período que extrapolar o prazo do contrato de parceria.

218. Cumpre registrar que a regra vigente é de amortização dentro do prazo da concessão. Logo, trata-se de um mecanismo novo que não está previsto nos contratos de concessão vigentes e celebrados anteriormente à Lei 13.448/2017.

219. A instituição desse mecanismo, previsto no art. 34 da Lei 13.448/2017, vai ao encontro de ações estratégicas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil), no sentido de:

- i) planejar o uso de áreas aeroportuárias, de forma a garantir a completa utilização do potencial de seus sítios; e
- ii) incentivar a instalação de atividades econômicas adequadas nas proximidades ou no sítio aeroportuário, observadas as restrições impostas pelas zonas de proteção, e sem prejuízo às operações das atividades aéreas.

220. Outro aspecto de suma importância se refere à utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria relacionados aos setores de que trata a Lei 13.448/2017, cabendo ao Poder Executivo estabelecer as diretrizes necessárias, caso ainda não o tenha feito (art. 24).

221. Assim sendo, em acréscimo às possibilidades elencadas nos itens 106, 132, 149, 196, 201 e 207 deste voto, entendo que devem ser também sopesados os seguintes aspectos:

- i) a avaliação da repercussão sobre as receitas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), tendo em vista ser acionista relevante com 49% de participação no capital social de Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com procedimento de relição em curso, no âmbito dos estudos de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relição ante a possibilidade facultada ao Poder Concedente de prever indenização do novo concessionário à Infraero, haja vista o disposto nos arts. 14, § 2º, inciso IV, 17, 16, incisos I e II, e 23, todos da Lei 13.448/2017, e no art. 3º, inciso IV, do Decreto 9.957/2019;

- ii) a avaliação acerca de incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias, no âmbito do estudo de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação, tendo em vista os termos do art. 34 da Lei 13.448/2017 e, no caso específico do setor aeroportuário, as diretrizes para ações estratégicas voltadas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil); e
- iii) a avaliação de utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade para fins de garantia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria relacionados aos setores de que trata a Lei 13.448/2017, conforme dispõe o art. 24 da Lei 13.448/2017.

V – Impacto da resposta desta consulta

222. Concordo com o MPTCU sobre o possível impacto da resposta desta consulta no deslinde dos processos de relicitação em trâmite no TCU e sobre a IN-TCU 81/2018.

223. O MPTCU destacou que (peça 13):

19. Por meio do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário, exarado no TC 008.508/2020-8, a Corte de Contas, entre outras providências, dirigiu as seguintes medidas à Segecex:

9.5. ordenar à Segecex que:

(...)

9.5.2. oriente as Unidades de Auditoria Especializada da SecexInfra a, desde a publicação dos decretos de qualificação de projetos para fins de relicitação nos termos da Lei 13.448/2017, acompanhar o correspondente andamento dos procedimentos preparatórios no âmbito das agências reguladoras, especialmente aqueles que antecedem a assinatura do termo aditivo de relicitação, avaliando a conveniência e oportunidade de elaborar medida normativa ou operacional visando à uniformização, assertividade e tempestividade das ações de controle sobre estes objetos;

(...)

9.6. recomendar à Segecex que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar anteprojeto para alteração da Instrução Normativa 81/2018, de forma a incluir expressa previsão de que as relicitações observem, no que couber, o rito e os critérios afetos às desestatizações em geral;¹¹

20. Em outra deliberação (...), o Acórdão 8/2023-TCU-Plenário, a Corte de Contas, entre outras providências, informou à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) que inexistiriam óbices à continuidade do processo de relicitação do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante. Além disso, sobre a forma de atuação do Tribunal quanto aos processos de relicitação disciplinados pela Lei 13.448/2017, foi aprovada a seguinte providência por meio da referida deliberação:

9.8. ordenar que [a]Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex) promova estudos e proponha, caso necessário, a este Tribunal a atualização da IN TCU 81/2018 para a atuação nos casos específicos do procedimento de relicitação previsto na Lei 13.448/2017. (sublinhei)

224. Além disso, asseverou o MPTCU que (peça 13):

¹¹ Sobre a fundamentação dos encaminhamentos transcritos, vide o excerto extraído da Seção IV do voto proferido pelo Ministro Jorge Oliveira no Acórdão 752/2023-TCU-Plenário:

“241. Embora a Lei 13.448/2017 seja anterior à IN 81/2018, reconheço que esse último normativo não inclui de forma expressa em seu escopo os processos de relicitação, de forma a aplicar-lhes preemptivamente os ritos e a sistemática impostos à generalidade dos processos de desestatização.

242. Não tenho dúvidas, contudo, de que, para o exercício efetivo das competências constitucionais e legais do TCU, a atuação da Corte Contas antes da assinatura dos respectivos termos aditivos nas relicitações seria medida a assegurar segurança jurídica às partes envolvidas, maior eficácia à decisão de mérito e efetividade às futuras relicitações fundadas na Lei 13.448/2017.

243. Assim, proponho ao Tribunal recomendar à Segecex que avalie a conveniência e oportunidade de elaborar anteprojeto para alteração da Instrução Normativa 81/2018, de forma a incluir expressa previsão de que as relicitações observem, no que couber, o rito e os critérios afetos às desestatizações em geral.” (grifos nossos)

71. A fim de que as relições que vierem, por hipótese, a ser desconstituídas, sejam devidamente acompanhadas pelo Tribunal, mostra-se premente a revisão da IN TCU 81/2018, com vistas ao atendimento dos subitens 9.6 do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário e 9.8 do Acórdão 8/2023-TCU-Plenário.

72. O Ministério Público alerta que a especificidade dos processos de relição e, ainda em maior grau, a desconstituição atípica que ora se defende em tese, com as inúmeras condições anteriormente apontadas, irão requerer uma análise da Corte de Contas que privilegie não apenas a transparência das negociações e a continuidade das concessões outrora objeto de relição, mas, sobretudo, a **retomada de investimentos**, em linha com as preocupações manifestadas pelo Ministro Jorge Oliveira no voto que fundamentou o Acórdão 752/2023-TCU-Plenário. (grifo no original)

225. Assim sendo, em virtude da importância e da repercussão da matéria analisada nesta consulta, acolho as sugestões ofertadas pelo MPTCU, com ajustes de forma, no sentido de:

- a) anexar cópia do acórdão que vier a ser proferido nestes autos aos TCs 008.508/2020-8, 009.470/2020-4, 028.391/2020-9, 016.420/2021-7, 005.373/2022-0, 009.697/2023-3 e 014.498/2023-5, indicados no quadro do item 12 deste voto;
- b) determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que constitua grupo de trabalho, a fim de que no prazo de 90 (noventa) dias, proponha, caso necessário, a este Tribunal a atualização da Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União (IN-TCU) 81/2018, em razão da matéria discutida nestes autos; e
- c) dar ciência da deliberação à Segecex, tendo em vista as medidas consignadas nos subitens 9.8 do Acórdão 8/2023 e 9.5 e 9.5.6 do Acórdão 752/2023, ambos do Plenário do TCU.

VI - Conclusão

71. Ante todo o exposto, julgo que deve ser esclarecido aos consulentes que:

a) o caráter irrevogável e irreatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (cessionário) de adesão ao processo de relição e, por conseguinte, não atinge o Poder Concedente, conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;

b) as possibilidades de encerramento do processo de relição, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, devem ser verificadas pelo Poder Concedente, incluindo eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relição, situação que, se verificada, conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relição;

c) a possibilidade de encerramento do processo de licitação, por iniciativa própria do Poder Concedente, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:

c.1) o contratado (cessionário) manifeste formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

c.2) a demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade, destacando-se, em especial, os objetivos e os princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 13.334/2016, o princípio da continuidade da prestação do serviço público, estabelecido no art. 13 da Lei 13.448/2017, e o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

c.3) a desqualificação do empreendimento, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 1º, inciso I, e § 2º, da Lei 13.334/2016, e no art. 7º, *caput*, do Decreto 9.957/2019;

c.4) a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as

partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento das novas condições, em prazo razoável, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e mantendo-se os princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato de concessão vigente que fundamentou a matriz de riscos, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

c.5) a eventual reprogramação de pagamentos de contribuição devida ao Poder Concedente, caso adotada, deve ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais que, entre outros aspectos, assegure a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas, o restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (ou eventual parcelamento) e a quitação (ou eventual parcelamento) de multas contratuais e/ou moratórias ainda pendentes, e, no caso de postergação de pagamentos, preveja a anuência prévia do Ministério da Fazenda;

c.6) a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um eventual acordo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;

c.7) a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de eventual acordo, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, *caput*, e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do acordo, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;

c.8) a aderência do novo acordo à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;

c.9). a inclusão, no novo acordo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de:

c.9.1) renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário;

c.9.2) de impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação;

c.10) a avaliação acerca de incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias, no âmbito do estudo de vantajosidade, tendo em vista os termos do art. 34 da Lei 13.448/2017 e, no caso específico do setor aeroportuário, as diretrizes para ações estratégicas voltadas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil);

c.11) a avaliação de utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade para fins de garantia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria relacionados aos setores de que trata a Lei 13.448/2017, conforme dispõe o art. 24 da Lei 13.448/2017;

c.12) a avaliação, no âmbito do estudo de vantajosidade, da repercussão sobre a Empresa

Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), tendo em vista ser acionista relevante com 49% de participação no capital social de Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com procedimento de relicitação em curso, ante o disposto nos arts. 14, § 2º, inciso IV, 17, 16, incisos I e II, e 23, todos da Lei 13.448/2017, e no art. 3º, inciso IV, do Decreto 9.957/2019; e

c.13) os estudos de vantajosidade deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017.

Com essas considerações, VOTO para que seja aprovada a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 5 de julho de 2023.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Tratam os autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho, acerca da interpretação de dispositivos da Lei 13.448/2017 atinentes à relicitação.

Em linhas gerais, estou de acordo com a orientação conferida pelo E. Relator, no sentido de que o desfazimento do termo aditivo de relicitação depende do **comum acordo** entre as partes e somente pode ocorrer em vista de sobranceiro interesse público. Nesse contexto, pedi vistas deste processo por entender necessário conferir maior clareza e delimitação ao alcance da resposta à consulta.

O primeiro ponto diz respeito à irrevogabilidade e irretratabilidade do acordo de relicitação, que entendo aplicável tanto ao concessionário, quanto ao poder concedente, restando vedada à Administração a revogação do termo aditivo de relicitação – o que em nada afasta a possibilidade de cessação dos efeitos desse ajuste, quando for caso de anulação, nem impede o distrato consensual, em que as partes acordam a extinção dos efeitos do negócio jurídico entabulado.

A decretação da anulação do ajuste em razão de ilegalidades nada tem que ver com um juízo irrevogabilidade ou irretratabilidade, porque a cessação dos efeitos da relicitação em caso de nulidade não decorre da vontade de uma ou de ambas as partes, mas deriva diretamente da lei.

Caso se verifique a ocorrência de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, o poder concedente tem o **dever** de proceder à anulação do termo aditivo, com efeitos *ex-tunc*, desfazendo o negócio jurídico em razão do defeito existente, mas **não em razão de ato volitivo lastreado em juízo de oportunidade ou conveniência**, típico da revogação ou da retratação.

Aliás, até o particular pode buscar no judiciário a anulação do termo aditivo, intentando provar que foi o poder concedente quem agiu de forma irregular ou com desvio de finalidade, situação que pode levar ao desfazimento do ajuste ainda que contra a vontade da Administração.

Caso a irrevogabilidade e a irretratabilidade não fossem igualmente aplicáveis ao poder concedente, este poderia, a seu juízo, revogar o termo aditivo de relicitação, lastreado em critérios de oportunidade e conveniência, voltando a impor ao concessionário as obrigações que este reconheceu não ter como adimplir.

Tanto não faz sentido pretender revogável ou retratável o acordo de relicitação pela Administração que a unidade de auditoria especializada, o representante do Ministério Público e o E. Relator concluíram que o desfazimento do ajuste somente seria possível mediante aquiescência do concessionário, vale dizer, em razão de **comum acordo** das partes, sendo que, no caso da Administração, para sobranceiro, em todas as hipóteses, o interesse público.

Tenho claro que a Administração, uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, não pode, unilateralmente, dele desistir e impor ao concessionário a continuidade da concessão nos moldes anteriores.

A lei criou um mecanismo de extinção amigável da concessão, colocando-o à disposição das partes, para que, em sendo do interesse de ambas, seja ajustado o fim da concessão. Todavia, nada há a impedir que, estando ambas as partes de acordo, possam abrir mão desse mecanismo, se isso se mostrar mais adequado ao atingimento do interesse público.

No âmbito do direito privado, em que são comuns os contratos com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, a exemplo da compra e venda de imóvel, as partes sempre podem,

se assim desejarem, firmar o distrato, razão pela qual não vejo óbice algum em que, **comprovado o interesse público** na medida, possa ser também ajustado o desfazimento do processo de relicitação.

II

Outro ponto merecedor de atenção diz respeito ao alcance do item 9.2.3.4 originalmente proposto, haja vista aparentar a possibilidade de haver “**renegociação**” dos termos originalmente pactuados na concessão, como forma de equacionamento das “**novas condições**”.

O desfazimento do processo de relicitação não pode ser utilizado para introduzir alterações substantivas na concessão que, de outro modo, não seriam sequer cogitáveis. Tampouco pode ser empregado com a finalidade de fazer tábula rasa dos casos de grave descumprimento das obrigações antes assumidas, sejam elas relacionadas a investimentos, qualidade dos serviços prestados ou pagamentos não realizados.

A renegociação, efetuada em razão do desfazimento do processo de relicitação, **há de limitar-se**, em princípio, **às questões ocorridas durante esse procedimento**, uma vez que, nesse período, há a suspensão das obrigações de investimento por parte do concessionário, bem como modificação das condições de prestação dos serviços concedidos. Nesses casos, é legítimo que seja pactuado cronograma que permita a retomada dos investimentos suspensos e o retorno das exigências anteriores quanto à prestação dos serviços, tendo-se o cuidado de recompor o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado, não podendo haver indevido benefício ao concessionário inadimplente.

Para além dessa situação, pode-se cogitar de outras alterações, como as que poderiam ser legitimamente pactuadas no âmbito de um Termo de Ajustamento de Conduta, a exemplo da conversão de multas em novas obrigações relacionadas à prestação do serviço. Em sendo a agência reguladora legitimada a celebrar esses ajustes, não há óbices a que a renegociação em tela abarque tudo o que poderia ser de outra forma pactuado com a celebração de um TAC.

Evidentemente, a situação aqui retratada não pode servir de justificativa para toda e qualquer modificação das obrigações pactuadas, razão pela qual o poder concedente deve observar os **limites** que o ordenamento jurídico lhe impõe, notadamente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a vinculação ao edital de licitação e, também, à proposta vencedora do certame.

Veja-se que o TAC e a renegociação decorrente do desfazimento do processo de relicitação não podem ser empregados para estabelecer novas bases para a concessão. Há que se preservar o núcleo essencial da proposta vencedora sem o que se corre o risco de legitimar o desvirtuamento de princípios caros ao Direito Administrativo, como igualdade, moralidade e publicidade, impedindo a certeza de que o prestador do serviço cumpra a proposta que apresentou e foi considerada a mais vantajosa para aquela configuração do serviço.

Não há, em nosso ordenamento pátrio, previsão legislativa para a realização de repactuações de contratos de concessão que permitam expressiva modificação das bases objetivas pactuadas. A única forma de estabelecer novas condições e obrigações, desvinculadas da proposta vencedora, é por meio da realização de novo certame, em que se permita ampla concorrência entre interessados.

Vale mencionar o alerta de Flavio Amaral Garcia, ao tratar dos **limites materiais à mutabilidade dos contratos de concessão**, em sua tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, intitulada “A Mutabilidade nos Contratos de Concessão no Brasil”, no sentido de que a mutabilidade dos contratos de concessão contemporâneos se encontra conformada pelo princípio da concorrência (licitação), que “**exsurge como o principal parâmetro limitador das inevitáveis mutações** que se operam durante a execução do contrato de concessão”.

Não é possível que, sob a alegação de atender ao interesse público, o poder concedente venha a repactuar, em novas bases, o serviço a ser prestado, com obrigações e exigências distintas das que foram licitadas, passando a servir o instituto para conferir vantagens que objetivamente quebrem a isonomia de todos os que participaram na licitação anterior.

Prossegue o autor: *“No caso dos contratos de concessão, utilizar a mutabilidade - nas suas mais diversas facetas - como escusa para prolongar o contrato além do prazo indispensável ou mesmo para desnaturar o seu objeto em relação ao que foi originalmente licitado, priva a sociedade de ter acesso a novos projetos e a contratos estruturantes do interesse público em longo prazo e cuja seleção deve se operar meritariamente por meio de processo de licitação pública”*.

Essa desnaturação do objeto da concessão não diz respeito apenas a modificações quanto à natureza da prestação pactuada, mas sim às condições efetivamente pactuadas. Nessa linha, Garcia apresenta o seguinte exemplo:

“Imagine-se, por exemplo, um contrato de concessão de transporte ferroviário que foi previamente licitado, mas que, por questões atreladas ao financiamento, nunca chegou a ser iniciado. Decorridos alguns anos da sua pactuação formal, pretendem as partes retomar a sua execução e alterar o seu objeto. Sucede que as condições são inteiramente distintas, a justificar a elaboração de outro projeto, com novo detalhamento dos aspectos técnicos e outros custos. O objeto continua sendo o mesmo, ou seja, transporte ferroviário, mas com uma configuração inteiramente distinta daquela que foi licitada.

*É evidente que, no exemplo acima, restarão violados os princípios da intangibilidade do objeto e da concorrência. Uma **mudança tão abrupta nas condições originais do objeto** e da própria contratação **afetaria o núcleo essencial do objeto** e a sua intangibilidade, bem como afrontaria o princípio da concorrência, o que atingiria o direito subjetivo de terceiros em participar de **licitação** que apresentasse nova configuração, bem como privaria a sociedade de ter acesso, pela via meritória da competição, a um projeto estruturante de um relevante interesse público”*.

Nessa linha, pode-se cogitar de uma licitação que tenha utilizado, como critério de julgamento da proposta, o menor prazo para duplicação de determinada rodovia, com prazo máximo de implementação de 5 anos, tendo-se sagrado vencedora empresa que se propôs a realizar todo esse investimento no primeiro ano da concessão.

Assinado o contrato, e passados vários anos sem que nem ao menos 20% da rodovia tenha sido duplicada, com forte impacto na má prestação do serviço e na piora na segurança rodoviária, não se pode pretender legítima a celebração de repactuação para conceder mais prazo para a duplicação, seja porque o retardamento na realização das obras não decorreu de legítimo interesse público, seja porque esse procedimento altera característica do núcleo essencial do objeto licitado, ensejando grave fraude na execução do ajuste e burla ao procedimento licitatório.

Daí porque correta a preocupação externada pela D. Procuradora-Geral do MPTCU no sentido de que não se pode conceber que, sem nenhum amparo legal, a extinção da relicitação seja utilizada como mecanismo para a celebração de novo contrato de concessão, a ser firmado com empresa que não apresentou desempenho satisfatório prévio, em condições não ofertadas a outras empresas interessadas, situação essa quem bem evidencia ser a **antítese da relicitação**, na feliz expressão cunhada pelo *Parquet*.

Faço minhas as preocupações externadas pela D. Procuradora-Geral: *“Deixar de proceder à regular licitação de um ativo já qualificado para essa finalidade à luz do arcabouço legal vigente, em especial da Lei 13.448/2017, para renegociá-lo, em ambiente não competitivo e sem amparo legal, com empresa que não vinha atendendo às disposições contratuais ou que foi incapaz de adimplir as obrigações assumidas originalmente não parece ser medida razoável nem passível de regramento por parte do Tribunal”*.

Diante dessas ponderações, apresento sugestão de nova redação da parte dispositiva do acórdão para nela inserir as restrições ao escopo da renegociação.

III

A relicitação é, em si, processo complexo, nada trivial, que deve ser encarada como “ato **extremo e excepcional**, como última opção tanto para a Administração, quanto para o parceiro privado”¹, em vista de ostensivo interesse público, notadamente nas situações em que é necessário atestar a incapacidade de o concessionário adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Daí porque serão ainda mais raras as situações em que caberá o desfazimento amigável do processo de relicitação. Em verdade, somente fatos novos, supervenientes, poderiam ensejar modificações no prognóstico anterior de inviabilidade de continuidade da concessão.

Há, porém, situações em que não há como infirmar a incapacidade do concessionário em dar fiel cumprimento às obrigações assumidas.

Veja-se, por exemplo, a situação em que o parceiro privado já firmou Termo de Ajustamento de Conduta para cessação das irregularidades e não logrou cumprir o pactuado.

Se o concessionário já demonstrou sua incapacidade em cumprir não só os compromissos originais da concessão, mas também as repactuações que ajustou com o poder concedente, revela-se evidentemente contrária ao interesse público a manutenção dessa suposta parceria.

Outra situação em que é evidente a impossibilidade de desfazimento do processo de relicitação diz respeito aos casos em que o parceiro privado demandou a cobrança de tarifa adicional (excedente tarifário), superior ao que seria adequado para custear e remunerar um mínimo de prestação do serviço público durante o processo de relicitação, até a assunção do novo concessionário.

Veja-se que, durante o processo de relicitação, pactua-se a suspensão de uma série de obrigações do concessionário, relacionadas a investimentos e parâmetros de desempenho, cabendo ao particular executar apenas serviços de manutenção e operação, bem como investimentos tidos como essenciais.

A supressão de investimentos e parâmetros de desempenho do contrato, sem a correspondente **redução** da tarifa de pedágio a ser cobrada dos usuários, resulta em receitas tarifárias excedentes para a concessionária.

A suspensão dessas obrigações possui forte impacto econômico-financeiro na tarifa do serviço, devendo a agência reguladora apurar o valor adequado para a nova configuração. Todavia, alguns concessionários têm demandado, para firmarem o termo de relicitação, a cobrança de valores maiores do que o necessário e adequado para a nova configuração de serviço, o que lhes enseja a percepção do chamado “excedente tarifário”

Cito, como exemplo, o caso da BR-040, em que a tarifa de pedágio adequada para remunerar a concessionária nas novas condições seria de aproximadamente R\$ 2,54, tendo a concessionária demandado, para aceitar o processo de relicitação, a manutenção da tarifa no nível que se encontrava, de R\$ 5,30, consoante consta do TC 008.508/2020-8, da Relatoria do Ministro Jorge Oliveira.

¹ TÂMEGA, Flávia M., MACHADO, Fernanda N. V., CASTELFRANCHI, Fernanda M. Relicitação: O instrumento que faltava para tratar situações imprevisíveis capazes de levar à inviabilidade de contratos de concessão e garantir maior segurança jurídica. In: DAL POZZO, Augusto Neves; ENEL, José Virgílio Lopes (org.). *Tratado sobre o setor de rodovias no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

Na ocasião, a ANTT afirmou expressamente que “a manutenção da tarifa de R\$ 5,30 foi valor proposto pela Via040, com o qual a ANTT acordou para que fosse possível a celebração de Termo Aditivo” (TC 008.508/2020-8, peça 40, p. 32/33).

Não há como configurar interesse público na continuidade de concessão em que o concessionário, cobrando as tarifas que lhes foram permitidas no contrato, apresentou desempenho deficiente e não foi capaz de cumprir suas obrigações; e em lhe sendo exigido manter apenas condições mínimas do serviço, muito aquém do que poderia ser considerado serviço adequado, lança mão da cobrança de excedente tarifário.

Daí porque apresento sugestão de acrescentar à minuta de acórdão a ser proferido dois outros requisitos a serem atendidos para a viabilidade do desfazimento consensual do processo de relicitação: a) inexistência de excedente tarifário; e b) cumprimento adequado de eventuais compromissos firmados em um TAC.

Enfim, em nenhuma hipótese, tolera-se que, em situações usuais, se lance mão do instrumento da relicitação como meio astuto de meramente multiplicar ganhos, em detrimento dos usuários do serviço, com quebra dos princípios constitucionais que orientaram a licitação e notória violação do interesse público.

São essas as considerações e sugestões que trago ao descortínio deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 2 de agosto de 2023.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho, acerca da interpretação de dispositivos da Lei 13.448/2017 concernentes à relicitação.

2. Em linhas gerais, manifesto-me de acordo com as propostas de deliberação constantes da minuta de acórdão do eminente relator, Ministro Vital do Rêgo, incluindo, em essência, as ponderações e os ajustes sugeridos na declaração de voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

3. Ao tempo em que parabeno o relator pela profundidade da análise apresentada em seu voto, não posso deixar de externar a minha preocupação com os possíveis riscos negativos decorrentes de eventual decisão do Poder Concedente de desistir do processo de relicitação e de dar continuidade ao contrato de parceria, em consonância com o salientado pelo Ministro Walton Alencar.

4. A primeira preocupação reside no risco de o carácter excepcional da possibilidade de desistência do Poder Público vir a ser utilizado de modo indiscriminado para diversos casos, com base em alegações genéricas de interesse público. Tenho conhecimento de que ao menos nove concessionárias entregaram pedidos de relicitação, sendo que na mídia há notícias dando conta de que o Poder Concedente estaria supostamente interessado em desistir de todas elas.

5. A segunda preocupação está relacionada aos motivos que levaram ao início do processo de relicitação. Na maioria dos casos, a concessionária não está cumprindo adequadamente com suas obrigações, o que, *a priori*, daria ensejo a processo de caducidade, que pode ser longo e com entraves judiciais. Desse modo, ao firmar o termo aditivo para relicitação, a Administração Pública tem grande possibilidade de extinguir o contrato inadimplido de modo amigável, de maneira bem mais célere; mas se dela desistir, assumirá grande risco de a concessionária original continuar descumprindo as obrigações pactuadas, mesmo após eventual recomposição econômico-financeira ou após adoção alternativa de resolução consensual.

6. A terceira preocupação é quanto ao risco de o pedido de relicitação feito pelas concessionárias ser utilizado como “artifício” para que o Poder Concedente possa, futuramente, desistir da relicitação e negociar a continuidade do contrato de concessão original em bases bem mais amplas e favoráveis à concessionária inadimplente. Há de se ter cuidado para que não seja criado um conjunto de desincentivos para as concessionárias de outros contratos que estejam cumprindo com suas obrigações, já que, geralmente, elas não conseguem renegociar o contrato em bases mais abrangentes.

7. E, de maneira mais grave, vejo o risco de que a renegociação do contrato após a desistência da relicitação possa dar origem a um “novo contrato”, de modo bem desconexo e distante a) do instrumento convocatório da licitação que a ele deu origem; b) do equilíbrio econômico-financeiro pactuado; e c) da matriz de riscos original.

8. Nesse sentido, cabe rememorar que o art. 4º, inciso III, da Lei 13.448/2017 prevê que a relicitação poderá dar origem a um “**novο ajuste negocial** para o empreendimento, **em novas condições** contratuais e **com novos contratados, mediante licitação** promovida para esse fim” (grifos acrescidos).

9. Ou seja, a desistência do Poder Concedente em dar continuidade ao processo de relicitação não deve possibilitar a renegociação ampla, com base em novas condições, que dê origem a um novo ajuste negocial.

10. No caso de desistência, entendo que o Poder Concedente estaria limitado a – diante das circunstâncias atuais e da eventual materialização de incertezas e de riscos inerentes a contratos de

longuíssimo prazo (até 35 anos) – rever as obrigações do contratante e do contratado, bem como as soluções para recompor o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, observando as diretrizes da matriz de riscos inicialmente acordada, o que poderia/deveria ser feito inclusive nos contratos com concessionárias adimplentes, com o intuito de obedecer ao princípio da isonomia e de manter os mecanismos de incentivos regulatórios adequados para aprimorar a qualidade dos serviços a preços módicos para os usuários e/ou a custos otimizados para o Estado.

11. Da leitura da parte dispositiva da minuta de acórdão trazida pelo Ministro Vital do Rêgo, percebo que foram apresentados importantes critérios balizadores para minimizar parte dos riscos aqui mencionado; tais critérios, a meu ver – e em linha com o relator –, possuem caráter exemplificativo, e não taxativo.

12. Não obstante, principalmente em razão da última preocupação por mim externada, e com o intuito de contribuir para a redação desses critérios, sugiro ao ministro relator que inclua, entre eles, com os ajustes pertinentes na redação do subitem 9.2.3.4 da minuta de acórdão, que o novo aditivo não poderá configurar desnaturação do objeto do contrato de parceria, devendo ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro e a vinculação ao instrumento convocatório da licitação correspondente.

13. Portanto, em substituição à redação original, constante do subitem 9.2.3.4 proposta pelo eminente relator, sugiro a seguinte:

“9.2.3.4. a formalização – mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente – de solução, em prazo razoável, para o **equacionamento das novas condições que não resulte na desnaturação do objeto contratual, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro, a vinculação ao instrumento convocatório e a observância aos princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato de concessão vigente que fundamentou a matriz de riscos**, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019.”

14. Ademais, proponho a substituição do termo “**acordo**” (ou “**novo acordo**”) por “**novo termo aditivo**” nos subitens 9.2.3.6, 9.2.3.7, 9.2.3.8, 9.2.3.9 e 9.2.3.13, com o propósito de evitar interpretações equivocadas de que a desistência da relicitação pelo Poder Concedente permitiria a celebração de **novo ato negocial** (modificações com bases mais amplas) não precedido de licitação, o que não encontra amparo no art. 4º, inciso III, da Lei 13.448/2017. Entendo que o termo “novo termo aditivo”, já utilizado pelo eminente relator no subitem 9.2.3.4, é mais apropriado, por manter o seu vínculo com o contrato e o instrumento convocatório originais.

Ante o exposto, submeto essas considerações à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 2 de agosto de 2023.

JHONATAN DE JESUS
Revisor

VOTO COMPLEMENTAR

Tratam os autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho, acerca da interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, conforme Ofício 314/2023/ASSAD/GM, de 11/5/2023 (peça 2).

2. Oportuno destacar os dois questionamentos enviados a esta Corte pelos consulentes:
 - a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretratável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?
 - b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente? (sublinhei)
3. De pronto, observo que as indagações abordam duas iniciativas originárias de pessoas (partes) distintas, concessionário e Poder Concedente, na medida em que dizem respeito a contratos de concessão vigentes que serão objeto de relicitação.
4. Inicialmente, agradeço aos ministros revisores pelas contribuições apresentadas, pois aprimoram as respostas aos questionamentos desta consulta. E, por entender pertinentes as considerações dos nobres revisores, passo a abordá-las, destacando pontuais ajustes de texto em propostas que registrei na minuta de acórdão oferecida na Sessão Plenária de 5/7/2023.

II

5. Em relação à irrevogabilidade e à irretratabilidade, volto a afirmar que a Lei 13.448/2017 estabeleceu tais atributos exclusivamente à declaração formal do concessionário, haja vista que se trata de uma iniciativa pessoal, ou seja, de caráter *intuitu personae*, a exemplo do que ocorre em declarações testamentárias.
6. É dentro desse escopo que busquei responder a primeira indagação restringindo o seu alcance aos ditames expressos da Lei de Relicitação. E isso se deve, a meu ver, porque a declaração formal do concessionário é o primeiro documento a ser apresentado e se insere no que chamei de primeira etapa do processo de relicitação. Essa declaração não tem o poder de dar eficácia ao referido processo, ela é uma condicionante para instauração do processo relicitatório. É esse o sentido expresso do art. 14, § 2º, inciso III, da Lei 13.448/2017 e do art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019, *verbis*:

Lei 13.448/2017	Decreto 9.957/2019
Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.	Art. 3º O requerimento de relicitação, que será formulado por escrito pelo contratado originário à agência reguladora competente, conterá:
§ 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado:	-x-
III - de <u>declaração formal</u> quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Lei; (sublinhei)	III - <u>declaração formal</u> da intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, à relicitação do contrato de parceria, a partir da celebração do termo aditivo, observado o disposto na Lei nº 13.448, de 2017; (sublinhei)

7. O termo aditivo ao contrato de concessão vigente trata de outro documento essencial para dar eficácia ao processo de relicitação. Esse sim é formalizado com base no acordo entre as partes, ou seja, é um acordo consensual, pois é estabelecido entre as partes do contrato de concessão vigente: concessionário e Poder Concedente.

8. E entre o momento da apresentação da declaração formal do concessionário e o da publicação do termo aditivo são formalizados outros atos/documentos impostos por lei:

- i) a renúncia expressa quanto à participação do contratado e de seus acionistas diretos ou indiretos no certame de relicitação;
- ii) a manifestação da agência reguladora sobre a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;
- iii) a manifestação do órgão setorial [ministério] sobre a compatibilidade do requerimento de relicitação com o escopo da política pública formulada para o setor correspondente;
- iv) a instauração do processo de relicitação;
- v) a submissão do processo de relicitação à deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República; e
- vi) a deliberação do Presidente da República, quanto à conveniência e à oportunidade da relicitação e sobre a qualificação do empreendimento no Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.

9. Com todas essas etapas cumpridas, nos termos da Lei 13.448/2017, regulamentada pelo Decreto 9.957/2019, chega-se ao momento da celebração do termo aditivo ao contrato de concessão vigente que, com sua publicação, dá eficácia ao processo de relicitação. Daí a denominação de “termo aditivo de relicitação”.

10. Logo, a declaração formal do concessionário (*intuitu personae*) é distinta do termo aditivo (acordo consensual).

11. Reafirmo, portanto, minha convicção de que o primeiro questionamento deve ser respondido com base nos termos expressos dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017 e do art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019, pois versa sobre os atributos de irretratabilidade e irrevogabilidade da declaração formal do concessionário (*intuitu personae*), na forma registrada no voto apresentado na Sessão Plenária de 5/7/2023, no sentido de que:

o caráter irrevogável e irretratável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário) de adesão ao processo de relicitação, conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, inciso III, do Decreto 9.957/2019.

12. Quanto ao desfazimento do termo aditivo de relicitação, alinho-me ao entendimento dos eminentes ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus, pois considero equivalente ao desfazimento do processo de relicitação. E, nesse escopo, tal entendimento se insere na resposta da segunda indagação, haja vista os consulentes questionarem desfazê-lo por iniciativa própria do Poder Concedente, ou seja, desfazer o termo aditivo de relicitação.

13. Logo, se há alguma divergência entre os votos, do relator e dos revisores, percebo que ela se atém ao momento ao qual se aplica tal entendimento. Digo isso, porque as considerações que desenvolvi ao longo do meu voto convergem para idêntica conclusão a que chegaram os ministros revisores de que o Poder Concedente não pode desfazer o processo relicitatório, ou seja, o “termo aditivo de relicitação”, de forma unilateral ou por vontade única (própria) do Poder Concedente.

14. Nesse sentido, com o objetivo de manter as respectivas considerações sobre esse tema situadas de acordo com as indagações formuladas pelos consulentes, proponho ajustes pontuais na sugestão por mim apresentada na minuta de acórdão, a fim de incorporar o entendimento dos nobres revisores, qual seja:

uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;

15. Assim sendo, em relação à primeira indagação, proponho:

9.2. responder aos consulentes que:

9.2.1. o caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário), conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;

9.2.2. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação.

16. Em relação à eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade que levem à nulidade do processo de relicitação, o eminente revisor, Ministro Walton Alencar Rodrigues, sugeriu que: “a impossibilidade de alteração **unilateral** do acordo de relicitação não obsta a decretação de sua nulidade, caso identificada irregularidade na condução do processo, nem afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação”.

17. Esse tema consta do subitem 9.2.2 da minuta de acórdão por mim apresentada na Sessão Plenária de 5/7/2023, *verbis*:

9.2.2. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, devem ser verificadas pelo Poder Concedente, incluindo eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, situação que, se verificada, conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relicitação;

18. Considero pertinentes as sugestões advindas do revisor, Ministro Walton Alencar Rodrigues, de maneira que proponho ajustes no texto, com renumeração do subitem, na forma que se segue:

9.2. responder aos consulentes que:

9.2.1. (...) [referenciado no item 15 deste voto complementar];

9.2.2. (...) [referenciado no item 15 deste voto complementar];

9.2.3. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, não obstam a decretação de sua nulidade, caso identificada ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a celebração do termo aditivo de relicitação;

III

19. Neste ponto, retomo as considerações sobre a segunda indagação dos consulentes, tendo em vista as preocupações e sugestões encaminhadas pelos ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus.

20. O desfazimento do processo de relicitação por iniciativa do Poder Concedente, portanto, objeto da segunda indagação e não da primeira pergunta, requer obrigatoriamente o atendimento do que denominei de condicionantes. E a primeira delas é o comum acordo entre as partes, porque o termo aditivo de relicitação foi construído com base no acordo consensual e, para desfazê-lo, por conseguinte, deve obrigatoriamente haver um outro acordo entre as partes: concessionário e Poder Concedente.

21. O Poder Concedente não pode, conforme registrei no meu voto, obrigar o concessionário a permanecer à frente da concessão. Trata-se de idêntica conclusão a que chegaram os eminentes revisores. Tanto é que o Ministro Walton Alencar, expressando toda a sua preocupação com o alcance da resposta, e aí entendendo que se refere à segunda indagação, registrou que: “Veja-se que a resposta que se pretende conferir à consulta, e com a qual estou de acordo, é a de que o desfazimento do termo aditivo de relicitação depende do comum acordo entre as partes”. (sublinhei)

22. É a conclusão que também cheguei e apresentei no bojo da primeira condicionante, descrita no subitem 9.2.3.1, além de ter sugerido delimitar, nos termos do subitem 9.2.3.4 da minuta de acórdão, a abrangência do novo termo aditivo, consoante se segue:

(...)

9.2.3.1. o contratado (concessionário) manifeste formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

(...)

9.2.3.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento das novas condições, em prazo razoável, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e mantendo-se os princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato de concessão vigente que fundamentou a matriz de riscos, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

23. O ministro Walton Alencar Rodrigues registrou oportunas considerações sobre essas duas condicionantes, finalizando com as seguintes sugestões:

9.2.3.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:

9.2.3.1.1. não ter cobrado excedente tarifário para viabilizar a prestação mínima do serviço durante o processo de relicitação;

9.2.3.1.2. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;

9.2.3.1.3. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

9.2.3.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o **equacionamento da retomada, em prazo razoável, das obrigações de investimento e dos níveis de prestação de serviço pactuados originalmente**, adaptando-os para levar em consideração o período em que essas obrigações estiveram suspensas. garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a alocação de riscos anteriormente pactuada, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019; (grifos no original)

24. Nas palavras do nobre revisor:

A relicitação é, em si, processo complexo, nada trivial, que deve ser encarada como “ato **extremo e excepcional**, como última opção tanto para a Administração quanto para o parceiro privado”¹, notadamente nas situações em que é necessário atestar a incapacidade de o concessionário adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente. [¹TÂMEGA, Flávia M., MACHADO, Fernanda N. V., CASTELFRANCHI, Fernanda M. Relicitação: O instrumento que faltava para tratar situações imprevisíveis capazes de levar à inviabilidade de contratos de concessão e garantir maior segurança jurídica. In: DAL POZZO, Augusto Neves; ENEI, José Virgílio Lopes (org.). *Tratado sobre o setor de rodovias no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2022]. (grifos no original)

Daí porque serão ainda mais raras as situações em que caberá o desfazimento amigável do processo de relicitação. Em verdade, somente fatos novos, supervenientes, poderiam ensejar modificações no prognóstico anterior de inviabilidade de continuidade da concessão.

Há, porém, situações em que não há como infirmar a incapacidade do concessionário em dar fiel cumprimento às obrigações assumidas.

25. Ainda, como bem lembrado pela Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Cristina Machado da Costa e Silva, “o Governo Federal já buscou, pela via legislativa e sem sucesso, viabilizar a permanência das atuais concessionárias [de rodovias federais] mediante reprogramação de investimentos, quando editou a Medida Provisória n.º 800, de 18/9/2017”, que não foi convertida em lei em razão da caducidade. Essa situação, no entendimento da nobre procuradora-geral indica que:

5. (...) o Poder Legislativo da época não era favorável à renegociação – diferentemente do que ocorreu em relação à relicitação –, resta claro que uma repactuação profunda de um contrato de concessão demanda o estabelecimento de balizas legais que indiquem: i) as condições para a reprogramação dos investimentos originalmente assumidos; ii) os parâmetros técnicos e limites que deverão ser observados – a exemplo do nível de serviço; iii) os critérios para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; iv) os prazos envolvidos; v) o tratamento a ser dado às sanções existentes; vi) as providências a serem tomadas em caso de novo descumprimento; além de outras disposições necessárias.

26. A nobre procuradora-geral enfatiza, também, que:

12. (...) a negociação sob consulta visa à celebração de um novo contrato de concessão justamente com a empresa que não apresentou um desempenho satisfatório prévio – concessão a caminho da extinção por caducidade –, e em condições não ofertadas a outras empresas interessadas, sem qualquer respaldo legal para tanto. Ou seja, o que se está a propor é a antítese da relicitação.

(...)

14. Deixar de proceder à regular licitação de um ativo já qualificado para essa finalidade à luz do arcabouço legal vigente, em especial da Lei n.º 13.448/2017, para renegociá-lo, em ambiente não competitivo e sem amparo legal, com empresa que não vinha atendendo às disposições contratuais ou que foi incapaz de adimplir as obrigações assumidas originalmente não parece ser medida razoável nem passível de regramento por parte do Tribunal.

15. Não se trata, por certo, de promover pequenos ajustes nos contratos de concessão vigentes, medida que se coaduna com a mutabilidade dos contratos de concessão e com as atribuições das agências reguladoras de geri-los e promover os ajustes pertinentes, mas de celebrar avenças totalmente distintas daquelas regularmente licitadas e originalmente pactuadas entre as partes.

16. As concessões rodoviárias celebradas em 2014, por exemplo, deveriam ter promovido as duplicações necessárias no prazo de cinco anos a partir da assunção dos trechos, mas pouco mais de 10% do total das ampliações – correspondentes ao mínimo necessário para o início da cobrança de pedágio –, foram entregues pela maioria das empresas, salvo, possivelmente, a concessão da BR-050/GO/MG.

17. Quase dez anos depois, reprogramar as duplicações pelo prazo restante – como se buscou, sem sucesso, pela via legislativa – ou até mesmo suprimir grande parte ou a quase totalidade dessas obrigações – o que nem se cogitou à época da edição da MP n.º 800/2017 – ou substituí-las por outras que não estavam previstas inicialmente, sem amparo legal, é providência que vai muito além do que se possa imaginar quanto à possibilidade de alterar contratos de concessão.

(...)

19. Há inúmeros processos em que o Tribunal detectou irregularidades nas alterações contratuais posteriores à celebração dos ajustes. Além do TC 014.689/2014-6 (BR-040/MG/RJ), pode-se mencionar o TC 036.417/2016-5 (BR-060/153/262/DF/GO/MG), o TC 032.830/2016-5 (BR-163/MT) e o TC 032.829/2016-7 (BR-153/SP) (...).

20. Não se ignora, obviamente, que o TCU já deliberou anteriormente, em circunstâncias muito especiais, pela adoção de solução alternativa à relicitação - a exemplo do caso da BR-163/MT, em que houve a assunção do ativo por empresa de natureza pública. Em Voto recente, no TC 023.217/2015-4, o próprio Ministro Vital do Rêgo externou suas preocupações de que tal solução fosse inadvertidamente ampliada: (...).

27. Consoante mencionei em meu voto apresentado na Sessão Plenária de 5/7/2023, a possibilidade de alteração das condições contratuais pode ocorrer de formas distintas, **tais como**: (i) termo de ajustamento de conduta (TAC); (ii) acordo consensual homologado pelo TCU; e (iii) repactuação contratual mediante termo aditivo, dentro do que se denomina resolução contratual.

28. Em relação às alterações mediante TAC, citei, como exemplo, o caso do contrato de concessão da BR-163/MT – Concessionária Rota do Oeste S.A. (CRO), em que foi celebrado tal ajuste versando, entre outros aspectos, sobre a transferência do controle acionário da concessionária para a empresa MT Participações e Projetos S.A. Essa situação foi apreciada nos termos do Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário (relator Ministro Bruno Dantas).

29. Recentemente, no voto por mim elaborado no âmbito do TC 023.217/2015-4, deixei assentado que:

74. (...) não vejo óbices a que esta Corte autorize a ANTT a suspender os efeitos econômico-financeiros dos subitens 9.5.1 e 9.5.3 do Acórdão 457/2022 durante o prazo de vigência do TAC, bem como extingui-los no caso de cumprimento integral do acordo.

75. Assim, caso haja descumprimento das obrigações do termo de ajustamento de conduta por parte da concessionária, mesmo que de forma parcial, a ANTT deverá adotar as providências determinadas nos subitens 9.5.1 e 9.5.3 mencionados acima, na revisão ordinária subsequente à constatação de inadimplemento.

(...)

78. Reforço essa questão porque existem algumas iniciativas por parte da agência reguladora no sentido de estender os critérios adotados no caso da BR-163/MT para outras concessões. Um exemplo disso é a minuta do RCR3 – Regulamento de Concessões Rodoviárias, que está em fase de audiência pública¹:

Art. 13. O regime de recuperação regulatória poderá abranger as seguintes medidas, entre outras necessárias à viabilização da concessão:

I – reprogramação de obrigações vencidas e vincendas;

II – antecipação ou diferimento de incidência de débitos e créditos acumulados;

III – antecipação de receitas tarifárias;

IV – suspensão dos atos de cobrança de multas aplicadas transitadas em julgado;

V – suspensão da aplicação de novas penalidades pelo descumprimento de determinadas obrigações;

VI – desconto de até 30% (trinta por cento) sobre o montante total de multas aplicadas;

VII – prorrogação do prazo da concessão;

VIII – transferência de controle societário da concessionária.

79. Diante disso, considero importante reforçar que a proposta ora submetida ao Plenário não serve como precedente para situações semelhantes que envolvam entidades privadas, por entender que a repactuação contratual, da magnitude acima sugerida, não encontra amparo nas leis vigentes quando envolve empresas dessa natureza.

80. Caso contrário, além de afrontar a ordem jurídica vigente, a agência estaria a oficializar uma postura leniente com os descumprimentos contratuais. Trata-se de um comportamento regulatório que em nada contribui com a segurança jurídica, com a criação de um ambiente administrativo íntegro, e com o atendimento aos anseios da sociedade.

30. Ressalto que, no caso do contrato de concessão da BR-163/MT, estamos diante do primeiro TAC celebrado, em 4/10/2022, estabelecendo uma série de condições, entre as quais destaco (peça 178 do TC 023.217/2015-4):

(...)

¹ Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=528>; Acesso em 19/7/2023.

Considerando que todas as justificativas indicadas apontam para a vantajosidade da solução de se trocar o controle acionário pela MT PAR, por meio de aditivo, e conter as externalidades negativas que ocorreriam em caso de relicitação, com o inevitável atraso não inferior a 3 (três) anos para a retomada dos investimentos;

Considerando a média anual de 100 (cem) vidas ceifadas por acidentes na BR 163, é possível afirmar que a solução construída nesse TAC em alternativa à relicitação evitará, com o reinício imediato das obras nos pontos de maior acidentalidade, dezenas de mortes;

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

1.1. O presente termo de ajustamento de conduta (TAC Plano de Ação) tem por objeto:

- i. a correção, pela CONCESSIONÁRIA, nos termos deste TAC, dos descumprimentos de obrigações contratuais indicados no processo administrativo (...);
- ii. a resolução dos pleitos e pretensões entre as partes, mediante extinção do Passivo Regulatório (...) e renúncia integral às pretensões, pela CONCESSIONÁRIA, do Procedimento Arbitral (...);
- iii. a viabilização da anuência, pela ANTT, da troca do controle acionário da CONCESSIONÁRIA com a assunção, pela MT PAR, da posição da controladora, nos termos deste TAC.

CLÁUSULA SEGUNDA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

- i. promover o ajustamento de conduta, saneando as inexecuções contratuais, no prazo de 8 (oito) anos contados do início da eficácia deste TAC Plano de Ação, (...);

(...)

- vii. renunciar integralmente às pretensões judiciais e arbitral de declaração da nulidade de penalidades aplicadas e de processos sancionadores em curso;

(...)

- ix. complementar o requerimento de troca de controle acionário apresentado à ANTT, observando as normas aplicáveis, no prazo de até 30 (trinta) dias, contados da data da assinatura do presente TAC, podendo esse prazo ser prorrogado justificadamente.

- x. Aplicar, com recursos de capital próprio do novo acionista, para assegurar a imediata retomada dos investimentos, o valor de R\$1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos milhões de reais), de acordo com o seguinte fluxo financeiro:

a) R\$520.000.000,00 (quinhentos e vinte milhões de reais) em até trinta dias contados da efetiva troca de controle;

b) R\$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais) no ano de 2023;

c) R\$ 510.000.000,00 (quinhentos e dez milhões de reais) no ano de 2024.

(...) [grifos no original]

31. Esse TAC firmado se enquadra em ato excepcional que modificou as condições do contrato de concessão vigente da BR-163/MT, em especial a fixação de prazo de oito anos para sanear as inexecuções contratuais e a imediata retomada dos investimentos. Cumpre, portanto, ao novo controlador acionário da concessão, cumprir as obrigações assumidas no âmbito do referido termo de ajustamento de conduta.

32. Parece óbvio, mas o TAC trata de um termo para ajustar a conduta do concessionário porque este não está cumprindo o contrato de concessão. Reflete uma tentativa de o regulador setorial buscar impor ao concessionário o cumprimento de suas obrigações contratuais.

33. E não poderia deixar de registrar que o cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, quando da assinatura do contrato, reveste-se de segurança jurídica; não as cumprir seria insegurança jurídica com efeito nefasto sobre os usuários das respectivas infraestruturas objeto dos contratos de concessão.

34. Alinho-me ao entendimento do Ministro Walton Alencar Rodrigues no sentido de que atos excepcionais para modificação de condições de contrato de concessão vigente não podem ser adotados

indefinidamente para obrigar o concessionário a sanear inexecuções contratuais e realizar investimentos originariamente contratados e não efetuados.

35. No âmbito de concessões de infraestrutura rodoviária federal, os termos de ajustamento de conduta aparecem com denominação de TACs “Plano de Ação” e TACs “Multas” e são definidos, de acordo com as informações disponibilizadas no endereço eletrônico da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), como²:

TAC “Plano de Ação”	TAC “Multas”
O Plano de Ação - conjunto de obras, com cronogramas, a ser executado pela concessionária e o TAC -instrumento jurídico que rege a execução, acompanhamento e fiscalização destas obras, aqui divulgados com total transparência, como rege a filosofia desta Agência Reguladora, tem por objetivo o acompanhamento das execuções das obras por todos os usuários do serviço. (...) A execução do TAC assemelha-se à execução ordinária do Contrato de Concessão, uma vez que o Plano de Ação equivale as obras previstas no cronograma físico financeiro da outorga. No entanto, com o TAC haverá maior severidade no controle e acompanhamento, e previsão de instrumentos de reação imediata à verificação de inexecuções, inclusive com compensações tarifárias.	Por meio do TAC, em contrapartida à suspensão dos PAS [processo administrativo simplificado] e à concessão de desconto sobre os valores exigíveis de multas, caso os respectivos processos fossem finalizados, a Concessionária se compromete a aplicar esses valores na realização de novas obras de melhoria da rodovia não previstas no Contrato de Concessão, mediante análise e aprovação da ANTT. (...) O TAC somente será considerado cumprido com a execução total das obras, dentro do prazo previsto, hipótese em que serão arquivados os processos de penalidade elencados no Termo. Todavia, em caso de descumprimento, os processos de penalidade voltarão a tramitar, dando azo ao valor integral da multa, persistindo ainda a obrigação de conclusão das novas obras.

36. Chama a atenção a abundância de termos de ajustamento de conduta firmados no âmbito de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária federal, na medida em que foram celebrados 17 termos de ajustamento de conduta, assim alocados por concessionária³ descritos no quadro a seguir:

Quadro – Termos de ajustamento de conduta por concessionária de rodovias federais

Concessionária	Termos de ajustamento de conduta
Autopista Fernão Dias	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Autopista Fernão Dias_valores atualizados até fevereiro_2015 • TAC Autopista Fernão Dias atualizado em 30_09_2013
Autopista Fluminense	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Autopista Fluminense_valores atualizados até fevereiro_2016 • TAC Autopista Fluminense atualizado em 30_09_2013
Autopista Litoral Sul	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Autopista Litoral Sul_valores atualizados até fevereiro_2017 • TAC Autopista Litoral Sul atualizado em 11_10_2013
Autopista Planalto Sul	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Autopista Planalto Sul_valores atualizados até fevereiro_2016 • TAC Autopista Planalto Sul atualizado em 30_09_2013
Autopista Régis Bittencourt	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Autopista Régis Bittencourt_valores atualizados até fevereiro_2017 • TAC Autopista Régis Bittencourt atualizado em 30_09_2013
Rodovia Transbrasiliana	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Rodovia Transbrasiliana_valores atualizados até setembro_2016 • TAC Rodovia Transbrasiliana atualizado em 30_09_2013
Via Bahia	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Encerrado) Via Bahia_valores atualizados até janeiro_2015 • TAC Via Bahia atualizado em 29_11_2013
Rodovia do Aço	<ul style="list-style-type: none"> • (Plano de Ação Vigente) Rodovia do Aço_atualizado até agosto_2018 • TAC Rodovia do Aço
CRO	<ul style="list-style-type: none"> • TAC CRO

37. A respeito dessas repactuações de condições contratuais mediante termos de ajustamento de conduta, o Ministro Walton Alencar Rodrigues registrou em sua declaração de voto:

Outra situação em que é evidente a impossibilidade de desfazimento do processo de relicitação diz respeito aos casos em que o parceiro privado já firmou Termo de Ajustamento de Conduta para a cessação das irregularidades e não logrou cumprir o pactuado.

² Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/informacoes-gerais/tac-multas-e-planos-de-acao>; Acesso em 19/7/2023.

³ Idem.

Há também os casos em que o concessionário já demonstrou sua incapacidade em cumprir não só os compromissos originais da concessão, mas também as repactuações que ajustou com o poder concedente, havendo um ou mais TACs firmados e descumpridos, a bem evidenciar a impossibilidade material de se comprovar o interesse público na manutenção dessa parceria.

38. O que se vê é que o TAC tem sido utilizado como instrumento alternativo na tentativa de se verem cumpridas as obrigações assumidas no âmbito do contrato de concessão vigente, oriundo de um processo licitatório competitivo.

39. Registrei em meu voto, a título de informação, que há sete processos de relicitação em tramitação no TCU, entre os quais se encontram três contratos de concessões de infraestrutura rodoviária, descritos no quadro a seguir:

Quadro – Processos relacionados a relicitações de concessões rodoviárias em trâmite no TCU

Processo	Objeto	Concessionária	Contrato de Concessão	
			Assinatura	Prazo
008.508/2020-8	BR-040/DF/GO/MG (Trecho Brasília - Juiz de Fora)	Via040	12/3/2014	30 anos
016.420/2021-7	BR-163/MS	MSVia	12/3/2014	30 anos
005.373/2022-0	BR-060/153/262/DF/GO/MG	Concebra	31/1/2014	30 anos

40. Cumpre registrar que concessionárias que não cumpriram TAC e entregaram a concessão não poderão desistir da relicitação. Tampouco, o Poder Concedente poderá desfazer o processo de relicitação antecipadamente. Por outro lado, essa situação não atinge TACs que se exauriram ou que estão em cumprimento.

41. Nesse escopo, a fim de acolher a sugestão do revisor sobre o termo de ajustamento de conduta, proponho ajustar o texto da condicionante do subitem 9.2.3.1 da minuta de acórdão apresentada, com a necessária renumeração, na forma que se segue:

9.2.3. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:

9.2.3.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:

9.2.3.1.1. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;

9.2.3.1.2. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

42. Outro aspecto ressaltado pelo revisor, Ministro Walton Alencar Rodrigues, trata da cobrança pelo concessionário de tarifa adicional denominada como “excedente tarifário”, mencionado nos seguintes termos:

Veja-se, por exemplo, os casos em que o parceiro privado precisou cobrar uma tarifa adicional (excedente tarifário) para que fosse possível assegurar tão somente um mínimo de prestação do serviço público durante o processo de relicitação, até a assunção do novo concessionário.

Ora, se o concessionário, cobrando as tarifas que lhes foram permitidas no contrato, não é capaz sequer de manter condições mínimas do serviço, muito aquém do que poderia ser considerado serviço adequado, tendo que lançar mão da cobrança de tarifas extraordinárias, é absolutamente impossível que reste configurado interesse público na continuidade dessa concessão.

43. O excedente da receita tarifária ou excedente tarifário foi previsto no art. 11, inciso III, do Decreto 9.957/2019 (regulamento da Lei 13.448/2017), nos seguintes termos:

Art. 11. Serão descontados do valor calculado pela agência reguladora competente, a título de indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados vinculados ao contrato de parceria, de que trata o inciso VII do § 1º do art. 17 da Lei nº 13.448, de 2017:

(...)

III - o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado originário em razão da não contabilização do impacto econômico-financeiro no valor da tarifa decorrente da suspensão das obrigações de investimentos não essenciais no momento da celebração do termo aditivo. (sublinhei)

44. Entendo que a sugestão do nobre revisor, Ministro Walton Alencar Rodrigues, no sentido de que a possibilidade de encerramento do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que o concessionário não tenha cobrado excedente tarifário, estaria na contramão do disposto no art. 11, inciso III, do Decreto 9.957/2019. Isso porque a cobrança está sendo efetivada com amparo nesse normativo, conforme os termos do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário (relator Ministro Jorge Oliveira). Vejamos.

45. A matéria sobre excedente tarifário foi objeto de apreciação por este TCU, nos termos do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário (relator Ministro Jorge Oliveira), que tratou de Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos relativos ao encerramento do contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG, objeto de processo de relicitação nos termos da Lei 13.448/2017. Passo a destacar excertos do relatório, voto e acórdão sobre essa temática:

Relatório:

551. O aditivo de relicitação instituiu as quantidades “Tarifa Praticada” e “Tarifa Calculada”, correspondentes ao valor cobrado dos usuários (R\$ 5,30) e ao valor calculado como necessário para remunerar a concessionária pelos serviços prestados (R\$ 2,54), respectivamente, sendo a diferença desses montantes o chamado “Excedente Tarifário”. (...)

(...)

585. O valor desse excedente apurado deverá ser ressarcido ao final da relicitação mediante compensação com a indenização calculada pelo verificador independente ou restituída ao Poder concedente no processo de haveres e deveres, corrigido pelo índice correspondente à variação do IPCA e a taxa do fluxo de caixa marginal.

(...)

Voto:

33. Acolho a proposta da unidade técnica, pelos próprios fundamentos, no sentido de determinar à ANTT que, no cálculo do excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija: (i) as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente; e (ii) o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022.

(...)

170. Conforme apontou a Auditoria Especializada, o excedente tarifário decorrente do 1º TA é da ordem de R\$ 590 milhões, para o período de 1002 dias, entre o início do aditivo de relicitação, em 20/11/2020, e o seu término previsto para 19/8/2023. Cabe destacar que este excedente tarifário decorre da diferença entre a tarifa estabelecida (R\$ 2,54), que foi reduzida em relação à tarifa obtida no certame em vista do atraso de investimentos, e a tarifa efetivamente arrecadada (R\$ 5,30).

171. (...). A justificativa para essa antecipação é a necessidade de dotar a contratada de liquidez para fazer frente aos investimentos essenciais para manutenção da rodovia em condições de utilização.

(...)

Acórdão:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, com relação à pretendida concessão da BR-040/495/MG/RJ:

9.1.1. no cálculo do montante associado ao excedente tarifário, a ser subtraído do valor da indenização pelos bens reversíveis para a obtenção do montante ressarcido, corrija:

9.1.1.1. as fórmulas de aplicação da taxa de juros (TIR) nos valores arrecadados anualmente, em respeito ao inciso III do art. 11 do Decreto 9.957/2019 e à cláusula 5.4 do 1º aditivo ao contrato de concessão da Via040 (Seção II.1 do Voto);

9.1.1.2. o valor considerado para a tarifa calculada a partir da data de vigência do aumento resultante da Deliberação-ANTT 383/2022 (Seção II.1 do Voto);

(...)

9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, com relação ao processo de relicitação do contrato de concessão atualmente vigente da BR-040/DF/GO/MG – Concessionária Via 040:

(...)

9.2.3. promova o abatimento ao montante indenizável dos valores relativos ao excedente tarifário vigente entre a data 10/10/2018 e a celebração do 1º Termo Aditivo, caso eventual decisão definitiva de juízo arbitral ou judicial, proferida anteriormente à publicação do edital da futura concessão, reconheça o direito do Poder Concedente frente à atual contratada, nos termos do § 2º do art. 15 da Lei 13.448/2017 (Seção II.3.4 do Voto);

(...)

9.4. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), de que, com relação aos processos de relicitação em geral, regidos pela Lei 13.448/2017:

(...)

9.4.7. permitir, quando os valores antecipados via excedente tarifário possam superar o montante da futura indenização, o pagamento de excedente tarifário desacompanhado do oferecimento de garantia que, fundamentadamente, entender ser a mais efetiva, em cada caso, para resguardar, com relativo grau de segurança, a parcela dos valores antecipados ao concessionário via excedente tarifário que superarem o montante estimado da futura indenização pelos bens reversíveis infringe o inciso VII, do § 1º, do art. 17 da Lei 13.448/2017 e o inciso I do art. 11 do Decreto 9.957/2019 (Seções II.3.5 e V do Voto);

46. Observa-se, portanto, que a temática sobre excedente tarifário teve contornos definidos, nos termos do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário (relator Ministro Jorge Oliveira), o que não afasta o aprofundamento da matéria em virtude de esse tema ser também objeto de exame em outros processos deste TCU: TC 005.486/2021-1 (relator Ministro Bruno Dantas), concessão já extinta da BR-116/RJ/SP – NovaDutra; e TC 006.189/2022-9 (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues), concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG – Concebra, em processo de relicitação.

47. No entanto, a preocupação dos Ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus chamou minha atenção para outro aspecto: a tarifa básica de pedágio ofertada nos leilões de concessões de infraestrutura rodoviária federal e o valor de outorga oferecida nos leilões de concessões de infraestrutura aeroportuária. Isso porque a tarifa básica de pedágio e a outorga foram os critérios estabelecidos para julgamento das propostas dos licitantes à época dos respectivos certames dentro de um ambiente competitivo. E não podemos esquecer dos investimentos obrigatórios e do risco do negócio assumidos contratualmente pelos concessionários.

48. No setor rodoviário, o resultado obtido nos leilões foi a menor tarifa básica de pedágio em razão do deságio ofertado à época. Essa tarifa compõe a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, de maneira que esse equilíbrio deve ser mantido ao longo da duração do contrato.

49. No setor aeroportuário, o resultado obtido nos leilões foi o maior valor de outorga em decorrência do ágio ofertado à época. Esse valor de outorga compõe a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, de modo que esse equilíbrio deve ser mantido ao longo da duração do contrato.

50. Assim sendo, uma eventual repactuação das condições contratuais não pode servir de azo para descaracterizar o contrato de concessão oriundo de certame competitivo.

51. Acerca da repactuação, o Ministro Jhonatan de Jesus ressaltou que: (...) cabe rememorar que o art. 4º, inciso III, da Lei 13.448/2017 prevê que a relicitação poderá dar origem a um “**novο ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação** promovida para esse fim” (grifos acrescidos pelo revisor).

Ou seja, a desistência do Poder Concedente em dar continuidade ao processo de relicitação não deve possibilitar a renegociação ampla com base em novas condições que dê origem a um novo ajuste negocial.

No caso de desistência, entendo que o Poder Concedente estaria limitado a – diante das circunstâncias atuais e da eventual materialização de incertezas e de riscos inerentes a contratos de longuíssimo prazo (até 35 anos) – rever as obrigações do contratante e do contratado, bem como as soluções para recompor o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, observando as diretrizes da matriz de riscos inicialmente acordada, o que poderia/deveria ser feito inclusive nos contratos com concessionárias adimplentes, com o intuito de obedecer ao princípio da isonomia e de manter os mecanismos de incentivos regulatórios adequados para aprimorar a qualidade dos serviços a preços módicos para os usuários e/ou a custos otimizados para o Estado.

(...)

De maneira a contribuir para a descrição dos critérios balizadores, sugiro ao ministro relator que **inclua, entre eles, com os ajustes pertinentes na redação do subitem 9.2.3.4, que o novo aditivo não poderá configurar desnaturação do objeto do contrato de parceria, devendo ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro e a vinculação ao instrumento convocatório da licitação correspondente.** (grifos no original)

52. E, nesse sentido, o Ministro Jhonatan de Jesus sugere ajustes no subitem 9.2.3.4 da minuta de acórdão, nos seguintes termos:

9.2.3.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução, em prazo razoável, para o **equacionamento das novas condições que não resulte na desnaturação do objeto contratual, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro, a vinculação ao instrumento convocatório e a observância** aos princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato de concessão vigente que fundamentou a matriz de riscos, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019. (grifos no original)

53. Concordo com os nobres revisores de que eventual renegociação/repactuação entre Poder Concedente e concessionários **não pode alterar as premissas que sustentam o critério de julgamento das licitações realizadas**, ou seja, a tarifa básica de pedágio, no caso do setor rodoviário, e o valor de outorga, no caso do setor aeroportuário, obtidos nos respectivos leilões, pois alterar tais premissas afrontará o ordenamento jurídico em vigor, em especial o disposto nos arts. 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal.

54. Neste ponto, reporto-me ao item 105 do voto que apresentei na Sessão Plenária de 5/7/2023:

105. Ressalto que a necessidade de pactuação ou formalização de um novo termo aditivo seja de comum acordo e amigável entre as partes. Ainda, tendo em vista que se trata de um novo acordo em que pode vir a ser modificada a configuração do contrato de concessão vigente, em termo de perfil de pagamento de outorga, de demanda e de investimentos, entre outras medidas, a perdurar pelo prazo contratual remanescente, considero que **a preservação da equação econômico-financeira e da matriz de riscos** originais, sugeridas pelo diretor da subunidade técnica e pelo MPTCU, pode ser traduzida como: **a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e a manutenção dos princípios norteadores** adotados na alocação de riscos do contrato vigente que fundamentou a matriz de riscos.

55. Os contratos de concessão vigentes possuem cláusulas específicas sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira que sempre que forem atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, os contratos de concessão preveem meios, critérios e princípios para a recomposição, entre outros aspectos.

56. Nesse escopo, **a repactuação das condições de contratos de concessão vigentes não pode servir para rasgar o atual contrato oriundo de processo licitatório competitivo para substituí-lo por um novo contrato sem licitação.**

57. Portanto, para afastar eventuais dúvidas, proponho ajustar o texto da condicionante descrita no subitem 9.2.3.4 da minuta de acórdão apresentada, com a devida renumeração, incorporando a sugestão dos nobres revisores, Ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus, conforme se segue:

9.2.4.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, de solução para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, garantindo-se a vinculação ao instrumento convocatório, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a alocação de riscos anteriormente pactuada, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

58. Além disso, acolho também a sugestão do Ministro Jhonatan de Jesus de proceder à substituição do termo “acordo” (ou “novo acordo”) por “novo termo aditivo” nos subitens 9.2.3.6, 9.2.3.7, 9.2.3.8, 9.2.3.9 e 9.2.3.13, a fim de manter o padrão terminológico adotado no subitem 9.2.4.4, acima transcrito.

59. Por fim, apresento quadro comparativo com as mudanças promovidas nos respectivos subitens em razão das pertinentes sugestões dos revisores, mantendo-se os demais subitens com os textos originais, observando-se a devida renumeração:

Minuta de Acórdão	Sugestão dos revisores	Consolidação sugerida
9.2. responder aos consulentes que:	9.2. responder aos consulentes que:	9.2. responder aos consulentes que:
9.2.1. o caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário) de adesão ao processo de relicitação e, por conseguinte, não atinge o Poder Concedente, conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;		9.2.1. o caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário), conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;
	9.2.1. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode, unilateralmente, se retratar ou revogar o ajuste;	9.2.2. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;
9.2.2. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento	9.2.2. a impossibilidade de alteração unilateral do acordo de relicitação não obsta a decretação de sua nulidade, caso identificada irregularidade na condução do	9.2.3. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, não

Minuta de Acórdão	Sugestão dos revisores	Consolidação sugerida
disposta no Decreto 9.957/2019, devem ser verificadas pelo Poder Concedente, incluindo eventual constatação de ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação, situação que, se verificada, conduz à nulidade do correspondente termo aditivo da relicitação;	processo, nem afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;	obstam a decretação de sua nulidade, caso identificada ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação;
9.2.3. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, por iniciativa própria do Poder Concedente, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:	9.2.3. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:	9.2.4. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:
	9.2.3.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:	9.2.4.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:
	9.2.3.1.1. não ter cobrado excedente tarifário para viabilizar a prestação mínima do serviço durante o processo de relicitação;	
	9.2.3.1.2. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;	9.2.4.1.1. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;
9.2.3.1. o contratado (concessionário) manifeste formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (... – Lindb);	9.2.3.1.3. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (... – Lindb);	9.2.4.1.2. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);
9.2.3.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento das novas condições, em prazo razoável, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e mantendo-se os princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato de concessão vigente que fundamentou a matriz de riscos, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;	9.2.3.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, concomitantemente à desconstituição do processo de relicitação e em substituição ao termo aditivo até então vigente, de solução para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, das obrigações de investimento e dos níveis de prestação de serviço pactuados originalmente, adaptando-os para levar em consideração o período em que essas obrigações estiveram suspensas, garantindo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a alocação de riscos anteriormente pactuada, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se	9.2.4.4. a formalização, mediante novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, garantindo-se a vinculação ao instrumento convocatório, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a alocação de riscos anteriormente pactuada, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso

Minuta de Acórdão	Sugestão dos revisores	Consolidação sugerida
	encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;	antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;
9.2.3.6. a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um eventual acordo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;	9.2.3.6. a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;	9.2.4.6. a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;
9.2.3.7. a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de eventual acordo, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, <i>caput</i> , e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do acordo, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;	9.2.3.7. a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, <i>caput</i> , e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;	9.2.4.7. a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, <i>caput</i> , e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;
9.2.3.8. a aderência do novo acordo à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da	9.2.3.8. a aderência do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em	9.2.4.8. a aderência do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993,

Minuta de Acórdão	Sugestão dos revisores	Consolidação sugerida
Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;	observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;	no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;
9.2.3.9. a inclusão, no novo acordo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de: 9.2.3.9.1. (...); 9.2.3.9.2. (...);	9.2.3.9. a inclusão, no novo termo aditivo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de: 9.2.3.9.1. (...); 9.2.3.9.2. (...);	9.2.4.9. a inclusão, no novo termo aditivo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de: 9.2.4.9.1. (...); 9.2.4.9.2. (...);
9.2.3.13. os estudos de vantajosidade e o eventual acordo firmado deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017;	9.2.3.13. os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017;	9.2.4.13. os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017;

Com essas considerações, voto para que seja aprovada a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 2 de agosto de 2023.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 1593/2023 – TCU – Plenário

1. Processo TC 008.877/2023-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta.
3. Interessado: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP).
4. Órgãos: Ministério de Portos e Aeroportos e Ministério dos Transportes.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Primeiro revisor: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
- 5.2. Segundo revisor: Ministro Jhonatan de Jesus.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva (manifestação oral).
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação (AudRodoviaAviação).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Ministro de Estado de Portos e Aeroportos, Márcio Luiz França Gomes, e pelo Ministro dos Transportes, José Renan Vasconcelos Calheiros Filho, acerca da interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. conhecer da consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, *caput*, inciso VI, e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. responder aos consulentes que:

9.2.1. o caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário), conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;

9.2.2. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;

9.2.3. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, não obstam a decretação de sua nulidade, caso identificada ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação;

9.2.4. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:

9.2.4.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:

9.2.4.1.1. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;

9.2.4.1.2. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

9.2.4.2. a demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade, destacando-se, em especial, os objetivos e os princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 13.334/2016, o princípio da continuidade da prestação

do serviço público, estabelecido no art. 13 da Lei 13.448/2017, e o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

9.2.4.3. a desqualificação do empreendimento, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 1º, inciso I, e § 2º, da Lei 13.334/2016, e no art. 7º, *caput*, do Decreto 9.957/2019;

9.2.4.4. a formalização de novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, mantendo-se, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

9.2.4.5. a eventual reprogramação de pagamentos de contribuição devida ao Poder Concedente, caso adotada, deve ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais que, entre outros aspectos, assegure o restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (ou eventual parcelamento), e leve em consideração a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas e a quitação (ou eventual parcelamento) de multas contratuais e/ou moratórias ainda pendentes, observando-se a aplicação do disposto no subitem 9.2.4.9.1 deste acórdão no caso das multas em litígio, e, no caso de postergação de pagamentos, preveja a anuência prévia do Ministério da Fazenda;

9.2.4.6. a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;

9.2.4.7. a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, *caput*, e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;

9.2.4.8. a aderência do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;

9.2.4.9. a inclusão, no novo termo aditivo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de:

9.2.4.9.1. renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário;

9.2.4.9.2. de impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação;

9.2.4.10. a avaliação acerca de incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias, no âmbito do estudo de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação, tendo em vista os termos do art. 34 da Lei 13.448/2017 e, no caso específico do setor aeroportuário, as diretrizes para ações estratégicas voltadas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil);

9.2.4.11. a avaliação de utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade para fins de garantia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria relacionados aos setores de que trata a Lei 13.448/2017, conforme dispõe seu art. 24;

9.2.4.12. a avaliação da repercussão sobre as receitas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), tendo em vista ser acionista relevante com 49% de participação no capital social de Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com procedimento de relicitação em curso, no âmbito dos estudos de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação ante a possibilidade facultada ao Poder Concedente de prever indenização do novo concessionário à Infraero, haja vista o disposto nos arts. 14, § 2º, inciso IV, 17, 16, incisos I e II, e 23, todos da Lei 13.448/2017, e no art. 3º, inciso IV, do Decreto 9.957/2019;

9.2.4.13. os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017;

9.3. encaminhar cópia deste acórdão ao Ministério de Portos e Aeroportos e ao Ministério de Transportes;

9.4. anexar cópia deste acórdão aos processos (TCs): 008.508/2020-8, 009.470/2020-4, 028.391/2020-9, 016.420/2021-7, 005.373/2022-0, 009.697/2023-3 e 014.498/2023-5;

9.5. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que constitua grupo de trabalho, a fim de que, no prazo de 90 (noventa) dias, proponha a este Tribunal, caso necessário, a atualização da Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União (IN-TCU) 81/2018, propondo à Presidência do TCU que fixe, em razão desta consulta, a competência do Ministro Vital do Rêgo para presidir a matéria por prevenção a este processo, com base nos artigos 9º e 17 da Resolução-TCU 346/2022;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão à Segecex, tendo em vista as medidas consignadas nos subitens 9.8 do Acórdão 8/2023-TCU-Plenário e 9.5 e 9.5.6 do Acórdão 752/2023-TCU-Plenário;

9.7. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 33 da Resolução-TCU 259/2014.

10. Ata nº 31/2023 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/8/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1593-31/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (1º Revisor), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Vital do Rêgo (Relator), Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus (2º Revisor).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

Proc. TC-008.877/2023-8
Consulta

Pronunciamento

Ao tempo em que enalteço a percuciente análise levada a efeito pelo eminente Ministro Relator Vital do Rêgo, embasada em grande parte nas fundamentadas manifestações da subunidade e do membro do *Parquet* que atuou nos autos, Procurador Rodrigo Medeiros de Lima, gostaria de deixar registradas algumas relevantes considerações que, com as devidas vênias, inclinam-me a endossar, em essência, a proposta formulada pelo auditor responsável pela instrução do processo, com a anuência da titular da unidade técnica.

2. A presente consulta, formulada pelos Ministros de Estado de Portos e Aeroportos e dos Transportes, traz duas indagações ao Tribunal, quais sejam:

- a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irreatável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?
- b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?

3. Pode-se entrever, da consulta, que os questionamentos têm como objetivo final permitir que os atuais contratos de concessão sejam repactuados em novas bases a serem assentadas concomitantemente ao encerramento do processo de relicitação:

6. Entretanto, é preciso compreender a postura da Administração em uma conjuntura em que as condições econômicas ou regulatórias se modifiquem e a alteração do contrato de concessão (desistência ou não da relicitação) se justifique. Seria possível, então, o encerramento do processo de relicitação, mediante novo aditivo e a retomada do contrato de parceria por iniciativa do Poder Público? (...)

9. Desta maneira, nos resta claro que não há vedação legal que impeça a Administração Pública de rever a gestão do ativo concedido, mediante a celebração de um novo acordo, ante a solução dos aspectos operacionais e econômico-financeiros do contrato de parceria, possibilitando a prestação adequada do serviço público, atendendo, assim, ao interesse público.

4. É importante rememorar que o Governo Federal já buscou, pela via legislativa e sem sucesso, viabilizar a permanência das atuais concessionárias mediante reprogramação de investimentos, quando editou a Medida Provisória n.º 800, de 18/9/2017, a qual estabelecia o seguinte:

Art. 1.º A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT poderá realizar, de comum acordo com as concessionárias, a reprogramação de investimentos em concessões de rodovias federais cujos contratos prevejam concentração de investimentos em seu período inicial, uma única vez, observadas as diretrizes estabelecidas nesta Medida Provisória e na regulamentação específica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, que definirá os termos e as condições para: (...)

I – a reprogramação dos investimentos originalmente assumidos por meio de contrato, observadas as exigências de nível de serviço e os parâmetros técnicos estabelecidos no edital e refletidos no contrato; e

II – a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, por meio de aplicação:

- a) de redutor tarifário, que incidirá somente após encerrado o novo cronograma de investimentos acordado;
- b) da redução do prazo de vigência do contrato; ou
- c) da combinação dos critérios a que se referem as alíneas “a” e “b”.

§ 1.º A concessionária poderá manifestar interesse em aderir à reprogramação de investimentos de que trata o caput no prazo de um ano, contado da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 2.º O prazo máximo para a reprogramação do cronograma de investimentos originalmente assumido será de quatorze anos e estará condicionada, em cada caso, à demonstração da sustentabilidade econômico-financeira do empreendimento até o final da vigência da concessão, após a aplicação das alternativas a que se referem o inciso II do caput.

§ 3.º Manifestado o interesse da concessionária em aderir à reprogramação de que trata o § 1.º, as partes firmarão, na sequência, aditivo contratual que discipline a suspensão das obrigações de investimento vincendas e das multas correspondentes e as condições em que os serviços continuarão sendo prestados, até que seja firmado o termo de reprogramação de investimentos, conforme ajustado entre as partes e conforme as condições e prazos estabelecidos nesta Medida Provisória.

§ 4.º A suspensão das obrigações de investimento vincendas e das multas correspondentes cessará caso, por qualquer motivo, não seja firmado o termo de reprogramação de investimentos e serão aplicados os reajustes e as correções previstos originalmente nos contratos de concessão.

§ 5.º O cálculo do redutor tarifário referido na alínea “a” do inciso II do caput será realizado com base no valor presente que seria descontado caso houvesse aplicação imediata do mecanismo redutor previsto no contrato.

§ 6.º A reprogramação de que trata o inciso I do caput priorizará a realização de investimentos em trechos para os quais houver maior concentração de demanda, conforme critérios técnicos adotados pela ANTT.

§ 7.º Após firmado o termo de reprogramação de investimentos, a concessionária não poderá pleitear a relicitação prevista no Capítulo III da Lei n.º 13.448, de 5 de junho de 2017.

§ 8.º Do termo de reprogramação de investimentos constará obrigatoriamente o novo cronograma de investimentos pactuado, cujo descumprimento de qualquer das etapas acarretará a incidência das sanções contratuais e legais.

5. Muito embora a MP n.º 800/2017 tenha caducado, o que sinaliza que o Poder Legislativo da época não era favorável à renegociação – diferentemente do que ocorreu em relação à relicitação –, resta claro que uma repactuação profunda de um contrato de concessão demanda o estabelecimento de balizas legais que indiquem: i) as condições para a reprogramação dos investimentos originalmente assumidos; ii) os parâmetros técnicos e limites que deverão ser observados – a exemplo do nível de serviço; iii) os critérios para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; iv) os prazos envolvidos; v) o tratamento a ser dado às sanções existentes; vi) as providências a serem tomadas em caso de novo descumprimento; além de outras disposições necessárias.

6. A própria Lei n.º 13.448, de 5/6/2017, também traz definições acerca do termo aditivo a ser celebrado com vistas à futura relicitação do contrato de parceria:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a aderência irrevogável e irretroatável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei;

II - a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento;

III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

II - a previsão de pagamento, diretamente aos financiadores do contratado original, dos valores correspondentes às indenizações devidas pelo órgão ou pela entidade competente nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei.

§ 2º As multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º deste artigo, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente.

§ 3º O pagamento ao anterior contratado da indenização calculada com base no § 2º deste artigo será condição para o início do novo contrato de parceria.

§ 4º O procedimento de cálculo a que se refere o § 3º deste artigo e sua conferência não obstam o processo licitatório de que trata o art. 13 desta Lei, nos termos de regulamento. (Incluído pela Lei nº 14.368, de 2022)

§ 5º Caso o valor inicial ofertado a título de outorga, na sessão de leilão da relicitação, seja menor que o valor do pagamento, ao anterior contratado, da indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, a União custeará a diferença, observadas as regras fiscais e orçamentárias. (Incluído pela Lei nº 14.368, de 2022)

7. Tais renegociações são de tal modo delicadas e suscetíveis a questionamentos futuros, que a regulamentação da Lei n.º 13.448/2017 ocorreu mais de dois anos depois, com a edição do Decreto n.º 9.957, de 6 de agosto de 2019.

8. Nesse sentido, a unidade técnica acertadamente destaca a necessidade de se observar o princípio da legalidade na resposta à consulta formulada:

13. Considerando o argumento dos consultentes de que “não há vedação legal que impeça a Administração Pública”, cabe trazer a conceituação do princípio da legalidade do art. 37, caput, da Constituição e que norteará a presente instrução:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. **A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito.** É o que diz o inc. 1 do parágrafo único do art. 22 da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o Administrador público significa "deve fazer assim".**

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos **não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.** Por outras palavras, **a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe.** Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016)

9. Desse modo, com base na legislação vigente e sem adentrar nas competências próprias do Poder Legislativo, a unidade técnica apresenta a resposta possível ao segundo questionamento, a saber:

b) Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, § 1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente.

10. A segunda indagação, no contexto em que foi formulada, coloca o Tribunal de Contas da União, a nosso ver, indevidamente, no papel que incumbe ao Poder Legislativo, de estabelecer o regramento para uma repactuação contratual que se desenha como alternativa à relicitação dos contratos de concessão.

11. Afigura-se temerário o Tribunal ocupar o vácuo legislativo deixado após a edição da MP n.º 800/2017, que não chegou a ser convertida em lei, especialmente diante dos riscos envolvidos em repactuações contratuais de grande envergadura e dos princípios constitucionais e legais que serão possivelmente flexibilizados em prol de tais medidas.

12. Ao contrário da relicitação, que resulta na realização de um novo procedimento competitivo a partir do qual as novas condições estabelecidas para a prestação de serviço adequado no ativo devolvido serão ofertadas ao mercado, em ambiente de ampla concorrência, excluindo-se a participação

apenas da empresa que não adimpliu suas obrigações anteriormente; a negociação sob consulta visa à celebração de um novo contrato de concessão justamente com a empresa que não apresentou um desempenho satisfatório prévio –concessão a caminho da extinção por caducidade –, e em condições não ofertadas a outras empresas interessadas, sem qualquer respaldo legal para tanto. Ou seja, o que se está a propor é a antítese da relicitação.

13. O dever de licitar, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, assume relevo ainda maior em se tratando da concessão de serviços públicos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

14. Deixar de proceder à regular licitação de um ativo já qualificado para essa finalidade à luz do arcabouço legal vigente, em especial da Lei n.º 13.448/2017, para renegociá-lo, em ambiente não competitivo e sem amparo legal, com empresa que não vinha atendendo às disposições contratuais ou que foi incapaz de adimplir as obrigações assumidas originalmente não parece ser medida razoável nem passível de regramento por parte do Tribunal.

15. Não se trata, por certo, de promover pequenos ajustes nos contratos de concessão vigentes, medida que se coaduna com a mutabilidade dos contratos de concessão e com as atribuições das agências reguladoras de gerí-los e promover os ajustes pertinentes, mas de celebrar avenças totalmente distintas daquelas regularmente licitadas e originalmente pactuadas entre as partes.

16. As concessões rodoviárias celebradas em 2014, por exemplo, deveriam ter promovido as duplicações necessárias no prazo de cinco anos a partir da assunção dos trechos, mas pouco mais de 10% do total das ampliações – correspondentes ao mínimo necessário para o início da cobrança de pedágio -, foram entregues pela maioria das empresas, salvo, possivelmente, a concessão da BR-050/GO/MG.

17. Quase dez anos depois, reprogramar as duplicações pelo prazo restante – como se buscou, sem sucesso, pela via legislativa – ou até mesmo suprimir grande parte ou a quase totalidade dessas obrigações –o que nem se cogitou à época da edição da MP n.º 800/2017 – ou substituí-las por outras que não estavam previstas inicialmente, sem amparo legal, é providência que vai muito além do que se possa imaginar quanto à possibilidade de alterar contratos de concessão.

18. O Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, em Voto proferido no TC 014.689/2014-6, apresentou ressalvas importantes quanto à mutabilidade dos contratos de concessão e quanto aos riscos envolvidos nessas negociações:

Uma das características mais marcantes dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração do seu objeto ou as condições de sua execução, para realizar da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta. Não se pode desprezar o interesse público que motivou sua celebração, muito menos desvirtuá-lo, a ponto de nele já não se reconhecer o que fora originalmente licitado.

Nesse sentido, os excertos a seguir, extraídos do texto “Concessão Rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimo de obras a pedido do poder público. Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Possibilidades e limites”, de Luis Roberto Barroso:

“É fácil perceber que a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório.” “A regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, vêm com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar. ()

19. Há inúmeros processos em que o Tribunal detectou irregularidades nas alterações contratuais posteriores à celebração dos ajustes. Além do TC 014.689/2014-6 (BR-040/MG/RJ), pode-se mencionar

o TC 036.417/2016-5 (BR-060/153/262/DF/GO/MG), o TC 032.830/2016-5 (BR-163/MT) e o TC 032.829/2016-7 (BR-153/SP) como processos em que se materializaram os riscos apontados no parágrafo anterior, situação que recomenda uma atuação mais parcimoniosa do Tribunal, especialmente ao apontar caminhos e estabelecer balizas próprias da atuação legislativa.

20. Não se ignora, obviamente, que o TCU já deliberou anteriormente, em circunstâncias muito especiais, pela adoção de solução alternativa à relicitação - a exemplo do caso da BR-163/MT, em que houve a assunção do ativo por empresa de natureza pública. Em Voto recente, no TC 023.217/2015-4, o próprio Ministro Vital do Rêgo externou suas preocupações de que tal solução fosse inadvertidamente ampliada:

71. Nesse sentido, vejo que esta Corte permitiu, por meio do Acórdão 2.139/2022-Plenário, uma flexibilidade maior do termo de ajustamento de conduta da BR-163/MT, de maneira a incluir, também, cláusulas que interferissem no equilíbrio econômico-financeiro original do contrato. Deste modo, não viu óbices à prorrogação do contrato por 5 anos, e à manutenção da tarifa de pedágio sem os devidos descontos pelo atraso das obras e pelo valor arrecadado indevidamente pela concessionária. Também não impôs barreiras à suspensão dos processos administrativos sancionadores da agência em desfavor da empresa.

72. Sendo assim, este Tribunal autorizou que o TAC transacionasse obrigações afetas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Logo, por coerência, deveria permitir que fossem também transacionados os desequilíbrios contratuais observados em decisões anteriores da própria Corte.

73. Até porque, caso contrário, estaria a impedir a eficácia desse acordo, cuja minuta foi anteriormente aprovada:

4.2. A eficácia do presente TAC fica sujeita às seguintes condições sucessivas e cumulativas: (...) v. o acolhimento, pelo Tribunal de Contas da União, dos requerimentos formulados pela ANTT, previstos no item vi da Cláusula Terceira.

[Cláusula Quarta - destaques inseridos]

vi. requerer ao Tribunal de Contas da União a autorização para a ANTT suspender, durante todo o período de execução do TAC, eventuais impactos econômico-financeiros decorrentes de determinações já exaradas ou ainda a ser proferidas nos Processos TC nº 032.830/2016-5 e 023.217/2015-4 e a respectiva autorização também para extinguir tais impactos após o efetivo cumprimento do TAC;

[Cláusula Terceira - destaques inseridos]

74. Logo, considerando a necessidade de harmonia entre os julgados, não vejo óbices a que esta Corte autorize a ANTT a suspender os efeitos econômico-financeiros dos subitens 9.5.1 e 9.5.3 do Acórdão 457/2022 durante o prazo de vigência do TAC, bem como extingui-los no caso de cumprimento integral do acordo.

75. Assim, caso haja descumprimento das obrigações do termo de ajustamento de conduta por parte da concessionária, mesmo que de forma parcial, a ANTT deverá adotar as providências determinadas nos subitens 9.5.1 e 9.5.3 mencionados acima, na revisão ordinária subsequente à constatação de inadimplemento.

76. Ressalto que o entendimento ora proposto decorre de duas características essenciais do caso em concreto. Primeiro, é a menção expressa, no termo de ajustamento de conduta, dos efeitos econômico-financeiros relativos às determinações contidas nestes autos. Assim sendo, o mesmo tratamento não deveria ser dado em relação a deliberações do Tribunal não contidas no acordo.

77. Segundo, é o fato de que o controle das ações da concessionária será assumido por uma empresa de natureza pública, conforme já esclarecido no Acórdão 2.139/2022-Plenário. Sendo assim, vejo óbices legais para a adoção dos mesmos termos nos casos em que a nova acionista seja uma empresa de natureza privada, especialmente por afronta aos princípios da moralidade, impessoalidade, e da isonomia entre os licitantes.

78. Reforço essa questão porque existem algumas iniciativas por parte da agência reguladora no sentido de estender os critérios adotados nos caso da BR-163/MT para outras concessões. Um exemplo disso é a minuta do RCR3 – Regulamento de Concessões Rodoviárias, que está em fase de audiência pública¹:

¹ Fonte:

<https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=528>

Art. 13. O regime de recuperação regulatória poderá abranger as seguintes medidas, entre outras necessárias à viabilização da concessão:

- I – reprogramação de obrigações vencidas e vincendas;
- II – antecipação ou diferimento de incidência de débitos e créditos acumulados;
- III – antecipação de receitas tarifárias;
- IV – suspensão dos atos de cobrança de multas aplicadas transitadas em julgado;
- V – suspensão da aplicação de novas penalidades pelo descumprimento de determinadas obrigações;
- VI – desconto de até 30% (trinta por cento) sobre o montante total de multas aplicadas;
- VII – prorrogação do prazo da concessão;
- VIII – transferência de controle societário da concessionária.

79. Diante disso, considero importante reforçar que a proposta ora submetida ao Plenário não serve como precedente para situações semelhantes que envolvam entidades privadas, por entender que a repactuação contratual, da magnitude acima sugerida, não encontra amparo nas leis vigentes quando envolve empresas dessa natureza.

80. Caso contrário, além de afrontar a ordem jurídica vigente, a agência estaria a oficializar uma postura leniente com os descumprimentos contratuais. Trata-se de um comportamento regulatório que em nada contribui com a segurança jurídica, com a criação de um ambiente administrativo íntegro, e com o atendimento aos anseios da sociedade.

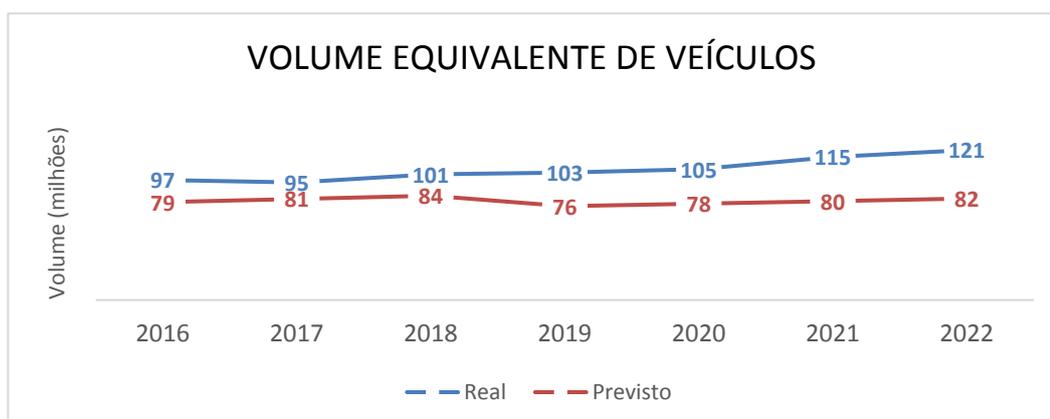
21. O Voto condutor do Acórdão n.º 1111/2023-TCU-Plenário (BR-163/MT) sugere que o insucesso de uma concessão pode estar relacionado antes com as condições e/ou postura da concessionária do que propriamente com as crises econômicas que se abatem, de tempos em tempos, sobre nosso País, senão vejamos:

VI.1 – A Concessão da BR-163/MT

40. Primeiramente, é preciso destacar a importância da BR-163/MT para a matriz logística brasileira. Trata-se de uma via fundamental para o escoamento agrícola do Estado do Mato Grosso, que é responsável por cerca de 27% de toda a produção de grãos do país².

41. E toda essa crescente produção reflete no crescimento do tráfego na rodovia. Apenas em 2022, cerca de 27 milhões de veículos passaram nas praças de pedágio, sendo quase 60% de veículos comerciais³.

42. Trata-se de um número significativo, superior inclusive ao que havia sido estimado pelo Poder Concedente quando elaborou seus estudos de viabilidade. Ao compararmos o volume equivalente de veículos⁴ previsto inicialmente com aquele efetivamente observado (real), é possível notar essa diferença. O gráfico a seguir, feito por minha assessoria, retrata esse cenário.



Obs.: Volume real ajustado, incluídos os eixos suspensos.

Fonte: http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/2370/Lote_7.html
<https://dados.antt.gov.br/dataset/volume-trafego-equivalente-praca-pedagio>

² Fonte: <https://www.sedec.mt.gov.br/-/13895651-safra-de-graos>

³ Fonte: <https://dados.antt.gov.br/dataset/volume-trafego-praca-pedagio>

⁴ Volume total, ponderando-se o tipo e o número de eixos de cada veículo.

43. Como é possível notar, no ano de 2022, por exemplo, a quantidade equivalente de veículos foi 47% superior às estimativas iniciais.

44. Apesar da alta demanda, a execução de investimentos na rodovia se mostrou pífia nesse período, especialmente no trecho sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste. De acordo com o cronograma, 453,6 km de rodovias já deveriam estar duplicadas desde 2019 (5º ano de contrato), mas apenas 117,4 km foram concluídas. Também era prevista a execução de 27 km de vias marginais (somente 0,8 km foram entregues), de 43 interseções (só 9 foram construídas), de 11 passarelas de pedestres (apenas uma foi finalizada), de 6 postos de pesagem (só um construído), bem como a recuperação de 453,6 km de pistas existentes (apenas 78,2 km teriam sido realizados)⁵.

45. E esses inadimplementos foram percebidos **desde março de 2016**, época em que as obras foram paralisadas.

46. Desde então, o poder executivo liderou iniciativas no sentido de adiar os cronogramas e renegociar os contratos. Um exemplo disso é a autorização para reprogramar os investimentos por até 14 anos, feita pela Medida Provisória 800, de 18/9/2017. Em função dos riscos à segurança jurídica, a MP não foi convertida em lei, e acabou não surtindo efeitos práticos no contrato da BR-163/MT.

47. Devido à falta de providências efetivas por parte da ANTT em relação à inadimplência contratual da concessionária, esta Corte determinou uma série de medidas à agência, por meio do Acórdão 2.644/2019-Plenário (Relator Min. Bruno Dantas), entre as quais: o reequilíbrio econômico-financeiro, a execução das garantias contratuais, e a abertura de processo para a extinção antecipada da concessão, por caducidade.

48. Entretanto, devido a decisões judiciais e arbitrais liminares (peça 152), obtidas em 2020, a ANTT deixou de promover efetivamente o reequilíbrio econômico-financeiro pela não execução das obras. Ao final das contas, **a concessionária acabou arrecadando cerca de R\$ 753 milhões³ a mais do que deveria em todo esse período de inadimplemento**. E mais, a agência ficou impedida de aplicar penalidades à concessionária, inclusive a declaração de caducidade.

49. Posteriormente ao Acórdão 2.644/2019-TCU-Plenário, a ANTT autuou processo administrativo com vistas a apurar os inadimplementos da concessionária e assinar prazos para correção. Ao final desse processo, a concessionária não conseguiu regularizar suas pendências e, em 2021, a agência instaurou outro processo com vistas à declaração de caducidade.

50. Nesse período, outras iniciativas foram tentadas no sentido de que houvesse alguma solução de mercado, como a troca de controle acionário da concessão. Contudo, em razão da falta de atratividade financeira do negócio, essa solução acabou não prosperando. Isso porque existe um passivo regulatório expressivo causado pelo descumprimento do contrato, além da grande quantidade de obras e outros investimentos pendentes de execução. Diante desse insucesso, a concessionária requisitou a extinção amigável do contrato, em dezembro de 2021, nos termos da Lei 13.448/2017.

51. Ao longo de todo esse período, o que se observou, portanto, foi a paralisia dos investimentos na BR-163/MT. Como consequência, **o número de acidentes na rodovia aumentou expressivamente**. Em 2015, a ANTT registrou ao todo 3.224 ocorrências, com 1.372 vítimas, que vão desde ferimentos leves até óbito. Já em 2021, o número de acidentes atingiu seu auge, com 4.135 ocorrências (aumento de 28%), com 1.415 vítimas, **sendo 104 fatais⁶**.

52. A meu juízo, esses dados de acidentes são extremamente graves, e são explicados principalmente pela não realização das obras, pois os usuários estão sendo expostos a uma rodovia inadequada há vários anos, o que propicia acidentes graves, como colisões frontais, laterais e atropelamentos. Assim, ao deixar de duplicar a rodovia, construir uma interseção, ou uma passarela, por exemplo, quem sofre as consequências são os usuários, a ponto de pagar com a sua própria vida a inação dos órgãos e entidades responsáveis.

53. Assim, desde a interrupção das obras em março de 2016, o Estado, os usuários, e a sociedade como um todo vêm sofrendo os severos prejuízos causados pelo inadimplemento da concessão da BR-163/MT. Se por um lado a agência reguladora não fez cumprir o contrato, por falhas em sua atuação que remontam desde o início da concessão – como visto nos presentes autos –, por outro, um

⁵ Fonte: <https://portal.antt.gov.br/documents/498202/0/Voto+DDB+092-2022.pdf/e99aeacd-8672-6cfa-6b2e-f25b820dda23?t=1664976063423>

⁶ Fonte: <https://dados.antt.gov.br/dataset/acidentes-rodovias>

emaranhado de decisões liminares, judiciais e arbitrais, a impossibilitaram de adotar medidas efetivas de extinção antecipada do contrato.

54. Desse modo, apesar de os investimentos terem sido paralisados desde 2016, apenas em outubro de 2021 a ANTT iniciou processo tendente a extinguir o contrato por caducidade, e somente em dezembro de 2021 iniciou o processo de extinção amigável (relicitação).

55. Já no ano de 2022, a situação se agravou ainda mais, e considerando que a relicitação permitiria o retorno das obras apenas num cenário de médio prazo, a ANTT e o Governo do Estado do Mato Grosso iniciaram tratativas com vistas a agilizar a retomada das obras.

56. Ao final das discussões, a agência e a concessionária formularam uma proposta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que foi apreciada pelo TCU em processo de acompanhamento (TC 019.064/2022-5). Nos termos do Acórdão 2.139/2022-Plenário (Relator Min. Bruno Dantas), esta Corte não vislumbrou óbices à celebração do TAC, sem prejuízo de dar ciência de algumas impropriedades verificadas.

22. Assim sendo, retomar a execução contratual com a mesma empresa que se demonstrou inapta a cumprir suas obrigações originais se constitui em providência que não somente carece de permissivo legal, como também se mostra pouco razoável.

23. Nessa linha, ainda que se entenda que o caráter irrevogável e irretroatável da relicitação não se aplique ao Poder Concedente, a consequência legal, natural e imediata seria a retomada e/ou instauração do processo de caducidade, em analogia com o previsto no art. 20, § 1.º, da Lei n.º 13.448/2017, o que levaria ao paradoxo mencionado no Voto ora apresentado pelo eminente Ministro Vital do Rêgo:

97. Não faria sentido o Poder Concedente encerrar o procedimento de relicitação, fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei 13.448/2017, e dar prosseguimento ao processo de caducidade, pois estar-se-ia trocando a extinção amigável pela extinção litigiosa do contrato de parceria.

24. Em vista disso e ante todo o exposto, alinho-me à proposição principal da unidade técnica, no sentido de:

a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:

b.1) após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade;

b.2) após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente; e

c) arquivar o presente processo.

Ministério Público de Contas, 1.º de agosto de 2023.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral