

A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais

Autor: Luiz Fernando Ururahy de Souza

Orientador: Fernando Tavares Camacho

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

Jhonatan de Jesus

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)

DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo.

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação - NCOM/ISC



A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais

Luiz Fernando Ururahy de Souza

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

Orientador:

Prof. Dr. Fernando Tavares Camacho

Banca examinadora:

Davi Ferreira Gomes Barreto

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DE SOUZA, Luiz Fernando Ururahy. **A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais**. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Luiz Fernando Ururahy de Souza

TÍTULO: A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedido ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Luiz Fernando Ururahy de Souza
souzalf@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

Souza, Luiz Fernando Ururahy de.

A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais / Luiz Fernando Ururahy de Souza. – Brasília : Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, 2023.

88 f. – (Coletânea de Pós-Graduação. Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação; v. 1)

Orientador: Fernando Tavares Camacho.

Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, 2023.

1. Rodovia - concessão. 2. Concessão de serviços públicos - licitação. 3. Contrato administrativo - extinção. I. Título. II. Série.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Ruben Rosa

A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais

Luiz Fernando Ururahy de Souza

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 10 de julho de 2023.

Banca Examinadora:

Fernando Tavares Camacho
Orientador
International Finance Corporation

Davi Ferreira Gomes Barreto
Avaliador
Tribunal de Contas da União

Resumo

O Programa de Concessões de Rodovias Federais brasileiro, iniciado na década de 1990, encontra-se em sua quarta etapa. Cada uma apresenta características particulares relacionadas não só aos trechos leiloados e definição dos serviços a serem realizados, como também à modelagem dos contratos de concessão e às ferramentas da regulação a eles aplicadas. A execução dos contratos foi impactada em boa parte por essa diferenciação original. Ocorre que a 3ª etapa, com avenças iniciadas entre os anos de 2013 e 2015, em especial, foi malsucedida. Para tentar solucionar seus problemas foi sancionada a Lei nº 13.448/2017, com a criação do instituto da relicitação. Assim, o objetivo deste trabalho é, avaliar, até o momento, sua aplicação aos casos concretos de rodovias federais. A metodologia consiste em analisar os sete casos de requerimentos apresentados à agência reguladora e realizar crítica sobre a utilização dessa novel opção de encerramento antecipado de contratos. Para tanto, são apresentadas as principais motivações para o surgimento do instituto, abordando suas características à luz da legislação, descortinando-se a situação das concessionárias que já solicitaram sua aplicação com informações de trabalhos fiscalizatórios do TCU. Mostra-se como a agência reguladora tem enfrentado o assunto, dado seu ineditismo, realizando ao fim análise crítica da aplicação da relicitação, principalmente relacionada à demora na sua implementação, apresentando ao fim sugestões para seu aprimoramento.

Palavras-chave: Relicitação Rodovias. Contratos de concessão. Devolução amigável. Caducidade.

Abstract

The Brazilian Federal Highways Concessions Program, initiated in the 1990s, is in its fourth stage. Each one presents particular characteristics related not only to the auctioned sections and definition of services to be performed, but also to the modeling of concession contracts and the regulatory tools applied to them. The execution of contracts was largely impacted by this original differentiation. The third stage, with agreements initiated between 2013 and 2015, in particular, was unsuccessful. To try to solve its problems, Law nº 13.448/2017 was sanctioned, creating the institute of relicitation. Thus, the objective of this work is to evaluate, up to the moment, its application to concrete cases of federal highways. The methodology consists of analyzing the seven cases of requests presented to the regulatory agency and critiquing the use of this new option for early termination of contracts. To this end, the main motivations for the emergence of the institute are presented, addressing its characteristics in light of the legislation, revealing the situation of the concessionaires who have already requested its application with information from TCU's supervisory work. It is shown how the regulatory agency has dealt with the subject, given its novelty, and at the end a critical analysis of the application of relicitation is carried out, mainly related to the delay in its implementation, presenting suggestions for its improvement.

Keywords: Relicitation. Highways. Concession contracts. Friendly devolution. Expiry.

Lista de figuras

Figura 1 - Concessões da 2ª e 3ª Etapas	27
Figura 2 - Tempo (em meses) entre os atos formais do poder concedente	68
Figura 3 – Tipos de equilíbrio	77

Lista de quadros

Quadro 1 - Informações gerais sobre as concessões de rodovias federais.....	14
Quadro 2 - Inexecuções de obras obrigatórias nos contratos da 2ª etapa	28
Quadro 3 - Resultados dos indicadores de duplicação – 2ª e 3ª Etapas	30
Quadro 4 - Avanço das obras de duplicação da 3ª Etapa.....	31
Quadro 5 - Resultados dos indicadores de vias marginais – 2ª e 3ª Etapas.....	32
Quadro 6 - Resultados dos indicadores de faixas adicionais – 2ª e 3ª Etapas	32
Quadro 7 - Pedidos de Relicitação	47
Quadro 8 - Justificativas para a Relicitação x Análise da GEREFE.....	55
Quadro 9 - Atos do Poder Concedente	67
Quadro 10 - Concessões da 2ª etapa	75
Quadro 11 - Estimativas da ANTT acerca do valor líquido a ser ressarcido à Via 040.....	79

Lista de abreviaturas e siglas

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

Capex – *Capital Expenditure*

CIPRO – Coordenação de Instrução Processual

CN – Congresso Nacional

CPPI – Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos

CVT – Comissão de Viação e Transportes – Câmara dos Deputados

DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

EPL – Empresa de Planejamento e Logística

EVTE – Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica

EVTEA – Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental

FGIE – Fundo Garantidor de Infraestrutura

GECON – Gerência de Gestão Contratual Rodoviária

GEENG – Gerência de Engenharia e Meio Ambiente de Rodovias

GEFIR – Gerência de Fiscalização e Investimentos de Rodovias

GEGEF – Gerência de Gestão Econômico-Financeira

GEREF – Gerência de Gestão Econômico-Financeira de Rodovias

GERER – Gerência de Regulação Rodoviária

ISSAI – *International Standard of Supreme Audit Institutions* (Norma Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores)

MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MINFRA – Ministério da Infraestrutura

MP – Medida Provisória

MPTCU – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OAC – Obra de Arte Corrente

OAE – Obra de Arte Especial

PDRAE - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

PER – Programa de Exploração da Rodovia

PF-ANTT – Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres

PIB – Produto Interno Bruto

PPI – Programa de Parceiras de Investimentos

PR – Presidência da República

SEI – Sistema Eletrônico de Informações

SPE – Sociedade de Propósito Específico

SUCON – Superintendência de Concessão da Infraestrutura

SUINF – Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária

SUROD – Superintendência de Infraestrutura Rodoviária

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Sumário

1.	Introdução	14
2.	Problema de Pesquisa e Justificativa	19
3.	Objetivos.....	20
4.	Metodologia de pesquisa	21
5.	Revisão Bibliográfica.....	22
6.	Problemas das Concessões da 2ª e 3ª Etapas	27
6.1.	Processo TC 006.351/2013-1.....	28
6.2.	Processo TC 012.624/2017-9.....	29
6.3.	Processo TC 010.222/2019-7.....	33
7.	A Relicitação.....	36
7.1.	Lei nº 13.448/2017	36
7.2.	Decreto nº 9.957/2019.....	41
8.	Pedidos de Relicitação	47
9.	Tratamento dos Pedidos pelo Poder Concedente	49
9.1.	Via 040.....	49
9.2.	MS Via.....	54
9.3.	Concebra	57
9.4.	Autopista Fluminense.....	59
9.5.	Rota do Oeste	62
9.6.	Rodovia do Aço	64
9.7.	ECO101	66
9.8.	Resumo.....	66
10.	Análise e Sugestões de Aprimoramento	68
10.1.	Tempo de análise até qualificação	68
10.2.	Aplicabilidade da relicitação.....	73
10.3.	Relicitação da concessão da Via 040.....	77
10.4.	Sugestões de aprimoramento.....	81
11.	Conclusões.....	83
	Referências.....	87

1. Introdução

O Programa de Concessões de Rodovias Federais – Procrofe – teve início ainda na primeira metade da década de 1990, com a concessão de cinco trechos de rodovias no período de 1994 a 1998, conhecido como 1ª etapa (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018). Posteriormente, agregou-se a esse conjunto a concessão de trechos das rodovias BR-116/293/391/RS, conhecidos como polo rodoviário de Pelotas. Esse contrato, assinado originalmente em 1998 pelo Estado do Rio Grande do Sul, em decorrência da delegação dos trechos, retornou à União após denúncia do convênio e assinatura de contrato de rerratificação e sub-rogação da avença original pelo Ministério dos Transportes, com interveniência do DNER. Por meio de aditivos, este último foi ajustado para viabilizar a exploração das rodovias e transferido e sub-rogado para a ANTT. (TCU, 2004)

Em 2007 deu-se início à 2ª etapa do referido programa, dividida em duas fases. Na primeira foram concedidos sete conjuntos de trechos rodoviários. Já na segunda fase, em 2009, houve o leilão de mais um conjunto de trechos de duas rodovias federais e duas estaduais (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

Cabe observar o fato relevante de que no lapso entre as duas etapas foi criada a ANTT, ainda em 2001. A Lei nº 10.233/2001 delegou à novel autarquia “as tarefas de promover estudos de viabilidade de novas concessões e de determinação das tarifas de pedágio, criar e editar as normas do setor e de fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018. p. 24).

Assim, menos de dez anos após sua criação, a ANTT já estava responsável pela administração de catorze contratos de concessões rodoviárias, perfazendo extensão superior a 4.700 quilômetros de trechos de estradas distribuídos em sete estados.

A 3ª etapa teve início em 2011. Dividida em 3 fases, teve dois trechos concedidos na primeira, cinco na segunda e um na terceira.

O Quadro 1 apresenta informações sobre as concessões dessas três etapas.

Quadro 1 - Informações gerais sobre as concessões de rodovias federais

Etapa	Rodovia	Trecho	Concessionária	Extensão (km)	Prazo Inicial	Início da Concessão
1ª	BR-101/RJ	Ponte Rio-Niterói	CCR Ponte	13,20	20 anos	01/06/1995
	BR-116/SP/RJ	São Paulo – Rio de Janeiro	Nova Dutra	402,00	25 anos	01/03/1996
	BR-040/RJ/MG	Rio de Janeiro – Juiz de Fora	Concer	180,00	25 anos	01/03/1996

	BR-116/RJ	Rio de Janeiro – Além Paraíba/MG	CRT	142,50	25 anos	22/03/1996
	BR-290/RS	Porto Alegre – Osório	Concepa	121,00	20 anos	04/07/1997
	BR-116/RS BR-392/RS BR-293/RS	Polo Rodoviário de Pelotas/RS	Ecosul	551,50	15 anos ⁽¹⁾	30/11/1998
	Total Aproximado			1.410		
2ª	BR-116/PR/SC	Curitiba – Divisa SC/RS	Autopista Planalto Sul	413,00	25 anos	18/02/2008
	BR-116 SP/PR	São Paulo - Curitiba	Autopista Régis Bittencourt	402,00	25 anos	18/02/2008
	BR-116/PR BR-376/PR BR-101/SC	Curitiba - Florianópolis	Autopista Litoral Sul	405,90	25 anos	18/02/2008
	BR-381/SP/MG	São Paulo – Belo Horizonte	Autopista Fernão Dias	562,00	25 anos	18/02/2008
	BR-101/RJ	Rio de Janeiro – Divisa RJ/ES	Autopista Fluminense	320,00	25 anos	18/02/2008
	BR-153/SP	Divisa MG/SP – Divisa SP/PR	Transbrasiliana	321,00	25 anos	18/02/2008
	BR-393/RJ	Divisa MG/RJ – Entroncamento BR-116	Rodovia do Aço	200,00	25 anos	28/03/2008
	BR-116/BA BR-324/BA	Salvador – Divisa BA/MG	Via Bahia	680,00	25 anos	20/10/2009
Total Aproximado			3.300			
3ª	BR-101/ES/BA	Divisa ES/RJ – Divisa ES/BA	ECO101	475,90	25 anos	10/05/2013
	BR-050/GO/MG	Entroncamento BR-040 - Divisa MG/SP	ECO050 ⁽²⁾	436,60	30 anos	08/01/2014
	BR- 060/153/262 DF/GO/MG	Brasília – Goiânia – Entroncamento BR-153/262 – Belo Horizonte	Concebra	1.176,50	30 anos	05/03/2014
	BR-163/MS	Divisa MS/MT – Divisa PR/MS	MS Via	847,20	30 anos	11/04/2014

BR-040/DF/GO/MG	Brasília - Juiz de Fora	Via 040	936,80	30 anos	22/04/2014
BR-163/MT	Divisa MT/MS - Sinop	Rota do Oeste	850,90	30 anos	21/03/2014
BR-153/GO/TO	Entroncamento BR-060/153 - Aliança do Tocantins	Galvão	624,80	30 anos	31/10/2014
BR-101/RJ	Ponte Rio Niterói	Ecoponte	13,20	30 anos	01/06/2015
Total Aproximado			5.360		

(1) Prazo após sub-rogação à ANTT: 25 + 2,33 anos

(2) Antiga MGO Rodovias

Por fim, a quarta etapa teve início em 2018 com a concessão da chamada Rodovia de Integração do Sul – RIS – com trechos das BR-101/290/386/448, todas no Rio Grande do Sul (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES). Essa concessão incorporou o trecho da BR-290/RS que havia sido leiloado na 1ª etapa e cujo contrato havia chegado a termo. A etapa já conta com outros seis leilões encerrados, além da RIS.

Cada etapa apresentou características particulares relacionadas não só aos trechos leiloados e definição dos serviços a serem executados, como também à modelagem dos contratos de concessão e às ferramentas da regulação a eles aplicadas. Assim, a execução dos contratos foi impactada em parte por essa diferenciação original.

Para o presente trabalho, especial atenção recai sobre a 3ª etapa. Nesta, de forma resumida, o poder concedente continuou privilegiando a modicidade tarifária, como feito já na etapa anterior. Em adição, foram previstos vultosos investimentos de duplicação a serem realizados, na maioria dos casos, até o final do quinto ano de concessão. Para tal, visando explorar economias de escopo e escala, a extensão média das rodovias alcançou quase o dobro da 2ª etapa e mais de três vezes da 1ª. Dessa maneira, pesados investimentos a serem realizados em curto espaço de tempo e em trechos extensos limitaram a participação de firmas com lastro para enfrentar os desafios (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

Cabe salientar também que essas condições peculiares restringiram os trechos leiloáveis, uma vez que as rodovias precisariam de tráfego suficiente para tornar a operação economicamente viável e ainda respeitar a modicidade tarifária (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

Para fazer frente a esse desafio foi necessária a participação do BNDES por meio do oferecimento de financiamentos de longo prazo com taxas de juros reduzidas em relação às de mercado, como forma de garantir tarifas mais baixas e aportes expressivos de capital (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

Fato é que a 3ª etapa foi malsucedida. “A combinação de tráfego inferior ao projetado, lances agressivos sustentados por financiamento subsidiado do BNDES – o que, no caso das empresas envolvidas na Operação Lava Jato, não se consubstanciou – e compromisso de duplicar em cinco anos trechos de grande extensão conspirou para o fracasso dessa etapa” (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018. p. 36).

Em decorrência, a concessão da BR-153/TO/GO teve sua caducidade decretada em 2017. Outros seis contratos tornaram-se inadimplentes, com execução bem aquém da prevista inicialmente. Por exemplo, decorridos mais de oito anos de início dos contratos, a maioria das concessionárias executou pouco mais de 10% dos investimentos de ampliação de capacidade, necessários para o início da cobrança dos pedágios.

Face a esse panorama indesejável, o Governo Federal encaminhou ao CN a proposta de medida provisória – MP – nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, criando o instituto da relicitação. Conforme aduzido na exposição de motivos elaborada por ocasião de envio do texto ao Presidente da República, seria uma alternativa à extinção por caducidade prevista na Lei nº 8.987/1995, como forma de “sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável” (PALÁCIO DO PLANALTO).

Apesar de não haver menção expressa na aludida exposição de motivos, é forçoso reconhecer que o remédio foi criado para tentar resolver os problemas da 3ª etapa de concessões. No entanto, não houve qualquer delimitação de sua aplicação a esses casos, podendo ser utilizado de forma irrestrita e perene para quaisquer contratos, tendo em vista o texto da Lei, que somente condicionou a utilização à prévia qualificação do empreendimento no PPI.

Após a regulamentação da Lei nº 13.448/2017 por meio do Decreto nº 9.957/2019, já houve sete pedidos de relicitação apresentados por empresas exploradoras de rodovias federais. Desses, cinco são concessões da 3ª etapa e duas da 2ª etapa, que apesar de considerada inicialmente como um sucesso pelos elevados deságios e tarifas módicas, tem revelado fragilidade financeira das concessionárias e passivos crescentes de investimentos (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

A relicitação ficou conhecida também como devolução ou extinção amigável do contrato, uma vez que deve ocorrer por meio de acordo entre as partes. Apesar de considerada possivelmente mais célere e mais eficiente que a opção da caducidade, ainda carece de ter confirmados tais pressupostos, pois ainda não houve caso de aplicação encerrado.

Do exposto, exsurge a pertinência de avaliar, até o momento, a aplicação da relicitação aos casos concretos de rodovias federais, sopesando aspectos positivos e negativos de sua utilização quando comparados às outras opções existentes e considerando a situação das concessionárias.

Nesse contexto, pretende-se apresentar as principais motivações que levaram à introdução no arcabouço jurídico brasileiro do instituto da relicitação e abordar suas características à luz da legislação de regência. Em seguida, descortinar a situação dos contratos que já solicitaram formalmente sua aplicação, incorporando informações de trabalhos prévios de fiscalização realizados por equipes da secretaria do Tribunal de Contas da União.

Seguindo, intenta-se mostrar como a agência reguladora tem enfrentado o assunto, dado seu ineditismo. E, por fim, objetiva-se realizar uma análise crítica da aplicação da devolução amigável, procurando apresentar, se possível, sugestões para seu aprimoramento.

Não se tem notícia de trabalhos acadêmicos anteriores que tenham abordado o tema como foco principal, haja vista que somente agora a relicitação tem sido aplicada por parte do Governo Federal. Isso reforça a pertinência e tempestividade do presente trabalho.

As informações analisadas e conclusões apresentadas poderão servir como subsídio para atuação de gestores do poder concedente e agência reguladora, responsáveis pela formulação e implementação da política pública relacionada ao tema das concessões rodoviárias federais.

De modo semelhante, vislumbra-se possível utilização do trabalho por auditores de controle externo e interno.

Finalmente, espera-se sempre atingir os usuários do serviço público concedido por meio da apresentação de informações inteligíveis e corretas, que possam ao fim contribuir para o aumento da transparência e redundar em incremento da participação social.

2. Problema de Pesquisa e Justificativa

O trabalho é motivado pelo seguinte problema: nenhuma relicitação de trecho rodoviário foi encerrada até o momento¹, apesar de passados mais de seis anos da introdução desse instituto no arcabouço jurídico nacional, com o início da vigência da Lei nº 13.448/2017.

Apenas relembro, conforme constou da exposição de motivos elaborada por ocasião de envio do texto ao Presidente da República, **ainda em 2016**, a relicitação seria uma alternativa à extinção por caducidade prevista na Lei nº 8.987/1995, como forma de “sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável” (PALÁCIO DO PLANALTO).

Dessa forma, vários contratos de concessão rodoviária ainda vigentes, com destaque para os da 3ª etapa, têm apresentado performance bem aquém do pactuado originalmente. Inexecução dos investimentos e dos serviços de conservação e manutenção submetem os usuários pagadores de pedágio a uma situação precária em alguns trechos concedidos.

Ocorre que a pretendida celeridade da relicitação, quando comparada às outras possibilidades de término antecipado de contratos, não se revelou na prática. Tal constatação justifica a realização do presente trabalho, ao analisar o encaminhamento dos processos instaurados no âmbito da ANTT para tratar dos requerimentos de devolução amigável e procurar identificar alguma possibilidade de melhoria.

¹ Considerando que o encerramento da relicitação se dê com o início de um novo contrato, ainda que para administrar parcialmente o trecho, e o término do contrato problemático

3. Objetivos

O propósito desta pesquisa é avaliar, até o momento, a aplicação da relicitação aos casos concretos de rodovias federais, com vistas a contribuir para a atuação de gestores do poder concedente e agência reguladora, auditores de controle externo e interno e usuários do serviço público concedido. Dessa constatação advém o primeiro objetivo específico deste trabalho que é apresentar informações relacionadas à execução contratual das concessões que já apresentaram pedido formal de relicitação. Intenta-se traçar um paralelo entre o que foi originalmente ajustado e o que foi efetivamente realizado, com base nos dados existentes em processos da ANTT e do TCU.

Em seguida objetiva-se abordar como a agência reguladora tem se posicionado sobre o assunto, haja vista que essa inovação legislativa afetou diretamente os contratos por ela pactuados junto às concessionárias, introduzindo nova possibilidade de extinção contratual, com uma série de questões a serem enfrentadas, tanto jurídicas quanto técnicas.

O terceiro e último objetivo é o de, à luz da situação descortinada para os contratos, bem como das ações tomadas pela ANTT, analisar como a relicitação – ou devolução amigável – foi aplicada até o momento no modal rodoviário.

4. Metodologia de pesquisa

Perseguindo o alcance dos objetivos delineados, o presente trabalho iniciou-se com pesquisa bibliográfica sobre a relicitação. Por se tratar de um instituto criado para os casos de insucessos de contratos de concessões de transportes no Brasil, as referências são exclusivamente a trabalhos nacionais, produzidos em datas mais próximas à promulgação da Lei nº 13.448/2017 e do Decreto nº 9.957/2019.

Em seguida, percorreu-se os dispositivos da Lei afetos à relicitação, bem como de seu Decreto regulamentador, no intuito de nivelar o conhecimento sobre os aspectos legais envolvidos na aplicação do novo instituto.

O cerne do trabalho caracterizou-se por uma pesquisa mista do tipo estudo dos casos dos sete pedidos de relicitação apresentados à ANTT pelas concessionárias de rodovias. Nesse diapasão, por meio de acesso aos processos eletrônicos da agência reguladora, foram abordados os procedimentos e análises realizadas no âmbito daquela autarquia especial, com destaque para os diversos intervalos de tempo entre os principais marcos característicos do processo, dentro e fora da agência: (i) requerimento; (ii) ateste de viabilidade pela ANTT; (iii) submissão ao PPI pelo Ministério; (iv) opinião sobre a qualificação pelo PPI; (v) aprovação pelo Presidente da República; e (vi) assinatura do termo aditivo.

As informações obtidas proporcionaram a realização de análise crítica sobre o passo-a-passo dos diversos processos, objetivando identificar oportunidade de melhoria, principalmente no que tange à diminuição de tempo.

Por fim, foram propostas algumas melhorias visando contribuir para a atuação de gestores do poder concedente e agência reguladora, auditores de controle externo e interno e usuários do serviço público concedido.

5. Revisão Bibliográfica

As parcerias público-privadas – do inglês *Public-Private Partnerships* (PPPs) – intensificaram-se em decorrência da chamada Reforma Gerencial do Estado, ou Reforma da Gestão Pública, movimento surgido na Grã-Bretanha na segunda metade dos anos 1980 (BRESSER-PEREIRA, 2010). Essa reforma é considerada uma resposta ao desafio lançado ao Estado para que este mostrasse o bom uso dos recursos arrecadados por meio dos impostos pagos pelos cidadãos.

Nessa linha, Bresser-Pereira identifica quatro grandes modificações na forma de administrar a oferta de serviços por parte do Estado:

1 – torna os gerentes dos serviços responsáveis por resultados, ao invés de obrigados a seguir regulamentos rígidos;

2 – premia os servidores por bons resultados e os pune pelos maus;

3 – realiza serviços que envolvem poder de Estado através de agências executivas e reguladoras; e – o que é mais importante –

4 – mantém o consumo coletivo e gratuito, mas transfere a oferta dos serviços sociais e científicos para organizações sociais, ou seja, para provedores públicos não estatais que recebem recursos do Estado e são controlados através de contrato de gestão.

Ainda que essas transformações ocorram desde os anos oitenta, no caso brasileiro é após 1995 que a gestão fiscal, a modernização institucional-administrativa e a governança pública são definitivamente inseridas em uma agenda para o setor público-estatal no país (COELHO, 2012).

Por meio do PDRAE , elaborado pelo MARE, sob a liderança de Bresser-Pereira, introduziu-se a reforma da organização e funcionamento do aparato estatal. Concomitantemente a essas mudanças e a elas correlacionadas, o governo brasileiro implementou um amplo programa de privatização de suas empresas estatais, orientado pelo ideário liberal e como resposta à crise financeira e pelo esgotamento da capacidade pública de realizar os investimentos necessários (PACHECO, 2010).

Nessa esteira de mudanças, a diminuição da participação do estado nos diversos setores sociais e econômicos avançou sobre a infraestrutura, com destaque para o setor de transportes. Dessa maneira, o processo de privatização das rodovias brasileiras teve seu início motivado, principalmente, pelo contexto de restrição fiscal vivido pelo país durante a década de 1990, dificultando o financiamento do investimento público (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018).

O país necessitava aumentar os investimentos em infraestrutura rodoviária, principalmente em manutenção e recuperação, tendo em vista a elevação do custo logístico decorrente dos subinvestimentos, causados pela crescente escassez de recursos públicos disponíveis a partir de meados dos anos 1980, agravada pelo desequilíbrio na própria matriz de transportes (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2018). Portanto, o envolvimento do setor privado tornou-se fundamental para impedir uma deterioração mais acentuada da malha rodoviária.

Por meio da Portaria nº 010 o Ministério dos Transportes criou, ainda em 1993, Grupo de Trabalho para implementar o Programa de Concessões de Rodovias Federais – Procrofe. Posteriormente, em 1995, foi sancionada a Lei nº 8.987/1995, dispoendo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Segundo esse artigo da Carta Magna, o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação da concessionária de manter o serviço adequado são definidos por meio de lei ordinária (COSTA, 2020).

Nessa toada, a Lei nº 8.987/1995, ao tratar da extinção do contrato de concessão em seu artigo 35 trouxe algumas modalidades para o término da relação contratual, abrangendo, além dos expressamente citados na Constituição Federal – caducidade e rescisão – mais quatro opções: (i) advento do termo contratual; (ii) encampação; (iii) anulação; e (iv) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Conforme expõe Gustavo da Rocha em sua monografia de final de curso (CUNHA, 2018), a doutrina jurídica se refere à hipótese do advento contratual como a causa extintiva perfeita, pois pressupõe o decurso integral do prazo, bem como o cumprimento das avenças pactuadas. Desse modo, findo o tempo contratual, extingue-se a avença de pleno direito, desnecessários quaisquer atos formais por parte da Administração.

Seguindo a ordem do mencionado artigo legal, a encampação é modalidade extintiva provocada por ato unilateral de vontade da Administração, independente da vontade do contratado, fundada em interesse público relevante. Além dessa motivação, sua aplicabilidade depende de lei autorizativa e pagamento prévio da indenização devida ao particular, conforme previsão do artigo 37 da Lei (CUNHA, 2018).

A caducidade, outra hipótese de extinção unilateral do contrato por parte da Administração, fundamenta-se na possibilidade de resolução (terminologia adotada nos contratos civis) do contrato de concessão. Aplica-se aos casos de inexecução total ou parcial das avenças, sendo facultado à Administração aplicar sanções em vez de optar pelo desfecho.

O artigo 38 do diploma legal abrange as hipóteses e o rito necessário para a declaração de caducidade (CUNHA, 2018).

A quarta hipótese, rescisão, igualmente é calcada na resolução dos contratos civis. No entanto, pressupõe culpa grave da Administração, impossibilitando ao particular a consecução de suas atividades. É efetivada judicialmente, uma vez que na via administrativa o concedente dificilmente reconheceria seu inadimplemento.

A anulação ocorre quando o contrato de concessão foi celebrado eivado de ilegalidade. Pode ser realizada administrativamente ou judicialmente, com efeitos retroagindo à data em que se observou a existência do vício (CUNHA, 2018).

Por fim, falência ou extinção da empresa e falecimento ou incapacidade do titular são causas que extinguem de pleno direito a relação contratual tendo em vista a impossibilidade do falido/extinto/falecido/incapaz em levar a cabo quaisquer atividades empresariais (CUNHA, 2018).

Marçal Justen Filho, em seu livro Teoria geral das concessões de serviços públicos, considera mais três possibilidades de término das concessões: (i) desaparecimento do objeto; (ii) força maior; e (iii) distrato. A primeira hipótese pode ser ilustrada por um contrato de conservação de uma ponte levada pelas águas de uma enchente (OLIVEIRA, 2018).

A segunda ocorreria no caso de evento alheio à vontade das partes, como por exemplo uma guerra, tornando inviável a prestação do serviço (OLIVEIRA, 2018).

Já a terceira seria o desfazimento da concessão por ato bilateral e consensual, não sendo comum sua ocorrência, pois o particular não pode desistir de executar os encargos assumidos e o Estado não poderia, de regra, deixar de exigir o cumprimento dos deveres ou de impor as penalidades decorrentes. Esta hipótese foi justamente a tratada pela Lei nº 13.448/2017 (OLIVEIRA, 2018).

Conforme apresenta Rafael Oliveira (OLIVEIRA, 2019), haveria ainda uma décima hipótese de extinção contratual no âmbito das concessões de serviços públicos, decorrente de arbitragem. Essa forma de heterocomposição de conflitos, em que um “terceiro, *expert* e imparcial (árbitro), por convenção privada das partes envolvidas, decide o conflito e não o Estado-juiz” foi incorporada à Lei 8.987/1995 em seu art. 23-A, por meio da Lei nº 11.196/2005.

O avanço do programa de concessões rodoviárias federais culminou com a 3ª etapa, entre os anos de 2011 e 2014. Apesar dos avanços regulatórios do setor, as principais empresas de infraestrutura do país, além de outras construtoras, foram implicadas nas investigações da Operação Lava-Jato. Em decorrência, o BNDES restringiu o acesso de algumas dessas empresas, responsáveis por contratos de concessões rodoviárias, ao financiamento de longo prazo, necessário para levar a cabo as obras de duplicação e restauração (CUNHA, 2018).

As concessões da 3ª etapa experimentaram avanços tímidos e abaixo do previsto nos cronogramas de execução das obras, em alguns casos não cumprindo o mínimo necessário para a instalação e operação de todos os pedágios. Em adição, a crise experimentada pelo Brasil nos anos seguintes frustrou a expectativa de demanda das rodovias, na direção inversa ao crescimento previsto por ocasião das propostas ofertadas no momento dos leilões (CUNHA, 2018).

Face ao cenário adverso e para enfrentar essa realidade o Governo editou a MP nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, instituindo a relicitação como forma alternativa de extinção contratual, pressupondo alteração da avença por acordo entre as partes. Para tanto o diploma legal exigiu da Administração consensualidade para adoção da medida e justificativa econômica para sua escolha, conforme explana Carolina Oliveira (OLIVEIRA, 2018). Não por acaso o novel instituto passou a ser conhecido também como rescisão amigável, uma espécie do gênero rescisão previsto na Constituição.

Nas palavras de Rafael Oliveira, “a relicitação constitui uma espécie de distrato diferido ou postergado, uma vez que as partes consentem que o contrato vigente não será extinto imediatamente, mas após a celebração do novo contrato com outra entidade privada”. (OLIVEIRA, 2019)

Nesse diapasão vale a pena transcrever, para maior clareza, trecho da exposição de motivos da MP nº 752/2016 tratando de características da relicitação (PALÁCIO DO PLANALTO):

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.

Ainda em 2016 havia sido promulgada a Lei nº 13.334, conversão da MP nº 727/2016, criando o PPI. Nas palavras do texto legal, 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 (BRASIL, 2016). Importante observar que, conforme prevê a Lei nº 13.448/2017, a relicitação só é aplicável a empreendimento público prévia e especificamente qualificado para tal no PPI (BRASIL, 2017).

De acordo com Carolina Oliveira (OLIVEIRA, 2018), os referidos diplomas legais lançaram outra perspectiva sobre as contratações extensas, de longo prazo, como as parcerias estratégicas de infraestrutura. Foi uma tentativa do Governo de formar arcabouço jurídico diferenciado para adotar postura dissociada da comumente adotada nos contratos públicos,

mais flexível, tendo em vista as características peculiares dessas avenças – racionalidade econômica, mutação e incompletude.

6. Problemas das Concessões da 2ª e 3ª Etapas

As concessionárias que solicitaram relicitação até o momento operam trechos rodoviários cujos contratos originaram-se de certames incluídos na 2ª e 3ª etapas do Procrofe.

Relembrando, a 2ª etapa do referido programa, ocorrida entre os anos de 2007 e 2009, concedeu à iniciativa privada oito conjuntos de trechos rodoviários. E a 3ª etapa, com editais de licitação publicados de 2011 a 2015, abrangeu mais oito concessões.

Figura 1 - Concessões da 2ª e 3ª Etapas



Fonte: Observatório Nacional de Transporte e Logística². Adaptado. Elaboração Própria

O TCU vem realizando, ao longo das últimas décadas e após o início do Procrofe, fiscalizações sobre a atuação da ANTT em relação aos contratos por ela geridos. Nesse aspecto, interessa particularmente ao presente trabalho, como forma de apresentar alguns problemas vivenciados pelas concessões da 2ª e 3ª etapas, especialmente no que concerne ao

² <https://ontl.infrasa.gov.br/wp-content/uploads/2022/07/MapaRodoviario.pdf>

adimplemento contratual, recorrer a informações existentes nas deliberações da Corte de Contas exaradas em três processos.

6.1. Processo TC 006.351/2013-1

Cuida de auditoria operacional³ que buscou conhecer e avaliar o desempenho da ANTT na fiscalização das concessões rodoviárias. Restringiu-se aos contratos da 2ª etapa do Procrofe com os maiores índices de inexecução contratual e em fases semelhantes da parceria. Originou-se de auditorias de conformidade⁴ realizadas sobre as concessões da BR-101/SC e BR-116/376/PR, BR-116/324/BA e BR-116/SP/PR.

O trabalho foi realizado durante o ano de 2013 e levou à prolação do Acórdão 3.237/2013 do Plenário do TCU (TCU, 2013), de onde podem ser extraídas algumas informações sobre as constatações observadas à época sobre a performance das concessionárias da 2ª etapa e que podem explicar, ainda que parcialmente, os dois pedidos de relicitação de contratos dela decorrentes.

Com esse enfoque, considera-se esclarecedor reproduzir com adaptações, no Quadro 2 - Inexecuções de obras obrigatórias nos contratos da 2ª etapa, a Tabela 2 – Quantitativo de inexecuções nos contratos de concessões rodoviárias na ANTT – do relatório do citado Acórdão. Nela são apresentados os percentuais de inexecuções de obras obrigatórias (cujas datas de conclusão ou implantação deveriam ocorrer em datas determinadas pela agência reguladora) nos anos de 2009 a 2012.

Quadro 2 - Inexecuções de obras obrigatórias nos contratos da 2ª etapa

Concessão	Extensão	Inexecuções de obras obrigatórias			
		2009	2010	2011	2012
BR-381/MG/SP Fernão Dias	562,10 km	83,71%	83,71%	75,25%	76,51%
BR-101/RJ Fluminense	320,10 km	21,75%	89,43%	74,64%	90,32%
BR-116/376/PR e 101/SC Litoral Sul	382,30 km	65,56%	90,00%	84,80%	91,30%
BR-116/PR/SC Planalto Sul	412,70 km	0,00%	44,00%	71,80%	64,00%
BR-116/SP/PR Régis Bittencourt	401,60 km	18,27%	87,41%	77,00%	80,63%
BR-153/SP	321,60 km	46,09%	89,00%	96,00%	86,64%

³ avaliação independente, objetiva e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento (ISSAI 300)

⁴ avaliação independente para determinar se um dado objeto está em conformidade com normas aplicáveis identificadas como critérios. Auditorias de conformidade são realizadas para avaliar se atividades, transações financeiras e informações cumprem, em todos os aspectos relevantes, as normas que regem a entidade auditada (ISSAI 100 e 400).

Concessão	Extensão	Inexecuções de obras obrigatórias			
		2009	2010	2011	2012
Transbrasiliana					
BR-393/RJ Rodovia do Aço	200,40 km	95,65%	99,88%	81,24%	97,05%
BR - 116/324 BA Via Bahia	680,60 km	*	100%	85,96%	**
Índice médio de inexecução		47,29%	85,43%	80,84%	83,78%

Fonte: Suinf/ANTT.

* Assinatura do contrato se deu em 2009.

** Ainda não apurado

Percebem-se os expressivos percentuais das inexecuções, com destaque para o ano de 2012, em que todos os valores superaram 60%, à exceção da concessão da BR-116/324/BA, cujo número ainda não havia sido apurado pela ANTT.

Outra constatação relevante relacionou-se ao cumprimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos nos contratos. Segundo a equipe de fiscalização, a avaliação desses requisitos não vinha sendo realizada de forma efetiva pela agência reguladora, cujo acompanhamento baseava-se apenas nos dados fornecidos pelas próprias concessionárias.

A equipe de fiscalização relatou ainda que, durante os trabalhos, a ANTT havia comunicado decisão de abrir processos de fiscalização especial para verificar a inadimplência contratual em cada concessão da 2ª etapa, levantando as pendências existentes. Posteriormente decidiu-se pela celebração de TAC, procedimento que objetivava solucionar as pendências antes da abertura de processo administrativo. No âmbito do TCU foi autuado o processo TC 005.218/2014-4 para monitorar o nível de implementação dos planos de ação previstos nos TAC firmados pela agência reguladora com as concessionárias da etapa. Ainda não há deliberação sobre esse processo.

6.2. Processo TC 012.624/2017-9

Trata-se de auditoria operacional objetivando avaliar aspectos relacionados à qualidade, segurança e tempestividade dos investimentos realizados pelas concessionárias do Procrofe. O trabalho foi realizado entre os anos de 2017 e 2018, cujo relatório de fiscalização redundou no Acórdão 2.190/2019 do Plenário do TCU.

O trabalho teve origem em representação do MPTCU apontando vícios na condução dos contratos – inserção de novos investimentos sem licitação, postergação e supressão de investimentos originais –, com consequente ônus para usuários e sociedade, e solicitando a realização de abrangente fiscalização. Posteriormente, a CVT encaminhou pedido relacionado, a fim de que fosse avaliada a efetividade do modelo brasileiro de concessões rodoviárias, com especial atenção à relação custo-benefício dos respectivos contratos. (TCU, 2019)

A auditoria abrangeu os 21 contratos assinados entre os anos de 1994 e 2015. Face ao volume de melhorias previstas nessas avenças o trabalho se restringiu a avaliar aspectos que em geral proporcionam grande impacto aos usuários – serviços de ampliação de capacidade, como duplicações, faixas adicionais e vias marginais.

Segundo relatado, tendo em vista a inexistência de indicadores, metas e objetivos do Procrofe, foram estabelecidos indicadores a fim de proporcionar vislumbrar situações gerais e comparar diferentes rodovias ou períodos. Do rol apresentado, destacam-se os seguintes, cujos valores foram obtidos com dados até os anos de 2016/2017:

a) atraso absoluto médio – média dos atrasos apurados, em anos, considerando a diferença entre o prazo previsto originalmente para a execução dos investimentos, e o prazo de execução;

b) atraso relativo médio – média dos atrasos proporcionais apurados, sendo estes os percentuais calculados pela proporção entre o atraso absoluto médio, e o número de anos originariamente previsto para execução do investimento;

c) percentual de melhorias com atraso – proporção entre a quantidade de itens com algum atraso apurado e a quantidade de itens cujo prazo ainda não se esgotou ou não sofreu modificações;

d) percentual de execução física – proporção entre a quantidade de quilômetros implementados e a quantidade prevista inicialmente no contrato; e

e) percentual de execução financeira – proporção entre os investimentos efetuados e os previstos inicialmente no contrato.

Assim sendo, com base no exposto por ocasião do Acórdão 2.190/2019-TCU-Plenário, elaborou-se o Quadro 3 sobre obras de duplicação.

Quadro 3 - Resultados dos indicadores de duplicação – 2ª e 3ª Etapas

Indicador (até 2016/2017)	2ª Etapa	3ª Etapa
Média dos prazos originais (anos)	6,35	7,13
Proporção de itens com algum atraso ⁽¹⁾	95,45%	100,00%
Atraso absoluto médio (anos) ⁽¹⁾	4,41	1,88
Atraso relativo médio ⁽¹⁾	102,74%	37,42%
Execução financeira/previsão revisada	63,68%	N/A
Execução física/previsão revisada	32,17%	31,03%

(1) Desconsiderou itens cujo prazo original de início não havia expirado nem havia sido revisado até 2016/2017

Observa-se que houve, para os contratos da 2ª etapa, execução financeira média de aproximadamente 64% do previsto inicialmente até os anos de 2016/2017. Já em relação à execução física, apenas 32% aproximadamente haviam sido executados até o mesmo período, demonstrando sensível inexecução de relevantes obras. Dos 647,7 km que deveriam estar operacionais, apenas 205,7 km foram executados.

Relativamente aos prazos de execução, o atraso médio absoluto verificado foi de 4,41 anos e o relativo de 102,74%. Ou seja, as obras foram concluídas, em média, aproximadamente 4 anos e cinco meses após o cronograma inicialmente estabelecido, tendo o prazo de execução durado, em média, aproximadamente o dobro do que o inicialmente programado.

Para os contratos da 3ª etapa, ainda que se possa ponderar o pouco tempo de execução contratual até os anos de 2016/2017, foi obtido resultado semelhante para a execução física média – aproximadamente 31%. Dos 1439,3 km previstos até 2016/2017, somente 446,6 km foram concluídos.

Como tais contratos, com exceção do pactuado para a concessão da BR-101/ES/BA, não apresentaram plano de negócios, não foi possível avaliar o indicador de execução financeira média.

Já sobre os atrasos, o médio absoluto foi de 1,88 anos e o relativo de 37,42%. Importante ressaltar as colocações feitas na oportunidade de que grande parte das obras concluídas (à exceção da concessão da BR-101/ES/BA) eram as exigidas para o início da cobrança de pedágio – 10% da extensão total – com poucas obras posteriores realizadas. E que todas as obras de duplicação analisadas na ocasião apresentavam atrasos.

O Quadro 4 reproduz semelhante tabela do Acórdão 2.190/2019-TCU-Plenário em que foi apresentada a execução das duplicações das concessões da 3ª etapa. Percebe-se que, à exceção da Eco ponte (sem obras de duplicação) e da Galvão (contrato encerrado por caducidade, sem execução de obras), todas as outras concessionárias estavam aquém do planejado.

Quadro 4 - Avanço das obras de duplicação da 3ª Etapa

Concessionária	Total contratado (km)	Até 2016/2017 (km)		Previsto/Executado
		Previsto	Executado	
ECO101	475,90	19,10	3,60	18,84%
MGO ⁽¹⁾	218,50	87,40	34,96	40,00%
Concebra	647,85	259,15	64,78	25,00%
MS Via	806,30	322,50	169,80	52,65%

Via 040	702,00	325,60	55,82	17,14%
Rota do Oeste	453,60	181,50	117,60	64,79%
Galvão	598,30	244,04	0,00	0,00%
Ecoponte	0,00	0,00	0,00	N/A

(1) Atualmente ECO050

Em relação às obras de construção de vias marginais, o Quadro 5 apresenta os valores obtidos para os indicadores comentados.

Quadro 5 - Resultados dos indicadores de vias marginais – 2ª e 3ª Etapas

Indicador (até 2016/2017)	2ª Etapa	3ª Etapa
Média dos prazos originais (anos)	4,61	5,61
Proporção de itens com algum atraso ⁽¹⁾	90,34%	100,00%
Atraso absoluto médio (anos) ⁽¹⁾	2,93	2,00
Atraso relativo médio ⁽¹⁾	133,18%	33,33%
Execução financeira/previsão revisada	70,31%	N/A
Execução física/previsão revisada	56,37%	N/A%

(1) Desconsiderou itens cujo prazo original de início não havia expirado nem havia sido revisado até 2016/2017

Assim como no caso das duplicações, a execução de vias marginais também padeceu de baixa realização, com significativos atrasos verificados. Importante observar que, no caso da 2ª etapa, isso ocorreu a despeito de ter havido redução física de 14,37% do escopo dos contratos, com diminuição da extensão de 300,2 km inicialmente contratados para 257,05 km, como informado pela equipe encarregada do trabalho.

Para a 3ª etapa, não havia informações sobre previsões de execuções parciais, à exceção da BR-101/ES/BA. Desse modo, o indicador de execução física foi considerado não apurável, assim como o de execução financeira. No entanto foi observado que poder-se-ia inferir que os índices de execução não superariam os 31,03% das duplicações da etapa. Isso porque o PER dessa etapa estabelecia que as vias marginais deveriam ser executadas nos mesmos prazos de implantação das pistas duplas, tendo a concessionária até doze meses para construir as vias marginais referentes ao subtrecho duplicado.

No que concerne às faixas adicionais, o Quadro 6 explicita o que foi verificado pela fiscalização do TCU e reproduzido no referido Acórdão.

Quadro 6 - Resultados dos indicadores de faixas adicionais – 2ª e 3ª Etapas

Indicador (até 2016/2017)	2ª Etapa	3ª Etapa
---------------------------	----------	----------

Média dos prazos originais (anos)	5,99	3,40
Proporção de itens com algum atraso ⁽¹⁾	58,44%	100,00%
Atraso absoluto médio (anos) ⁽¹⁾	2,15	1,33
Atraso relativo médio ⁽¹⁾	70,97%	35,56%
Execução financeira/previsão revisada	65,65%	N/A
Execução física/previsão revisada	89,28%	0,00%

(1) Desconsiderou itens cujo prazo original de início não havia expirado nem havia sido revisado até 2016/2017

Novamente o panorama verificado foi de execução deficitária e com atrasos. Para a 2ª etapa, as execuções financeira e física apresentaram resultados aproximados de 66% e 90% respectivamente, impactados pela redução de 20% dos valores de investimentos originalmente contratados, equivalentes a uma redução de 25,03% nas extensões totais avençadas. Se mantida a previsão original, os valores de execução financeira e física seriam de aproximadamente 34% e 51%.

Por fim, vale transcrever trecho do relatório do Acórdão 2.190/2019-TCU-Plenário alusivo à realização dos investimentos no âmbito dos contratos da 2ª e 3ª etapas de concessões rodoviárias:

232. No âmbito da amostra examinada, os indicadores revelaram que a programação de investimentos de ampliação de capacidade é constantemente alterada nos contratos de concessão de rodovias. Em síntese, são raros os casos onde o cronograma original é cumprido, de forma que, na maioria dos itens examinados, as obras são objeto de atrasos e reprogramações.

(...)

234. Nos contratos da 2ª Etapa, registra-se um cenário onde grande parte dos investimentos programados ainda não foi concluída, mesmo já ultrapassados cerca de oito anos do seu início. Pode-se afirmar que, em média, aproximadamente 40% foram realizados. Em função disso, o atraso médio absoluto varia, em média, de dois a quatro anos, aproximadamente.

235. Na 3ª Etapa de concessões, em que pese o pouco tempo decorrido desde o início da concessão (quatro a cinco anos), observa-se um baixíssimo desempenho na realização dos investimentos. Em média, os atrasos já alcançam dois anos. Ademais, nota-se que a tendência é de piora desses números, uma vez que diversas obras previstas ainda não foram iniciadas.

6.3. Processo TC 010.222/2019-7

O terceiro processo dedica-se a auditoria de conformidade com o intuito de avaliar os atos administrativos praticados pela ANTT relacionados à inadimplência, renegociação e relicitação dos contratos, buscando entender quais ações ou inações poderiam estar

contribuindo com as inexecuções, bem como como a agência estava se preparando para resolver a inadimplência das avenças.

Para esse trabalho foram selecionados os contratos de concessão da BR-116/324/BA, pertencente à 2ª etapa, e da BR-163/MS, da 3ª etapa. Sobre eles foi verificada a atuação da ANTT, sendo escolhidos de um conjunto de sete concessões que apresentavam processos administrativos na agência tratando de reiteradas inexecuções contratuais.

A ação de controle levou à edição do Acórdão 601/2023-TCU-Plenário (TCU, 2023). Como destacado nesse aresto, a equipe de auditoria verificou as ações da ANTT adotadas em relação ao planejamento anual apresentado pelas concessionárias e em relação às frentes de execução de serviços previstas nos PER, a saber:

- a) frente de ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço;
- b) frente de recuperação e manutenção do pavimento;
- c) frente de recuperação e manutenção de OAE;
- d) frente de recuperação e manutenção de sinalização e de elementos de proteção e segurança;
- e) frente de serviços operacionais; e
- f) frente de conservação.

Para as duas concessões escolhidas foram constatadas inexecuções de serviços previstos em todas as frentes. Merece destaque, pela importância e sensibilidade, o relatado sobre a frente de recuperação e manutenção de OAE, a seguir transcrito:

797. Pontue-se que a ViaBahia, ao final do prazo de cinco anos, período em que todas as OAEs deveriam ter sido recuperadas, tinha executado apenas 25,33% de sua obrigação contratual. Dez anos depois de iniciado o contrato, ainda não recuperou a ponte sobre o Rio Pardo (obra constante dos trabalhos iniciais – primeiro ano de concessão), a qual opera com restrições devido ao risco de colapso, situação que ensejou decisão judicial recente (abril/2019) para que as obras sejam executadas, sob pena de multa diária.

798. A MSVia não havia recuperado, até julho de 2018, **nenhuma das OAEs que lhe foram transferidas pelo** contrato de concessão, iniciado em abril de 2014, apesar de se observar ao menos 26 estruturas que demandam intervenções.

Oportuno também destacar a conclusão alcançada pelo trabalho de que o acompanhamento realizado pela ANTT é insuficiente para a extinção antecipada dos contratos, categoria em que se enquadra a relicitação. Há grande assimetria de informações entre as concessionárias e a agência relacionada aos ativos concedidos e à situação em que se encontram. Tal constatação traz sensível obscuridade aos gestores no processo de sua transição do particular para o poder público, tendendo a gerar vultosos valores de indenização

por investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados, supostamente realizados pelas concessionárias.

7. A Relicitação

7.1. Lei nº 13.448/2017

Publicada no Diário Oficial da União em 6 de junho de 2017, entrou em vigor nessa data, conforme art. 37. Pertinente observar que, além da relicitação, aplicável aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, o diploma legal tratou também da prorrogação de contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário. No entanto, como o foco do presente trabalho recai exclusivamente sobre a chamada devolução amigável, a extensão dos contratos de concessão não será abordada.

Assim, no que concerne exclusivamente à relicitação, o Capítulo I – Disposições Preliminares – definiu-a, em seu art. 4º, como 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.”

O procedimento restringe-se a empreendimentos da Administração Pública Federal que tenham sido prévia e especificamente qualificados para tal fim no PPI (arts. 1º e 2º). E ainda, de acordo com o art. 3º, no contrato relicitado serão adotadas, por parte do ministério ou da agência reguladora, na condição de órgão ou entidade competente, as melhores práticas regulatórias, com a incorporação de novas tecnologias, serviços e, conforme o caso, novos investimentos.

Já no Capítulo III – Da Relicitação do Objeto do Contrato de Parceria – são apresentados, em oito artigos, os diversos requisitos para aplicação do instituto, bem como suas principais características.

O art. 13 entabula que o objetivo da relicitação é assegurar a continuidade da prestação dos serviços nos casos de contratos de parceria cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade no adimplemento das obrigações contratuais ou financeiras originais. Percebe-se que as partes envolvidas têm interesses no arranjo, pois o poder concedente intenta manter a prestação dos serviços que foram atribuídos ao particular, enquanto este pretende se desobrigar de uma avença ruim e de seus possíveis futuros desdobramentos indesejáveis. Assim, o art. 14 estabelece que a relicitação ocorrerá por meio de acordo, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

De acordo com o parágrafo primeiro do referido artigo a instauração do processo de relicitação é ato discricionário do órgão ou a entidade competente, que deverá avaliar sua necessidade, pertinência e razoabilidade, tendo em vista aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos.

Por seu turno, o parágrafo segundo do art. 14 enumera alguns requisitos a serem apresentados pelo contratado e que condicionam a instauração do processo. Ato do Poder Executivo poderá complementar a lista, composta por:

a) justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;

b) renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento nos termos contratuais, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;

c) declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria;

d) renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado, nos termos do art. 16;

e) informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato, bem como de todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob a titularidade do atual contratado.

Quanto à futura licitação, impende comentar que o art. 16 é taxativo ao impedir a participação do contratado ou da SPE responsável pela execução do contrato e de seus acionistas titulares de no mínimo 20% do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação. Indo além, para o futuro certame, tais vedações também alcançam a participação dos listados (i) em consórcios; (ii) no capital social de empresas competidoras; e (iii) na nova SPE constituída para executar o novo contrato.

Retornando ao art. 14, o parágrafo 3º estabelece o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade contra o contratado, caso tenha havido a qualificação no PPI. E, por fim, o parágrafo 4º diz não se aplicarem ao contrato qualificado os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101/2005. No entanto, a possibilidade de aplicação de tais regimes retorna caso não tenha havido interessados no novo certame ou não tenha sido concluído o processo de relicitação no prazo de 24 meses, prorrogável sucessivas vezes por no máximo igual período, conforme art. 20.

Por envolver a extinção amigável do contrato antes de seu encerramento por decurso de prazo, por meio de acordo entre as partes, com a suspensão de medidas para instaurar ou dar prosseguimento a processos de caducidade, decorre a necessidade natural de

alterá-lo para dar eficácia ao pactuado. É o que trata o art. 15, ao condicionar a relicitação à assinatura de termo aditivo, do qual constarão, obrigatoriamente:

a) a já citada aderência irrevogável e irretratável do contratado à relicitação e à posterior extinção amigável do ajuste originário;

b) 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, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento; e

c) 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.

No que tange à arbitragem, ou outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, o art. 31 aprofunda a questão. Nesse sentido, estabelece que:

a) contratos que não tenham cláusula arbitral podem ser aditados, adequando-os à nova previsão legal;

b) custas e despesas relativas ao procedimento serão antecipadas pelo parceiro privado, sendo eventualmente restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral;

c) a arbitragem será realizada no Brasil e em português;

d) serão consideradas controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis: (i) questões relacionadas à recomposição do EEF dos contratos; (ii) cálculo de indenizações em caso de extinção ou transferência do contrato; e (iii) inadimplemento das obrigações contratuais pelas partes;

e) tais controvérsias submetidas à arbitragem não impedem o início do novo contrato; e

f) o credenciamento de câmaras arbitrais será regulamentado por ato do Poder Executivo.

Ainda sobre o termo aditivo, a Lei possibilita que dele conste previsão de que o novo contratado pague as indenizações devidas ao anterior pelos investimentos em bens reversíveis realizados e não amortizados ou depreciados, nos termos e limites previstos no edital do novo certame, ou de que o faça diretamente aos financiadores do contratado original.

Dessas indenizações deverão ser abatidas multas e demais somas de natureza não tributária devidas pelo contratado, incluindo-se o valor relacionado à outorga originalmente

ofertada, calculado conforme ato do órgão ou a entidade competente. O pagamento desse valor final apurado, caso positivo, é condição necessária para o início do novo contrato.

Os parágrafos 4º e 5º do art. 15 foram introduzidos pela Lei nº 14.368/2022. Determinam, respectivamente, que o procedimento de cálculo da indenização e sua conferência não obstam a realização da nova licitação, e que, caso o valor de outorga inicial ofertado no novo certame seja menor que o valor a ser indenizado, a União custeará a diferença, observadas as regras fiscais e orçamentárias.

Relevante comentar que a Lei nº 14.368/2022 decorreu da MP nº 1.089/2021, cuja exposição de motivos, subscrita pelos titulares à época do MINFRA, do Ministério da Economia e do Ministério da Defesa, não apresentou referência à Lei nº 13.448/2017, apesar de alterá-la (PLANALTO).

Avançando, o art. 17 delinea que o estudo técnico necessário para a futura licitação será promovido pelo órgão ou a entidade competente, de forma precisa, clara e suficiente para subsidiar o novo contrato, visando assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional. Com esse propósito, enumera os seguintes elementos obrigatórios, sem prejuízo de outros fixados em regulamentação:

- a) cronograma de investimentos previstos;
- b) estimativas dos custos e das despesas operacionais;
- c) estimativas de demanda;
- d) modelagem econômico-financeira;
- e) diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;
- f) considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; e
- g) levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados, com metodologia de cálculo disciplinada em ato normativo do órgão ou a entidade competente.

Pode-se fazer um paralelo entre esse dispositivo legal e a previsão constante na Lei nº 8.987/1995, que ao fim e ao cabo rege o regime de concessão de serviços públicos. Podem-se destacar no referido diploma legal, por exemplo, as seguintes disposições que guardam relação com o art. 17 da Lei nº 13.448/2017:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

(...)

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

(...)

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Ainda sobre o art. 17, cabe fazer alusão à opinião de Bernardo Guimarães e Heloísa Caggiano (GUIMARÃES e CAGGIANO, 2017) sobre esse dispositivo:

Em suma, o art. 17 exige os estudos que configuram o mínimo existencial para a elaboração de um projeto concessionário sério. Em síntese, toas as variáveis relevantes devem ser estudadas de modo a gerar um ato convocatório capaz de atrair novos interessados. Em especial, esses estudos devem ser realistas e não incorporar expectativas ufanistas, que em muito colaboraram para o estado de coisas em que esses contratos se encontram. Veja-se que todo o sistema da relicitação orienta-se a que alguém assuma o contrato. A frustração da licitação, portanto, é um resultado catastrófico para o particular, mas também para o Estado, pois terá que dar outra solução para a prestação de uma atividade de interesse público.

A Lei faculta ao órgão ou a entidade competente consultar os financiadores do contratado sobre possíveis contribuições aos estudos. E, por fim, possibilita que as dívidas adquiridas pelo anterior contratado, nos termos estabelecidos pelo edital do novo certame, sejam assumidas pela futura SPE. Para tanto, as condições de financiamento devem se mostrar vantajosas para o poder público e viáveis para os financiadores.

Ainda sobre os estudos para a nova licitação, conforme o art. 18 é obrigatório submetê-los a consulta pública, divulgada na imprensa oficial e na *internet*, com identificação do objeto, motivação para relicitação e condições propostas, entre outras informações relevantes. O prazo para recebimento de sugestões deve ser no mínimo de 45 dias. Findo o prazo, os estudos devem ser submetidos ao TCU, juntamente com os documentos referidos no art. 14 (art. 19).

Na opinião de Ana Valadares (VALADARES, 2022), “ainda que no caso das relições, seja realizado um novo leilão, há, no caso, a extinção de uma relação contratual, que demanda a realização de um encontro de contas completo, a partir apuração de todos os “haveres e deveres” da atual concessionária. Esse exercício, portanto, requer a análise dos estudos técnicos elaborados para assegurar a viabilidade econômico-financeira e operacional do processo de relição”. Daí decorreria a necessidade de fiscalização pelo TCU, restrita à análise da higidez dos estudos elaborados para fundamentar a relição.

O art. 20, último do Capítulo III da Lei, assevera que no caso de não haver interessados na nova licitação o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas condições previstas no art. 15 (suspensão das obrigações de investimento e prestação mínima, garantidas a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento). Persistindo o desinteresse ou não concluído o processo de relição no prazo de 24 meses, contado da qualificação, prorrogável sucessivas vezes por no máximo igual período, 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.

O capítulo IV – Disposições Finais – é composto por dezessete artigos, dos quais apenas quatro têm aplicação nas relições de concessões rodoviárias. O primeiro, art. 31, trata da arbitragem e já foi abordado anteriormente. Para que não haja descontinuidade na prestação do serviço, o art. 32 autoriza o órgão ou a entidade competente a estender o prazo do contrato, por até 24 meses, nos casos em que houver estudo ou licitação em andamento (para a relição) e não haja tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do novo contrato.

Conforme o art. 34, a exploração de projetos associados ou de empreendimentos acessórios ao contrato de concessão poderá ocorrer por prazo superior à vigência deste último, a critério do órgão ou entidade competente e quando a medida se mostrar necessária à viabilidade dos referidos projetos ou empreendimentos. Vedada, em qualquer caso, a antecipação de receitas deles oriundas relativamente ao período posterior ao prazo do contrato de concessão.

E, por derradeiro, o art. 36 admite a constituição de subsidiária integral tendo como único acionista sociedade estrangeira para a execução dos contratos de parceria.

7.2. Decreto nº 9.957/2019

O regulamento tratou de forma exclusiva a relição, por meio de quatorze artigos (BRASIL, 2019). Os dois primeiros cuidam, respectivamente, de explicitar que o objetivo é estabelecer o procedimento de relição e de apresentar suas diretrizes, a saber:

a) continuidade, regularidade e eficiência na prestação dos serviços contratados aos usuários; e

b) transparência, necessidade e adequação das decisões dos órgãos e das entidades competentes.

O Capítulo II trata da qualificação prevista no art. 2º da Lei nº 13.448/2017. Apesar de ser ato praticado pelo PPI, inicia-se com o requerimento de relicitação, formulado por escrito pelo contratado à agência reguladora, no caso a ANTT, conforme art. 3º (art. 14, § 2º, da Lei nº 13.448/2017).

No que concerne aos requisitos do requerimento, o decreto repete os enumerados pela Lei, facultando à agência reguladora solicitar a apresentação de documentos adicionais indispensáveis à análise. Com relação às informações necessárias à realização do processo de relicitação (art. 14, § 2º, V, da Lei nº 13.448/2017), discrimina que deverão abordar:

a) os bens reversíveis vinculados ao empreendimento objeto da parceria e as demonstrações relacionadas aos investimentos neles realizados;

b) os instrumentos de financiamento utilizados no contrato de parceria;

c) os contratos vigentes com terceiros, decorrentes do contrato de parceria, com as especificações do atual estágio de sua execução físico-financeira e de eventuais inadimplementos;

d) a situação dominial das áreas afetadas pelo contrato de parceria, especialmente quanto aos procedimentos de desapropriação, desocupação e remoção;

e) as controvérsias entre o contratado e o poder concedente e entre aquele e terceiros, nos âmbitos administrativo, judicial e arbitral, com a indicação do número do processo, do objeto litigioso, das partes, do valor da causa e da fase processual; e

f) a existência de regime de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência relacionado à sociedade de propósito específico;

g) as condições propostas para a prestação dos serviços essenciais – aqueles relacionados à manutenção, conservação e operação do empreendimento, exceto se houver decisão motivada da agência reguladora – durante o trâmite do processo de relicitação; e

h) as obrigações de investimentos essenciais – investimentos de ampliação de capacidade ou novos investimentos relacionados à segurança ou imprescindíveis à prestação do serviço – a serem mantidas, alteradas ou substituídas após a assinatura do termo aditivo.

O requerimento será processado e analisado pela agência reguladora, que se manifestará sobre sua viabilidade técnica e jurídica (art. 4º). O processo será remetido ao MINFRA (hoje Ministério dos Transportes ou Ministério de Portos e Aeroportos, pelo

desmembramento do antigo MINFRA), cuja manifestação abarcará a compatibilidade do requerimento com o escopo da política pública (art. 5º).

Instruído com as manifestações precedentes, o processo será submetido à deliberação do Conselho do PPI, que opinará quanto à conveniência e oportunidade da relicitação e sobre a qualificação do empreendimento para esse fim, submetendo-o à deliberação do Presidente da República (art. 6º). Caso esta seja favorável, não implica o reconhecimento pelo Poder Público da procedência de questões suscitadas pelo contratado, especialmente com relação a desequilíbrios econômico-financeiros. É o que estabelece o art. 6º, além de repisar o sobrestamento das medidas relacionadas a eventual processo de caducidade em caso de qualificação (art. 14, § 3º, da Lei nº 13.448/2017).

O Capítulo III trata da realização da nova licitação e de seus procedimentos prévios. Com esse objetivo, o art. 7º atribui à agência reguladora ou ao MI, quando for o caso, a adoção das medidas necessárias para levar a cabo a relicitação, em especial:

- a) elaborar e celebrar o termo aditivo (art. 15 da Lei nº 13.448/2017);
- b) realizar ou dar suporte aos estudos técnicos necessários à realização da licitação (art. 17 da Lei nº 13.448/2017);
- c) publicar o edital, julgar a licitação e conduzir o procedimento licitatório; e
- d) celebrar e gerir o novo contrato e os instrumentos administrativos decorrentes do processo de relicitação.

Em seu parágrafo único, o mencionado dispositivo determina, por parte da agência reguladora, a contratação de empresa de auditoria independente para acompanhar o processo de relicitação, o cumprimento das obrigações assumidas no termo aditivo e as condições financeiras da nova SPE.

O art. 8º trata especificamente do termo aditivo. Enumera quinze cláusulas obrigatórias, sem prejuízo de outras consideradas pertinentes pela agência reguladora. Entre elas encontram-se as três explicitadas no art. 15 da Lei nº 13.448/2017, conforme incisos I, II, III e IV. Bem como torna obrigatória a primeira cláusula considerada facultativa pelo art. 15, § 1º, I, do referido diploma legal, de acordo com os incisos V e XV. Assim, as demais cláusulas obrigatórias são:

- a) o acesso, pela agência reguladora e pelo MINFRA, às informações relevantes sobre o empreendimento, incluídas as informações relacionadas às condições comerciais e financeiras da sociedade de propósito específico;
- b) o consentimento expresso do contratado, nos termos do disposto no art. 1º, § 3º, I, da Lei Complementar nº 105/2001, para que os financiadores ou os garantidores do referido contratado forneçam diretamente à agência reguladora, sempre que solicitado,

informações adicionais que subsidiem a avaliação das condições financeiras da SPE, incluídas aquelas consideradas sigilosas;

c) as condições em que ocorrerá a transição operacional dos ativos e das obrigações contratuais e extracontratuais para o futuro contratado;

d) a previsão de que a celebração, a prorrogação, a renovação e o aditamento de contratos com terceiros, decorrentes do contrato de parceria, respeitarão o prazo previsto no art. 20, § 1º, da Lei nº 13.448/2017, exceto se por motivo justificado e com autorização expressa da agência reguladora;

e) a faculdade de o poder concedente acompanhar as reuniões do conselho de administração do contratado originário;

f) o dever de o contratado, até a extinção do contrato:

f.1) não distribuir dividendos ou juros sobre capital próprio e não realizar operações que configurem remuneração dos acionistas, nos termos do disposto no art. 202, § 4º, da Lei nº 6.404/1976;

f.2) não reduzir o seu capital social;

f.3) não oferecer novas garantias em favor de terceiros, exceto se por motivo justificado e com autorização expressa da agência reguladora;

f.4) não alienar, ceder, transferir, dispor ou constituir ônus, penhor ou gravame sobre bens ou direitos vinculados ao contrato, exceto se por motivo justificado e com autorização expressa da agência reguladora; e

f.5) não requerer falência, recuperação judicial ou extrajudicial da SPE;

g) 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 PPI;

h) a previsão de que a desqualificação do empreendimento pelo Conselho do PPI implica:

h.1) a imediata instauração ou a retomada de processo de caducidade eventualmente em curso contra o contratado; e

h.2) 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;

i) a previsão de que a eficácia do termo aditivo fica condicionada à comprovação pelo contratado originário, no prazo de sessenta dias, contado da data de sua assinatura, da

inexistência de regime de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, para os fins do disposto no art. 14, § 4º, da Lei nº 13.448/2017; e

Ainda sobre o termo aditivo, o § 1º do art. 8º define que as alterações relacionadas à prestação dos serviços e execução de investimentos (incisos II e III) não implicará a revisão automática de outros termos e condições do contrato que não tenham sido expressamente disciplinados no termo aditivo. Já o § 2º estipula que os investimentos não executados na data de celebração do termo aditivo e que não tenham sido consideradas essenciais (art. 3º) não ensejarão a aplicação de penalidades durante a vigência do termo aditivo, sem prejuízo da validade das penalidades cujo fato gerador seja anterior à data de sua celebração. E, por fim, o § 3º repisa o enunciado do art. 15, § 1º, II, da Lei nº 13.448/2017, ao considerar facultativa cláusula prevendo o pagamento da indenização diretamente aos financiadores.

Prosseguindo, o art. 9º dispõe que para a assinatura do contrato decorrente da relicitação deverão ser seguidos os mesmos trâmites preparatórios para a celebração de uma nova parceria, inclusive quanto à necessidade de aprovação de novo plano de outorga e aos requisitos previstos na legislação.

O art. 10, por seu turno, determina que a previsão de pagamento das indenizações pelo novo contratado (cláusula obrigatória do termo aditivo conforme art. 8º, XV) conste do edital do novo certame e da minuta do novo contrato. E faculta que constem desses documentos a previsão de pagamento diretamente aos financiadores e garantidores do contratado (cláusula facultativa do termo aditivo conforme art. 8º, § 3º).

Sobre o cálculo da indenização o art. 11 entabula que será descontado do valor calculado pela agência reguladora, além dos valores de multas e outorgas previstos no art. 15, § 2º, da Lei nº 13.448/2017, o valor excedente da receita tarifária auferida pelo contratado 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. Aborda ainda que:

a) as outorgas vencidas e pagas, incluído o ágio, não compõem o cálculo da indenização devida (§ 1º)

b) o pagamento da indenização será condição para o início do novo contrato (art. 15, § 3º, da Lei nº 13.448/ 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 (§ 2º); e

c) o cálculo da indenização será certificado por empresa de auditoria independente de que trata o parágrafo único do art. 7º (§ 3º).

Tratando das Disposições Finais, o Capítulo IV do regulamento informa que o processo de relicitação não resultará em qualquer espécie de responsabilidade para o poder

concedente em relação a encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados do contratado, originário ou futuro (art. 12). E que o Conselho do PPI poderá instituir comitê técnico para acompanhamento do processo de relicitação, nos termos do disposto no art. 6º do Decreto nº 8.791/2016 (art. 13). Vale observar que referido regulamento foi revogado pelo Decreto nº 10.245/2020, posteriormente revogado pelo Decreto nº 11.412/2023, que manteve a autorização para constituição de comitês por parte do Conselho do PPI.

8. Pedidos de Relicitação

Após a vigência da Lei nº 13.448/2017, a partir de 6 de junho de 2017, foram feitos sete pedidos de relicitação de contratos de concessões rodoviárias federais. O Quadro 7 apresenta informações sobre as referidas solicitações encaminhadas à ANTT, com os respectivos processos autuados na agência reguladora.

Quadro 7 - Pedidos de Relicitação

Rodovia	Concessionária	Etapa	Data do pedido	Processo na ANTT (SEI) ⁽¹⁾
BR-040/DF/ GO/MG	Via 040	3ª	11/9/2017	50500.368315/2019-15
BR-163/MS	MS Via	3ª	20/12/2019	50500.429595/2019-37
BR-060/153/262/DF/GO/MG	Concebra	3ª	9/4/2020	50500.036380/2020-18
BR-101/RJ	Autopista Fluminense	2ª	19/5/2020	50500.049085/2020-13
BR-393/RJ	Rodovia do Aço	2ª	11/11/2021	50500.106659/2021-49
BR-163/MT	Rota do Oeste	3ª	9/12/2021	50500.116693/2021-21
BR-101/ES/BA	ECO101	3ª	15/7/2022	50500.120724/2022-20

(1) Sistema Eletrônico de Informações

No caso da Via 040 o primeiro pedido de adesão, de 11/9/2017, foi indeferido pela ANTT em 13/9/2018, tendo em vista a ausência da regulamentação da Lei. Com o advento do Decreto nº 9.957/2019 houve novo pedido por parte da concessionária, datado de 20/8/2019.

As informações foram obtidas por meio de acesso eletrônico aos referidos processos após solicitação⁵ cadastrada na Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação sob o número 50001.020765/2023-29.

Como citado no Capítulo 6, em 2013 foram assinados TAC com as concessionárias da 2ª etapa, visando solucionar as pendências verificadas nas fiscalizações da ANTT sobre os contratos de concessão. Conforme consulta ao sítio eletrônico da agência⁶, na ocasião foram estabelecidos planos de ação para cada concessionária, obrigada a executar a integralidade das obras descritas, acompanhadas mensalmente pela ANTT. Caso deixasse de cumprir seu respectivo plano acima de uma margem de tolerância, a concessionária seria penalizada com redução tarifária.

⁵

<https://falabr.cgu.gov.br/publico/Manifestacao/RegistrarManifestacao.aspx?idFormulario=3&tipo=8&origem=idp&modo=>

⁶ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/informacoes-gerais/tac-multas-e-planos-de-acao>

Assim, os dois contratos decorrentes da 2ª etapa, relativos à BR-101/RJ e BR-393/RJ, tiveram TAC assinados. Importante lembrar que, no caso da BR-393/RJ, o termo foi firmado com a Acciona Concessões Rodovia do Aço, administradora original posteriormente substituída pela K-Infra Rodovia do Aço.

9. Tratamento dos Pedidos pelo Poder Concedente

As informações apresentadas no presente capítulo foram extraídas, em sua grande maioria, dos processos SEI da ANTT listados anteriormente no Quadro 7. Quando necessário, foram complementadas com outras provenientes dos locais expressamente indicados.

9.1. Via 040

Em ofício encaminhado à ANTT a concessionária solicitou, em 20/8/2019, nova qualificação da relicitação da concessão da BR-040/DF/ GO/MG. A ANTT, por meio da GEREF, subordinada à SUINF, expediu Nota Técnica⁷ em 2/9/2019 realizando análise prévia da documentação encaminhada. O documento percorre os requisitos mínimos entabulados nos incisos do art. 3º do Decreto nº 9.957/2019, a seguir transcritos:

I - justificativas e elementos técnicos que viabilizem a análise da necessidade e da conveniência da realização da relicitação;

II - renúncia ao prazo para a correção de 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;

III - declaração formal da intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretroatável, à relicitação do contrato de parceria, a partir da celebração do termo aditivo, observado o disposto na Lei nº 13.448, de 2017;

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;

V - informações sobre:

a) os bens reversíveis vinculados ao empreendimento objeto da parceria e as demonstrações relacionadas aos investimentos neles realizados;

b) os instrumentos de financiamento utilizados no contrato de parceria;

c) os contratos vigentes com terceiros, decorrentes do contrato de parceria, com as especificações do atual estágio de sua execução físico-financeira e de eventuais inadimplementos;

d) a situação dominial das áreas afetadas pelo contrato de parceria, especialmente quanto aos procedimentos de desapropriação, desocupação e remoção;

e) as controvérsias entre o contratado e o poder concedente e entre aquele e terceiros, nos âmbitos administrativo, judicial e arbitral, com a indicação do número do processo, do objeto litigioso, das partes, do valor da causa e da fase processual; e

f) a existência de regime de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência relacionado à sociedade de propósito específico; e

⁷ Nota Técnica SEI Nº 2815/2019/GEREF/SUINF/DIR

VI - indicação, de maneira fundamentada, com vistas a garantir a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento objeto do contrato de parceria:

- a) das condições propostas para a prestação dos serviços essenciais durante o trâmite do processo de relicitação; e
- b) das obrigações de investimentos essenciais a serem mantidas, alteradas ou substituídas após a assinatura do termo aditivo.

No que diz respeito ao inciso I, foram apresentadas algumas justificativas, relacionadas a seguir de forma resumida e com ajustes, sobre as quais a área técnica da agência fez algumas observações:

- a) alteração das condições de financiamento e aumento dos custos da concessionária;
- b) inadimplência do Estado na emissão de licença de instalação;
- c) aumento extraordinário do preço do CAP;
- d) incremento da tolerância do peso bruto total por eixo dos caminhões decorrente da Lei nº 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros);
- e) não oferecimento de garantia por parte do FGIE, criado em 30/8/2012 por meio da Lei nº 12.712/2012;
- f) demonstração, por meio da metodologia Termômetro de Kanitz⁸, da incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente; e
- g) crise econômica do país e alterações no mercado para obtenção de crédito.

Quanto aos incisos II, III e IV, foram apresentados documentos considerados satisfatórios. Em relação ao inciso V, alínea “a”, ressaltou-se que a análise sobre bens reversíveis seria competência da GEFIR. Quanto à alínea “b” e “c”, verificou-se seu cumprimento. A análise das informações prestadas em relação à alínea “d” competiria à GEENG e da alínea “e” à CIPRO e PF-ANTT. E a alínea “f” não se aplicaria conforme informação da concessionária.

Por fim, no que tange ao inciso VI, as informações prestadas para ambas as alíneas deveriam ser analisadas pela GEFIR.

Nas considerações finais a GEREFE concluiu como atendidos os requisitos de sua competência. Observou que as demais gerências da SUINF deveriam verificar a necessidade de apresentação de documentos adicionais. Ressaltou que a GEFIR deveria se posicionar sobre os serviços considerados essenciais à manutenção, à conservação e à operação do

empreendimento, bem como sobre investimentos relacionados à segurança imprescindíveis à prestação do serviço. E encerrou frisando que a SUINF, juntamente com a PF-ANTT, após análises das gerências, deveria se posicionar sobre a viabilidade técnica e jurídica do requerimento.

A GEFIR, em sua análise prévia⁹, de 12/9/2019, abordou inicialmente o incremento de peso devido à alteração da Lei dos Caminhoneiros, observando que o real impacto da aplicação da referida lei sobre o pavimento ainda dependia de trabalho em desenvolvimento pelo Laboratório de Pavimentação da UFRGS. Já sobre os bens reversíveis (art. 3º, V, alínea “a”, do Decreto nº 9.957/2019), limitou-se a relacioná-los, bem como os investimentos realizados (sem valores) em relação às obras de ampliação de capacidade e melhorias, para fins de indenização. Quanto às controvérsias, conforme alínea “e” do referido dispositivo, fez referência às informações prestadas pela CIPRO sobre os processos existentes.

O documento avançou então sobre a análise dos serviços essenciais. Inicialmente observou-se que os parâmetros de desempenho propostos pela concessionária para a frente de manutenção, no período entre a assinatura do termo aditivo e do novo contrato, estavam abaixo do nível exigido para os parâmetros iniciais. E que sua comprovação se daria apenas 30 dias antes do fim do contrato. Em uma situação normal não se poderia deixar de exigir ao menos o cumprimento dos parâmetros de trabalhos iniciais previstos, objetivando garantir a ausência de problemas emergenciais provendo a rodovia dos requisitos mínimos de segurança e conforto aos usuários.

Dessa maneira, após apresentar quadro com as inconformidades registradas quanto aos serviços de recuperação, manutenção, conservação e operação para os anos de 2015 a 2019, em que se constatou aumento significativo nos anos de 2018 e 2019, entendeu-se pertinente estabelecer prazo de seis meses, a contar da assinatura do termo aditivo, para adequação da rodovia aos parâmetros de desempenho da frente de recuperação e manutenção previstos ao final dos trabalhos iniciais. A serem mantidos até o início do novo contrato.

Em decorrência, foi apresentado quadro com os parâmetros de desempenho a serem atendidos após os seis meses para: (i) pavimento; (ii) sinalização e elementos de proteção e segurança; (iii) OAE; (iv) sistema de drenagem e OAC; (v) terraplenos e estruturas de contenção; (vi) canteiro central e faixa de domínio; (vii) implantação e recuperação das edificações e instalações operacionais; e (viii) sistemas elétricos e de iluminação. Foram feitos ajustes em relação ao previsto originalmente considerando os contratos mais modernos. E privilegiando a segurança dos usuários em decorrência da não execução de novos investimentos de ampliação de capacidade.

⁹ Nota Técnica SEI Nº 3006/2019/GEFIR/SUINF/DIR

Propôs-se também alteração do desconto relacionado ao fator D¹⁰ em função dos custos reduzidos com a recuperação, manutenção e conservação dos parâmetros de pavimento e sinalização. Tal decorreu da constatação de que estava prevista a execução de 557,2 km de duplicações até o quinto ano da concessão, sendo realizados apenas 70,1 km. E de que o custo previsto para conservação rotineira da pista simples representava 54,7% do necessário para a pista dupla, a valores de julho de 2017.

Quanto à frente de conservação, entendeu-se pertinente manter o escopo dos serviços previsto no PER. Já sobre a frente de serviços operacionais, a nota técnica cita 8 itens para os quais a concessionária apresentou proposta diferente do prescrito no PER. Duas alterações foram aceitas, duas foram aceitas com ressalvas e quatro não foram aceitas.

Por fim, em relação às obrigações de investimentos essenciais a serem mantidas, alteradas ou substituídas após a lavratura do termo aditivo, foi identificada apenas a implantação de uma passarela. Nas considerações finais a gerência informou que os requisitos de sua competência foram atendidos.

A GEENG, por meio de despacho, prestou informações em 16/9/2019 sobre a Licença de Instalação 1.121/2016. E, ainda na mesma data, expediu parecer¹¹ considerando atendidos os critérios do art. 3º, V, alínea “d”, do Decreto nº 9.957/2019, no que envolvia seu rol de competências quanto à faixa de domínio da rodovia.

Encerrada essa primeira etapa de análise prévia do requerimento de relicitação, à concessionária foram disponibilizadas¹², em 19/9/2019, as manifestações das áreas técnicas da ANTT. Solicitou-se manifestação da concessionária em até quinze dias.

Após resposta da concessionária datada de 4/10/2019, com aceitação parcial da proposta apresentada pela ANTT, encaminhada juntamente com a minuta do termo aditivo, a GEFIR expediu nota técnica¹³ em 17/10/2019 com análise definitiva da documentação enviada pela Via 040. Manteve-se inalterado o posicionamento adotado por ocasião da manifestação prévia para quase todos os itens. Exceção se faz quanto ao acatamento de proposta da concessionária de que os parâmetros de desempenho dos serviços de manutenção aferíveis por meio de instrumentos de monitoração fossem exigidos em doze meses a partir da assinatura do TA, e que os demais (grande maioria) fossem exigidos de imediato, sendo feita a decorrente discriminação. E em relação à inclusão de duas passarelas como investimentos essenciais.

Por meio de despacho a GEREFORMA informou à SUINF sobre realização de reunião com a concessionária para esclarecimento de dúvidas sobre o processo de relicitação. E sobre a

¹⁰

¹¹ Parecer Nº 3/2019/COFAD/GEENG/SUINF/DIR

¹² Ofício SEI Nº 12545/2019/SUINF/DIR-ANTT

¹³ Nota Técnica SEI Nº 3459/2019/GEFIR/SUINF/DIR

concordância daquela com o conteúdo da nota técnica de análise prévia expedida pela gerência.

A SUINF, por seu turno, elaborou relatório à diretoria¹⁴, em 24/10/2019, abordando o histórico processual, apresentando *check-list* com o cumprimento dos requisitos do art. 3º do Decreto, concluindo pelo conhecimento do requerimento de relicitação e atestando sua viabilidade técnica, ressaltando a necessidade de análise da viabilidade jurídica por parte da PF-ANTT. Importante observar a ressalva feita ao pleito da concessionária de manutenção da tarifa de pedágio vigente à época, de R\$ 5,30, como condição para a continuidade da prestação dos serviços e viabilidade do procedimento de relicitação, sendo a receita adicional auferida restituída conforme art. 11, III, do Decreto.

Parecer da PF-ANTT¹⁵, de 31/10/2019, opinou pela viabilidade jurídica da relicitação. Despacho¹⁶, de 5/11/2019, ressaltou ser recomendável a manutenção da fiscalização da agência sobre as obrigações de investimentos vencidas ou a vencer até a celebração do termo aditivo e que a metodologia para o cálculo de indenização e identificação de bens reversíveis fosse regulamentada antes da referida celebração.

Por meio da Deliberação Nº 1.015, de 26/11/2019, a Diretoria Colegiada da ANTT, fundamentada no Voto DEB-356, de 19/11/2019, e nas peças do processo SEI, atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação e submeteu o processo ao MINFRA. Determinou ainda que a SUINF mantivesse a fiscalização das obrigações previstas até a celebração do termo aditivo e promovesse análise de sua minuta, bem como dos fatores voltados ao reequilíbrio do contrato, do valor da tarifa de pedágio a ser aplicada e do montante da indenização.

Em 20/12/2019, por meio do Despacho Nº 48/2019/GM/MINFRA, o processo foi submetido ao Conselho do PPI. Paralelamente, a GEREFE solicitou¹⁷ à concessionária, em 23/12/2019, diversas informações sobre os bens reversíveis, conferindo prazo de noventa dias para a resposta.

A Resolução Nº 105, de 10/1/2020, expedida pelo Conselho do PPI, opinou favoravelmente pela qualificação do empreendimento para fins de relicitação, submetendo-a à deliberação do Presidente da República, sendo aprovada por meio do Decreto Nº 10.248, de 18/2/2020.

Consultando o sítio eletrônico da agência reguladora¹⁸ verificou-se que o termo aditivo de relicitação foi assinado entre os dias 17 e 20/11/2020.

¹⁴ Relatório à Diretoria SEI Nº 906/2019

¹⁵ Parecer n. 01435/2019/PF-ANTT/PGF/AGU

¹⁶ Despacho n. 14300/2019/PF-ANTT/PGF/AGU

¹⁷ Ofício SEI Nº 19014/2019/GEREF/SUINF/DIR-ANTT

¹⁸ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/via-040/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/via040-1-ta-com-anexos-1-e-2.pdf/view>

Retornando ao andamento do processo na ANTT, após prorrogação de prazo autorizada, as informações sobre os bens reversíveis foram encaminhadas em 6/4/2020. Posteriormente, verifica-se que em 27/7/2021 houve questionamento da SUROD (antiga SUINF) à SUCON sobre o andamento da estruturação da futura concessão e necessidade de prorrogação da relicitação, conforme art. 20, § 2º, da Lei nº 13.448/2017. Ato contínuo a SUCON encaminhou as perguntas à EPL¹⁹, encarregada da estruturação.

A resposta da referida empresa²⁰, de 9/9/2021, informou que:

a) os estudos do trecho Juiz de Fora/MG a Belo Horizonte/MG haviam sido entregues pela parceira IFC em agosto de 2021, estando sob análise para abertura do processo de consulta pública; e

b) os estudos do trecho Belo Horizonte/MG a Brasília/DF, realizados em conjunto com o Consórcio Modelador SHAS, tinham entrega prevista para janeiro de 2022.

Tendo em vista o descortinado pela EPL, a SUROD elaborou nota técnica²¹, em 30/9/2021, sugerindo ao Diretor-Geral submeter à Diretoria Colegiada minuta de deliberação com proposta de prorrogação do prazo de vigência do termo aditivo ao MINFRA, para posterior submissão ao Conselho do PPI. Como consequência foi expedida a Deliberação Nº 336, de 7/10/2021, recomendando a prorrogação e determinando a remessa do processo ao ministério. Por fim a Resolução CPPI Nº 210, de 16/12/2021, aprovou a prorrogação do processo de relicitação pelo prazo de dezoito meses, a contar de 18/2/2022.

9.2. MS Via

A solicitação de adesão ao processo de relicitação foi datado de 20/12/2019. Seguindo a ordem cronológica, foram elaboradas as seguintes manifestações das áreas técnicas competentes da ANTT:

a) despacho da CIPRO, de 10/1/2020, listando, de forma preliminar, os principais litígios relacionadas ao contrato nos âmbitos administrativo, judicial e arbitral;

b) parecer da GEENG²², de 17/1/2020, com a análise da situação dominial das áreas afetadas pelo contrato, considerando não haver restrições aos critérios do art. 3º, V, alínea “d”, do Decreto nº 9.957/2019;

¹⁹ Ofício SEI Nº 20244/2021/SUCON/DIR-ANTT

²⁰ Ofício Nº 175/2021/DPL-EPL

²¹ Nota Técnica SEI Nº 5514/2021/GECEF/SUROD/DIR

²² Parecer Nº 1/2020/COFAD/GEENG/SUINF/DIR

c) despacho, de 30/1/2020, da unidade regional da agência responsável pela fiscalização do contrato, apresentando as atividades mínimas e/ou essenciais a serem atendidas pela concessionária;

d) nota técnica GEENG²³, de 21/2/2020, avaliando o fracionamento do licenciamento ambiental, uma das justificativas apresentadas pela concessionária para a relicitação;

e) nota técnica GREF²⁴, de 28/2/2020, analisando previamente a documentação anexa ao requerimento e de sua competência, de maneira semelhante ao realizado para o caso da Via 040, e considerando atendidos os requisitos da Lei e do Decreto; e

f) nota técnica GEFIR²⁵, de 13/3/2020, analisando previamente a documentação anexa ao requerimento e de sua competência, de maneira semelhante ao realizado para o caso da Via 040, e considerando atendidos os requisitos do regulamento.

Relevante apresentar, no Quadro 8, alguns aspectos apontados pela concessionária como justificativas do pedido de relicitação e a correspondente análise da GREF:

Quadro 8 - Justificativas para a Relicitação x Análise da GREF

Justificativa	Análise
Crise econômica e redução de tráfego de veículos, afetando o EEF do contrato e contribuindo para a inviabilidade de sua execução.	Conforme cláusulas da minuta contratual, repetidas no contrato, ao proponente cabia o mérito de julgar a expectativa de crescimento do PIB do EVTE e calibrar, a seu juízo a proposta econômica no leilão. Utilização de parâmetro enviesado na comparação entre tráfego projetado e real.
Alteração nas condições de financiamento, tendo o BNDES reduzido o percentual para somente 40% das obras.	Conforme matriz de risco contratual, o referente à alteração das condições de financiamento de longo prazo é da concessionária, decorrendo da Lei nº 8.987/1995, segundo a qual cabe à sociedade empresarial captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.
Aumento extraordinário do preço do Cimento Asfáltico de Petróleo, ocorrido quando a concessionária avançava nas obras de duplicação e restauração do pavimento.	Conforme matriz de risco do contrato, o derivado da variação dos preços de insumos é de responsabilidade da concessionária. Somente a modelagem da 1ª etapa permitiu a revisão contratual em razão da modificação de preços de insumos..
Atraso na obtenção da Licença de Instalação por parte do poder concedente e fracionamento dos segmentos liberads.	Houve atraso na expedição da LI, estando a concessionária liberada para realizar as obras de duplicação e melhorias a partir de 10/5/2016. Como a concessionária trabalhava com a tarifa cheia, seria legítimo aplicar o Fator D de acordo com os prazos do

²³ Nota Técnica SEI Nº 633/2020/COAMB/GEENG/SUINF/DIR

²⁴ Nota Técnica SEI Nº 771/2020/GREF/SUINF/DIR

²⁵ Nota Técnica SEI Nº 765/2020/GEFIR/SUINF/DIR

	PER. Quanto à fragmentação, a GEENG poderia avaliar melhor a possibilidade do pleito de reequilíbrio. Mas o fato não impediria a realização de obras de capacidade e melhorias.
Constatação superveniente da inclusão de novos investimentos, demonstrando a inadequação dos termos originais do contrato de concessão frente à realidade vigente	A revisão quinquenal seria um instrumento regulatório hábil a captar eventuais demandas por inclusão de novas obras e melhorias, não sendo a alegada contatação justificativa para relicitação.

Por meio de ofício²⁶ de 13/3/2020 a concessionária foi informada sobre as análises das unidades técnicas, teve disponibilizado o acesso eletrônico ao processo e foi solicitada a se manifestar no prazo de até quinze dias. Após resposta da concessionária, o processo seguiu caminho semelhante ao da Via 040, com as áreas técnicas analisando a manifestação e produzindo pareceres reiterando o cumprimento dos requisitos para a relicitação, com as observações pertinentes.

Conveniente observar dois aspectos ressaltados na manifestação da Procuradoria Federal. O primeiro, constante do parecer²⁷ expedido em 15/6/2020, tratou da discordância sobre alguns pontos da proposta da concessionária, como se observa da transcrição de trecho do documento:

27. Percebe-se, da leitura da referida nota técnica, que **não houve concordância da ANTT com relação a alguns pontos da proposta da concessionária, como por exemplo em relação à frente de recuperação e manutenção e ao atendimento médico e mecânico**. Esses pontos devem ser devidamente fixados, para que a avaliação da viabilidade técnica recaia sobre os elementos concretos do acordo a ser firmado, suprimindo-se preliminarmente quaisquer pontos discordantes. **Não havendo acordo, é inviável a relicitação.**

O segundo aspecto, abordado no despacho²⁸ de mesma data, cuidou do lapso entre a qualificação e a assinatura do termo aditivo. Para tanto, utilizou-se do caso da Via 040, que na ocasião já havia sido qualificado, mas que ainda não contava com aditivo assinado, já tendo transcorrido quase quatro meses. A preocupação recaía sobre eventual desequilíbrio no poder de negociação em favor das concessionárias, em razão da passagem do tempo, decorrente da imunidade ao avanço de processos de caducidade após a qualificação, na forma da Lei. Em decorrência, recomendou-se à Diretoria Colegiada que sugerisse às instâncias seguintes a fixação de prazo de validade da qualificação, dependente da assinatura do termo aditivo.

A Deliberação Nº 337, assinada em 22/7/2020 pelo Diretor-Geral em Exercício da ANTT, decorrente de reunião da Diretoria Colegiada, atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação, determinando o envio do processo ao MINFRA, que por meio da Portaria Nº 156, de 20/10/2020, declarou a compatibilidade do requerimento com o escopo da

²⁶ Ofício SEI Nº 5116/2020/SUINF/DIR-ANTT

²⁷ Parecer n. 00250/2020/PF-ANTT/PGF/AGU

²⁸ Despacho de Aprovação n. 00135/2020/PF-ANTT/PGF/AGU

política pública e submeteu-o ao Conselho do PPI. Este, por sua vez, publicou a Resolução CPPI Nº 148. De 2/12/2020, opinando favoravelmente e submetendo o assunto ao Presidente da República, que se utilizando do Decreto Nº 10.647, de 11/3/2021, terminou por qualificar o empreendimento para a relicitação, com a ressalva quanto à perda de eficácia e extinção da medida, em noventa dias, caso não firmado o termo aditivo.

Após diversas tratativas entre a ANTT, concessionária, MINFRA e DNIT (sobre obras do contorno de Campo Grande) relacionadas ao termo aditivo e iniciadas ainda em agosto de 2020, a Deliberação Nº 181, de 18/5/2021, da Diretoria Colegiada da ANTT, aprovou sua celebração, o que ocorreu em 10/6/2021.

Compulsando ainda os autos do processo SEI 50500.429595/2019-37, fonte das informações até aqui apresentadas, após assinatura do termo aditivo houve diversas comunicações entre a ANTT, concessionária e EPL tratando de: (i) obra de ampliação de capacidade prevista, (ii) bens reversíveis, (iii) reuniões do Conselho de Administração da MS Via; e (iv) contratação de verificador independente.

Assim como ocorrido com a Via 040 houve a prorrogação do prazo inicial de 24 meses da relicitação. Todavia, no caso, por mais 24 meses, a contar de 12/3/2023, conforme Resolução CPPI Nº 265, de 2/3/2023. A informação foi obtida em consulta ao sítio eletrônico do PPI²⁹.

9.3. Concebra

O pedido de relicitação foi datado de 9/4/2020. Por meio de ofício³⁰ assinado em 2/7/2020 o titular da SUROD informou à concessionária sobre a análise do requerimento. Discorreu sobre o teor de seus capítulos e concluiu que ao serem examinados os requisitos da Lei e do Decreto, alguns não estavam de acordo com esses diplomas legais, necessitando de reformulação. Assim, considerando o que havia sido relatado, com destaque para a inviabilidade do processo de relicitação em condições de embate, da insuficiência de clareza do propósito da relicitação e da carência de informações sobre questões essenciais do processo, este não teria seguimento.

Após tomar conhecimento da posição da agência reguladora e em razão de fato superveniente ocorrido em sede de procedimento arbitral, relacionado a redução tarifária decorrente de ordem processual, a concessionária solicitou, em 14/7/2020, suspensão do processo da relicitação pelo prazo de trinta dias ou até deliberação final da Corte Arbitral (após pedido de reconsideração), considerando o que ocorresse primeiro. Por meio de ofício³¹ de 11/9/2020 foi concedido prazo de 15 dias, contados da ciência da decisão do Tribunal Arbitral

²⁹ <https://www.ppi.gov.br/legislacao/>

³⁰ Ofício SEI Nº 12064/2020/SUROD/DIR-ANTT

³¹ Ofício SEI Nº 16906/2020/SUROD/DIR-ANTT

que tivesse avaliado o pedido de reconsideração, para adequação, por parte da concessionária, do requerimento inicial de relicitação.

Em razão da prolação de ordem processual pelo Tribunal Arbitral, estabelecendo a tarifa de pedágio, novo ofício³², de 12/3/2021, firmou prazo até 26/3/2021 para adequação do pedido de devolução amigável, o que ocorreu em 24/3/2021.

Dessa maneira, após análises das áreas técnicas da agência reguladora, acostadas ao processo eletrônico, a PF-ANTT produziu parecer³³ e despacho³⁴, de 13 e 18/5/2021 respectivamente, nos quais apontou duas pendências para o prosseguimento da relicitação:

a) retificação da declaração de adesão irrevogável e irreatável ao processo de relicitação, em que constou possibilidade de retratação da concessionária na superveniência de quaisquer alterações na redação da Lei e/ou Decreto, o que afastaria a condição de irreatabilidade; e

b) apresentação de garantia de execução contratual, pendente desde janeiro de 2018, o que ensejaria instauração de processo de caducidade.

Após envio de nova declaração pela concessionária e despacho da SUROD informando existência de determinação arbitral impedindo a ANTT de instaurar processo de caducidade ou cobrar quaisquer valores da concessionária, incluída a execução de garantia, e sustentando que a necessária regularização deveria ser exigida apenas por ocasião do termo aditivo, a PF-ANTT expediu nota³⁵, em 11/6/2021, pela viabilidade da relicitação.

Importante observar que em 2/6/2021 foi subscrita análise de impacto regulatório³⁶ concluindo que a solução mais adequada para o caso seria, efetivamente, a relicitação, com eventuais ajustes na modelagem considerados necessários.

A Diretoria Colegiada atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento e determinou o envio do processo ao MINFRA por meio da Deliberação Nº 216, de 22/6/2021.

Na sequência vieram:

a) Portaria Nº 99, do MINFRA, de 10/8/2021;

b) Resolução CPPI Nº 191, de 25/8/2021; e

c) Decreto Nº 10.864, de 19/11/2021.

³² Ofício SEI Nº 8056/2021/SUROD/DIR-ANTT

³³ Parecer n. 00158/2021/PF-ANTT/PGF/AGU

³⁴ Despacho de Aprovação n. 00062/2021/PF-ANTT/PGF/AGU

³⁵ Nota n. 00192/2021/PF-ANTT/PGF/AGU

³⁶ Análise de Impacto Regulatório SEI Nº 5903525/2021

Consultando o sítio eletrônico da agência reguladora³⁷ verificou-se que o termo aditivo de relicitação foi assinado no dia 18/2/2022.

9.4. Autopista Fluminense

No que tange à concessão da BR-101/RJ, o requerimento de adesão à relicitação foi apresentado em 19/5/2020.

Nota técnica³⁸ da GEFIR, de 20/10/2020, considerou, dentro das competências da gerência:

a) não apresentadas justificativas e elementos técnicos suficientes que viabilizassem a análise da necessidade e conveniência da relicitação (art. 3º, I, do Decreto nº 9.957/2019);

b) não atendidas as condições de prestação dos serviços essenciais durante o trâmite do processo de relicitação que atendessem à segurança (art. 3º, VI, alínea “a”, do Decreto nº 9.957/2019); e

c) atendimento parcial dos requisitos do art 3º, VI, alínea “b”, c/c art. 3º, § 3º, do regulamento.

No que tange à concessão da BR-101/RJ, o requerimento de adesão à relicitação foi apresentado em 19/5/2020.

A GEGEF, também vinculada à SUROD, expediu nota técnica³⁹ em 22/10/2020 na qual observou não haver evidências claras de atendimento ao art. 13 da Lei nº 13.448/2017 em relação à “incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”.

Após manifestação da concessionária de 20/11/2020, a GEGEF se posicionou no seguinte sentido por meio de nota técnica⁴⁰, de 29/1/2021:

3.2. No que pese os imperiosos desafios econômico-financeiros ao qual o projeto se sujeita, não nos parece até o momento hipótese de plena adequação aos dispositivos legais que regulam o instituto da relicitação, nos termos da Lei nº 13.448/17. Mais adequado sob o prisma regulatório e em face ao arcabouço normativo vigente seria submeter a reavaliação, em sede de revisão quinquenal, dos importantes investimentos e melhorias no sistema rodoviário que ainda se encontram dentro das obrigações contratuais. Sujeitar projetos, cuja inexequibilidade decorre da rentabilidade insatisfatória em função de uma

³⁷ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/concebra/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/2o-termo-aditivo.pdf/view>

³⁸ Nota Técnica SEI Nº 4788/2020/GEFIR/SUROD/DIR

³⁹ Nota Técnica SEI Nº 4808/2020/GEGEF/SUROD/DIR

⁴⁰ Nota Técnica SEI Nº 303/2021/GEGEF/SUROD/DIR

baixa tarifa de pedágio do proponente vencedor, ao processo de relicitação, pode incentivar jogadores com perfil demasiado arrojado aos leilões do setor.

3.3. **Não** há, ademais, restrição a priori que inviabilize a negociação e possível venda do ativo pelo grupo Arteris no todo ou em parte a outro potencial controlador se assim entender.

A GEFIR ratificou, por meio de nova nota técnica⁴¹ de 22/2/2021, seu posicionamento anterior no sentido de não ser pertinente a aceitação do pedido de relicitação.

Despacho da SUROD, em 12/3/2021, ao avaliar as aludidas notas técnicas, ponderou haver razões fortes indicando a insustentabilidade econômico-financeira da concessão, recomendando a viabilidade técnica da relicitação. Assim, restituiu o processo à GEGEF solicitando a elaboração de relatório à Diretoria e duas minutas de deliberação, uma pela viabilidade e outra pela inviabilidade do pleito de relicitação.

Em 16/3/2021 a SUROD expediu relatório⁴² cuja conclusão reproduz-se a seguir:

4.1. De acordo com o requerimento de enquadramento no processo de relicitação do Contrato de Concessão da Concessionária Autopista Fluminense S.A. e conforme as manifestações das áreas responsáveis, essa Superintendência de Infraestrutura Rodoviária - SUROD vem por meio desse Relatório apresentar seu posicionamento quanto ao enquadramento ou não nos itens existentes para recilitação.

4.2. Diante do posicionamento da GEFIR que opina pela negativa em função do nível razoável de adimplência contratual; e da GEGEF que opina de forma conservadora pela negativa apesar de reconhecer o cenário desafiador em que a concessionária se encontra, apreciando os dados e as informações contidas nos autos, o Superintendente da SUROD entendeu pela existência de razões fortes que indiquem a insustentabilidade econômico-financeira da concessão, à luz das obrigações contratuais futuras, frente à estimativa de receitas projetadas e à estrutura de capital do empreendimento, e recomenda pela viabilidade técnica da relicitação, nos termos do Despacho SEI nº 5631532.

O processo seguiu então para a PF-ANTT, cujo parecer⁴³, de 24/3/2021, concluiu não estarem presentes nos autos os elementos necessários à configuração da viabilidade jurídica, não sendo atendido o art. 13 da Lei nº 13.448/2017. Especialmente em relação ao descumprimento de obrigações contratuais ou demonstração, naquele momento, de incapacidade de adimplir obrigações assumidas. Assim, recomendou à Diretoria Colegiada a não aprovação do requerimento de relicitação.

Ainda no âmbito da Procuradoria, o despacho⁴⁴ de 25/3/2021 aduziu que “aferir e atestar se a concessionária é incapaz de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras

⁴¹ Nota Técnica SEI Nº 257/2021/GEFIR/SUROD/DIR

⁴² Relatório à Diretoria SEI Nº 120/2021

⁴³ Parecer n. 00096/2021/PF-ANTT/PGF/AGU

⁴⁴ Despacho de Aprovação n. 00035/2021/PF-ANTT/PGF/AGU

assumidas originalmente, em especial, a capacidade financeira, é uma análise muito mais técnica do que jurídica”. Dessa maneira, caberia à Diretoria Colegiada a decisão, havendo viabilidade jurídica caso se entendesse pelo cumprimento do citado artigo legal. Do contrário, a decisão deveria ser pela inviabilidade, conforme parecer pretérito.

Tendo em vista o teor da manifestação da PF-ANTT, especialmente sobre o escopo dos serviços essenciais a serem prestados durante o período de relicitação, conforme abordado no corpo do referido parecer jurídico, a SUROD solicitou à GEFIR, em 30/3/2021, reanálise dos mencionados serviços. Tendo solicitado também, em 29/3/2021, reapresentação, por parte da concessionária, de certidão de inexistência de processos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, outro problema que havia sido identificado pela Procuradoria.

Por meio de nota técnica⁴⁵ assinada em 2/6/2021, a GEFIR respondeu à SUROD após analisar duas manifestações apresentadas pela concessionária, em 29/3/2021 e 25/5/2021. A SUROD, por seu turno, após recebimento da certidão acima referida, considerou atendidas as recomendações da PF-ANTT e o processo apto à deliberação da Diretoria Colegiada, em 8/6/2021.

O Diretor-Geral em Exercício, relator sorteado do processo, considerando carta recebida da concessionária reforçando o pedido de relicitação e informando sobre sua insustentabilidade financeira, solicitou à SUROD, em 9/7/2021, análise dos documentos protocolados pela Autopista Fluminense, com vistas a subsidiar a decisão da Diretoria Colegiada. A resposta se deu por meio de AIR⁴⁶, de 4/8/2021, que considerou a relicitação como solução mais adequada. Com a ressalva de que a decisão poderia ter repercussão sobre demais contratos de concessão com nível de execução razoável, mas com pleitos de relicitação tendo em vista a perspectiva de déficit de rentabilidade aos acionistas.

Em decorrência de nova composição da Diretoria Colegiada, houve sorteio de novo relator, que solicitou manifestação da SUROD sobre algumas pendências de requisitos exigidos pela Lei ou pelo Decreto. Tal pedido motivou envio de ofício⁴⁷ de diligência à concessionária, em 16/8/2021.

Após duas manifestações da concessionária e a elaboração de duas notas técnicas⁴⁸ pela GEENG, notadamente sobre desapropriação e faixa de domínio, a SUROD despachou o processo ao relator, em 1/9/2021, atestando o cumprimento dos requisitos legais da relicitação, com algumas ressalvas.

⁴⁵ Nota Técnica SEI Nº 2348/2021/GEFIR/SUROD/DIR

⁴⁶ Análise de Impacto Regulatório SEI Nº 7277743/2021

⁴⁷ Ofício SEI Nº 22038/2021/SUROD/DIR-ANTT

⁴⁸ Nota Técnica SEI Nº 4712/2021/COFAD/GEENG/SUROD/DIR e Nota Técnica SEI Nº 4858/2021/COFAD/GEENG/SUROD/DIR

Finalmente, em 9/9/2021, a Deliberação Nº 307 atestou o cumprimento dos requisitos e determinou o envio do processo ao MINFRA. E, na sequência:

- a) Portaria Nº 1.372, do MINFRA, de 17/11/2021;
- b) Resolução CPPI Nº 209, de 16/12/2021; e
- c) Decreto Nº 11.005, de 21/3/2022.

Consultando o sítio eletrônico da agência reguladora⁴⁹ verificou-se que o termo aditivo de relicitação foi assinado no dia 15/6/2022.

9.5. Rota do Oeste

A concessionária responsável pelo contrato da BR-163/MT apresentou seu pedido de relicitação em 9/12/2021.

A GEFIR, em relação aos assuntos de sua competência, expediu nota técnica⁵⁰, em 20/1/2022, considerando, em uma análise preliminar, existirem justificativas e elementos técnicos suficientes para viabilizar a análise da necessidade e da conveniência do processo de relicitação, ainda que a proposta da concessionária devesse ser ajustada para a celebração de termo aditivo.

A GEGEF, quanto aos aspectos por ela avaliados, atestou que a concessionária cumpriu os requisitos exigidos pelos diplomas legais, conforme nota técnica⁵¹ de 26/1/2022.

Já o parecer⁵² da PF-ANTT de 8/2/2022 entendeu que a viabilidade jurídica da relicitação dependeria da verificação do atendimento aos requisitos do art. 3º do Decreto nº 9.957/2019, a ser realizada pela SUROD, conforme itens apontados no documento. Caso atestada a presença dos requisitos, o processo não necessitaria ser devolvido à Procuradoria.

Por meio de relatório⁵³ expedido em 17/2/2022, a SUROD recomendou o encaminhamento do processo ao Gabinete da Diretoria para os atos finais necessários ao atesto de viabilidade técnica e jurídica e envio do processo ao MINFRA.

Cabe destacar pedido feito pela OAB – Seccional Mato Grosso – em 7/3/2022 para ser admitida no processo como *amicus curiae* e participar da reunião colegiada da ANTT com uso de manifestação oral. A solicitação foi deferida.

⁴⁹ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/autopista-fluminense/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos/2o-termo-aditivo.pdf/view>

⁵⁰ Nota Técnica SEI Nº 385/2022/GEFIR/SUROD/DIR

⁵¹ Nota Técnica SEI Nº 477/2022/GEGEF/SUROD/DIR

⁵² Parecer n. 00023/2022/PF-ANTT/PGF/AGU

⁵³ Relatório à Diretoria SEI Nº 682/2021

Conforme Deliberação Nº 102, de 10/3/2022, a viabilidade técnica e jurídica do requerimento foi atestada e determinado o envio do processo ao MINFRA. Também foi admitido o ingresso da OAB/MT. O MINFRA lavrou, em 24/5/2022, a Portaria Nº 24 declarando a compatibilidade do requerimento com o escopo da política pública e submeteu o assunto ao Conselho do PPI.

Importante mencionar despacho da GECON, de 27/5/2022, sugerindo à SUINF encaminhamento do seguinte questionamento à PF-ANTT:

I - O resultado do procedimento arbitral CCI nº 23960⁵⁴ em curso pode interferir no processo de Relicitação? Neste caso, qual seria o entendimento da Procuradoria, o resultado do processo de arbitragem seria considerado no cálculo de haveres e deveres, ao final do prazo de 24 (vinte e quatro) meses após a qualificação da relicitação no PPI e decreto presidencial?

Na data de 2/6/2022 foi expedida a Resolução CPPI Nº 235, opinando favoravelmente pela qualificação e submetendo-a à deliberação do Presidente da República. O Decreto Nº 11.122, de 6/7/2022, terminou por qualificar o empreendimento.

Quanto ao questionamento feito pela GECON, a PF-ANTT elaborou parecer⁵⁵, expedido em 14/7/2022. Quanto ao primeiro questionamento, considerou-se que o procedimento arbitral não teria o condão de interferir no processo de relicitação. Em relação ao segundo, após considerar os possíveis resultados da arbitragem e seus desdobramentos financeiros, recomendou-se que a ANTT, dentre outras providências julgadas cabíveis, incluísse cláusula no termo aditivo limitando os efeitos da arbitragem até sua vigência, a exemplo dos pactuados com MS Via e Concebra.

Consultando o sítio eletrônico da agência reguladora⁵⁶ verificou-se que o termo aditivo de relicitação, Termo Aditivo Nº 004/2022, foi assinado no dia 5/10/2022. Por meio do quinto termo aditivo, de 5/12/2022, alterou-se a cláusula 13.1 do termo aditivo de relicitação, adiando em sessenta dias sua entrada em vigência. Semelhante adiamento foi concedido por meio do sexto termo aditivo, de 2/2/2023. Finalmente, o sétimo termo aditivo, de 3/4/2023, adiou por mais trinta dias o prazo inicial. Tais alterações foram motivadas por pedido da concessionária, para que fosse possível a conclusão de todos os ritos para eficácia de TAC (Processo SEI Nº 50500.161397/2022-66).

Referido TAC⁵⁷ foi assinado em 4/10/2022 tendo como objeto:

⁵⁴ Relativo a avaliação de controvérsias sobre obrigações do contrato de concessão

⁵⁵ Parecer n. 00180/2022/PF-ANTT/PGF/AGU

⁵⁶ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/rota-do-oeste/documentos-de-gestao/contrato-e-aditivos>

⁵⁷ https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/informacoes-gerais/tac-multas-e-planos-de-acao/TAC_CRO.pdf

- i. a correção, pela CONCESSIONÁRIA, nos termos deste TAC, dos descumprimentos de obrigações contratuais indicados no processo administrativo ANTT nº 50500.321614/2019-88, descritos de forma detalhada no Anexo A, e eventuais pendências em apuração nos processos administrativos ANTT 50500.037037/2021-63 e 50500.080982/2021-85, abertos em decorrência do Processo TCU nº 032.830/2016-5, 50500.031721/2022-12, aberto em decorrência do Processo TCU nº 023.217/2015-4, e 50500.100621/2021-62, aberto em decorrência do Processo TCU nº 034.032/2017-7, nos termos do § 2º do art. 1º da Resolução nº 5.823, de 12 de junho de 2018;
- ii. a resolução dos pleitos e pretensões entre as partes, mediante extinção do Passivo Regulatório (Anexo C) e renúncia integral às pretensões, pela CONCESSIONÁRIA, do Procedimento Arbitral nº CCI 23960/GSS/PFF;
- 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.

De acordo com a cláusula 4ª do documento, sua eficácia estava sujeita ao cumprimento de algumas condições sucessivas e cumulativas, consideradas cumpridas por meio de ofício⁵⁸ do Diretor-Geral da ANTT, encaminhado à concessionária em 3/5/2023. Conforme Ata da 39ª Reunião de Diretoria Administrativa da ANTT⁵⁹, realizada em 8/5/2023, o citado ofício, **atestando a extinção do termo aditivo de relicitação como decorrência do início de eficácia do TAC**, foi convalidado pela Diretoria Colegiada.

9.6. Rodovia do Aço

O requerimento de relicitação foi apresentado em 11/11/2021. O processo seguiu semelhante tramitação em relação aos anteriores, com as áreas técnicas da ANTT produzindo notas técnicas e solicitando informações complementares à concessionária.

Assim, cabe destacar relatório⁶⁰, de 3/10/2022, em que a SUROD aponta não terem sido apresentados óbices relacionados às aprovações técnicas, sendo atendidos os ditames legais para a qualificação. Ocorre que, prosseguindo na conclusão, o documento assevera:

25. Destaca-se, contudo, que, além das ressalvas apontadas pelos setores da SUROD, relatadas neste presente relatório, consta concomitante processo de caducidade (50500.096903/2021-58), cujo respectivo Relatório de Análise do Impacto Regulatório (12498905) aponta (*in verbis*) “**que a decretação da caducidade é a ação regulatória mais indicada para o caso**”.

⁵⁸ Ofício SEI Nº 13749/2023/DG-ANTT

⁵⁹

https://portal.antt.gov.br/documents/498202/0/Ata+da+39%C2%AA+RDA+SEI_50500.116877_2023_53.pdf/da342005-03a5-b693-b0a7-5c2b5ecad0e4?t=1684244476820

⁶⁰ Relatório à Diretoria SEI Nº 531/2022

26. Importante ainda ressaltar que os processos de caducidade e de relicitação são distintos e um não possui preferência em relação ao outro em princípio.

27. Assim, a melhor ação regulatória para o caso, em linhas gerais, precisa ter por meta a continuidade da prestação dos serviços, com vistas à segurança viária, seja por meio da manutenção do contrato de concessão ou da prestação direta do serviço pelo Poder Público.

28. Além disso, cabe explicar, que em relação aos valores da indenização devida ao contratado originário, a Nota Técnica 2068/2022/GEGEF/SUOD/DIR (SEI 10717472), apresentou estimativa de indenização máxima em função dos investimentos vinculados a bens reversíveis à União, ainda não depreciados ou amortizados de R\$ 625.705.780,61, a preços de março de 2022. Note-se que, em multas transitadas ou não em julgado de 2018 a 2022 tem o valor de R\$ 854.749.441,00, portanto superior à estimativa máxima de indenização R\$ 625.705.780,61. Em decorrência, em um procedimento de relicitação, a concessionária já o iniciaria com um saldo desfavorável da ordem de R\$ 200 milhões.

29. Por isso, **avalia-se que a decretação da caducidade é a ação regulatória mais indicada para o caso**, por abrir caminho para eventual nova concessão, ou para assunção dos serviços pelo Poder Público, de forma a corrigir os rumos da atual gestão da K-Infra.

Tal posicionamento decorreu das avaliações das gerências e do relatório de AIR – GERER (SEI Nº 12498905, acostado ao processo 50500.096903/2021-58, que apura descumprimento de prazos de execução de obras), este último manifestando preferência pela caducidade, em detrimento às demais opções: (i) manter a situação; (ii) relicitar; ou (iii) intervir.

O voto⁶¹ do relator da matéria, de 17/11/2022, propondo não atestar a viabilidade técnica e jurídica do requerimento, pontuou:

3.48. Em suma, **a Concessionária propõe basicamente investimentos em manutenção da rodovia na ordem de R\$ 80 milhões, financiados, em sua esmagadora maioria (75%), com a tarifa paga pelo usuário**. Apenas 25% desse investimento - cerca de R\$ 20 milhões - seriam provenientes de aportes do acionista.

3.49. Destaco que, segundo as demonstrações contábeis de 2019 a 2021, **após a mudança de controle da concessionária, o atual acionista nunca investiu com recurso próprio na concessão**. Na verdade, nesse período, **o acionista recebeu cerca R\$ 16 milhões a título de "serviços prestados de assessoria de controle, planejamento e gestão empresarial"**, ao mesmo tempo que as despesas com os membros do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva somaram cerca de R\$ 3,5 milhões.

3.50. Destarte, creio que tal manifestação, além de não demonstrar a vantajosidade de manutenção do contrato ante a prestação do serviço pelo Poder Público, não garante que a Concessionária honrará com seus compromissos, pois apresenta reiterado descumprimento das obrigações contratuais e a Agência se utilizou, de maneira infrutífera,

⁶¹ Voto DDB Nº 100/2022

de todo arsenal de ferramentas à sua disposição para tentar restabelecer a adequada prestação dos serviços.

Assim, a Deliberação Nº 345, de 17/11/2022, de forma inédita e seguindo a proposta do relator, não atestou a viabilidade do requerimento de relicitação, determinando o envio do processo ao MINFRA. Conforme consulta ao sítio eletrônico da ANTT⁶², na mesma reunião da Diretoria Colegiada foi exarada a Deliberação Nº 344, decorrente do processo anteriormente citado. Propôs-se à União a decretação da caducidade do contrato, determinando à Comissão de Planejamento e Fiscalização do encerramento da concessão que promovesse o cálculo definitivo de eventual indenização ao particular, com base na Resolução Nº 5.860, de 3/12/2019.

Encontra-se pendente julgamento de recurso interposto pela concessionária contra a Deliberação Nº 345, sendo o processo distribuído ao relator em 5/5/2023.

9.7. ECO101

Última a apresentar requerimento de relicitação, a concessionária da BR-101/ES/BA solicitou o enquadramento em 15/7/2022. Superados os questionamentos feitos pela PF-ANTT por meio de parecer⁶³ de 23/11/2022, relacionados à insuficiente motivação da viabilidade técnica expressa por nota técnica da SUROD, relativamente ao descumprimento dos serviços não obrigatórios, a Deliberação Nº 361, de 1/12/2022, atestou o cumprimento dos requisitos para a relicitação e encaminhou o processo ao MINFRA.

Seguiram-se então:

- a) Portaria Nº 1.649, do MINFRA, de 16/12/2022; e
- b) Resolução CPPI Nº 263, de 27/12/2022; e
- c) Decreto Nº 11.539, de 31/5/2023.

9.8. Resumo

A fim de aglutinar as informações sobre as decisões do poder concedente relacionadas aos sete pedidos de relicitação manejados até o momento, o Quadro 9 apresenta número e data dos atos legais exarados pela ANTT, MINFRA, CPPI e Presidência da República.

⁶² https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/5587092?returnUrl=https%3A%2F%2Fportal.antt.gov.br%2Fbusca-da-reunioes-da-diretoria%3Fq%3D944%25C2%25AA%26category%3D499777%26%26sort%3Dddm_keyword_35737_reunia_o_data_pt_BR_String_sortable-

⁶³ Parecer n. 00345/2022/PF-ANTT/PGF/AGU

Quadro 9 - Atos do Poder Concedente

Concessionária	Deliberação ANTT		Portaria MINFRA		Resolução CPPI		Decreto PR	
	Nº	Data	Nº	Data	Nº	Data	Nº	Data
Via 040	1.015	26/11/2019	(1)		105	10/1/2020	10.248	18/2/2020
MS Via	337	22/7/2020	156	20/10/2020	148	2/12/2020	10.647	11/3/2021
Concebra	216	22/6/2021	99	10/8/2021	191	25/8/2021	10.864	19/11/2021
Autopista Fluminense	307	9/9/2021	1.372	17/11/2021	209	16/12/2021	11.005	21/3/2022
Rodovia do Aço	345	17/11/2022	-	-	-	-	-	-
Rota do Oeste	102	10/3/2022	24	24/5/2022	235	2/6/2022	11.122	6/7/2022
ECO101	361	01/12/2022	1.649	16/12/2022	263	27/12/2022	11.539	31/5/2023

(1) Não houve portaria. O assunto foi submetido ao CPPI por meio do Despacho Nº 48/2019/GM/MINFRA, de 20/12/2019

A qualificação da Via 040 foi prorrogada por dezoito meses, a contar de 18/2/2022, por meio da Resolução CPPI Nº 210, de 16/12/2021. Para a MS Via também houve prorrogação, por 24 meses, a contar de 12/3/2023, conforme Resolução CPPI Nº 265, de 2/3/2023.

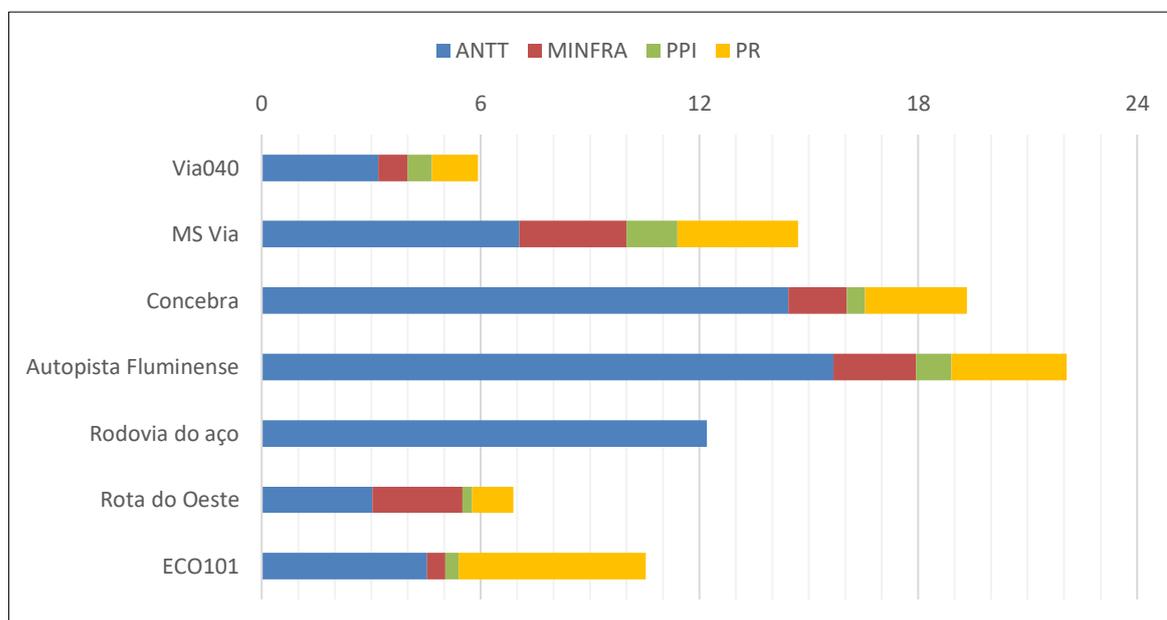
10. Análise e Sugestões de Aprimoramento

O propósito do presente capítulo é oferecer uma visão crítica da utilização do instituto da relicitação nos contratos de concessão do modal rodoviário, a partir das informações apresentadas nos capítulos anteriores.

10.1. Tempo de análise até qualificação

Com base nos Quadro 7 e Quadro 9 elaborou-se a Figura 2, em que o tempo (em meses) entre os atos formais a cargo de cada órgão/entidade do poder concedente – ANTT, MINFRA, PPI e Presidência da República (PR) – são apresentados individualmente e acumulados na barra correspondente a cada concessão. Considerou-se a apresentação do requerimento como o marco inicial para o cálculo do tempo de análise na ANTT.

Figura 2 - Tempo (em meses) entre os atos formais do poder concedente



Ocorreu considerável variação no tempo total de tramitação, em um intervalo que vai de pouco menos seis meses até pouco mais de 22 meses. A maior parte do tempo foi empregado pela ANTT, como seria natural - entre pouco mais de três meses e pouco mais de quinze meses. Já o tempo total de atuação dos demais atores – MINFRA, PPI e PR – variou entre pouco menos de três meses e pouco menos de oito meses.

De qualquer modo, está se falando tão somente do tempo decorrido até a qualificação, momento a partir do qual começaria a contar o prazo de 24 meses para o término do processo de relicitação, com a assinatura do novo contrato. Sendo prorrogável por no máximo mais 24 meses.

Utilizando como exemplo o caso da Autopista Fluminense, já decorreram pouco mais de três anos após o requerimento de qualificação, sendo que o prazo inicial de 24 meses expira em março de 2024. Não se pode descartar a hipótese de que esse caso siga caminho semelhante ao da MS Via e da Via 040, cujos prazos iniciais foram estendidos em 24 e 18 meses respectivamente.

Sobre esse último caso, vale considerar que o primeiro requerimento foi apresentado em 11/9/2017, sendo indeferido um ano depois. Assim, se considerada essa data, em que a concessionária levou ao conhecimento da agência sua intenção de devolver o contrato em decorrência de inexecução ou incapacidade de continuar adimplindo suas obrigações contratuais ou financeiras, já se passaram quase seis anos.

Conforme consulta ao sítio eletrônico da ANTT⁶⁴ ⁶⁵ ⁶⁶, está previsto que o trecho atualmente administrado pela Via 040, entre Brasília e Juiz de Fora, será dividido em três. O trecho de Belo Horizonte a Juiz de Fora fará parte da futura concessão da BR-040, de Belo Horizonte ao Rio de Janeiro, cujo contrato está previsto para o primeiro trimestre de 2024. O trecho do meio, de Cristalina a Belo Horizonte (apelidado de Rota dos Cristais), tem previsão de assinatura do contrato no segundo trimestre de 2024. O último trecho, de Brasília a Cristalina, deverá compor nova concessão juntamente com trecho da BR-060/153/GO/DF, atualmente sob administração da Concebra. A previsão de assinatura do contrato é para o primeiro trimestre de 2025.

Considerando a hipótese de que o processo de relicitação seja encerrado com a assinatura do primeiro novo contrato, no primeiro trimestre de 2024, terão decorrido mais de seis anos desde o advento da Lei nº 13.448/2017.

Os dois exemplos ilustram que a celeridade pretendida pela incorporação do novo instituto ao arcabouço legal, pelo menos no que concerne às concessões rodoviárias, não foi alcançada. Nesse sentido, vale lembrar de alguns trechos da exposição de motivos da MP nº 752/2016 (PALÁCIO DO PLANALTO) ressaltando a crença de que a relicitação pudesse levar à substituição do concessionário mais rapidamente em relação às outras opções disponíveis:

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.

(...)

⁶⁴ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-040-495-mg-rj>

⁶⁵ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-040-go-mg-rota-dos-cristais>

⁶⁶ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-060-153-040-go-df-rota-do-pequi>

Esta proposta visa a incorporar esse avanço regulatório aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, ao instituir um mecanismo mais célere de resolução de controvérsias.

O segundo trecho reproduzido refere-se à previsão de resolução de controvérsias por meio de procedimento arbitral. Explica-se sua conexão com a celeridade esperada para a relicitação, considerando a versão original da Lei nº 13.448/2017.

Conforme apresentado na referida exposição de motivos, eventuais indenizações devidas ao concessionário anterior seriam pagas pelo novo contratado, evitando o desembolso de recursos por parte da Administração Pública. Levando em conta essa premissa e considerando que o parágrafo terceiro do artigo 15 estatuiu que o pagamento da indenização seria condição para o início do novo contrato, por decorrência lógica o valor devido ao concessionário relicitante deveria ser considerado na modelagem econômico-financeira da nova licitação.

Assim sendo, não seria despiciendo considerar que a versão original da Lei previu, dentro do prazo máximo de 24 meses entre a qualificação e a assinatura do novo contrato, decisão, por meio de arbitragem, sobre o valor a ser indenizado. Ainda que o arrojo dessa hipótese pudesse ser questionado.

Esse fato pode ter sido uma das causas da alteração feita pela Lei nº 14.368/2022, que:

a) tornou desnecessário o cálculo da indenização e sua conferência como condição para o início do certame para contratação do novo concessionário (inclusão do § 4º no art. 15);

b) previu o custeio, por parte da União, da diferença entre o valor de indenização e valor da outorga oferecida no novo certame, em caso de superioridade do primeiro (inclusão do § 5º no art. 15);

c) admitiu a prorrogação do prazo de 24 meses, por até 24 meses, para conclusão do processo de relicitação, contado a partir da data de qualificação; e

d) explicitou que “a existência de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis submetidas à arbitragem não impede o início do novo contrato de parceria”.

A já referida exposição de motivos assumiu que a relicitação seria mais célere quando comparada a um processo de caducidade, “muitas vezes moroso e com longa disputa judicial”. Entretanto, até aquele momento, 7/11/2016, não havia processo de caducidade já encerrado na ANTT sobre concessão de rodovias que pudesse sustentar essa conjectura, estando em curso um processo dessa espécie.

O processo de caducidade da concessão da BR-153/GO/TO, a cargo da Galvão, foi instaurado em decorrência da Deliberação Nº 138, de 16/5/2016, conforme se extrai do Voto

à Diretoria Colegiada Nº 043/2017⁶⁷. Por meio de Decreto⁶⁸ de 15/8/2017 o Presidente da República declarou a caducidade por inexecução contratual, nos termos do art. 38, § 4º, da Lei nº 8987/1995, pouco mais de um ano após o início do processo. Ato contínuo o DNIT assumiu a administração do trecho⁶⁹. Assim, o único processo de caducidade de concessão rodoviária não confirmou a premissa de morosidade.

Entretanto, tendo em vista que a ANTT se encontra impedida, em alguns casos, de dar seguimento ao processo de caducidade por força de decisão judicial, a relicitação pode acabar se mostrando mais rápida para a solução do problema.

Noutro aspecto, a inexistência de regulamentação da Lei nº 13.448/2017 foi o fator que mais contribuiu para o lapso de quase dois anos e meio entre o primeiro pedido da Via 040 e sua qualificação. Além de provavelmente ter inibido mais pedidos, uma vez que já em 2017 outros contratos apresentavam problemas graves de inexecuções.

Conforme nota técnica⁷⁰, o pedido de adesão à relicitação de 11/9/2017 foi indeferido por meio do Ofício nº 353/2018/SUINF, de 13/9/2018, em razão da ausência de regulamentação da Lei, sendo ressaltado que o indeferimento não prejudicaria eventual novo requerimento após publicação do regulamento.

Ocorre que, compulsando a Lei, há somente três menções a regulamento:

- a) § 4º do art. 15, incluído em 2022 pela Lei nº 14.368;
- b) alteração do art. 34-A da Lei nº 10.233/2001; e
- c) art. 33.

A primeira ocorrência não existia em 2018, ocasião em que o primeiro pedido da Via 040 foi rejeitado. A terceira diz respeito ao setor ferroviário e trata da possibilidade de subconcessão da manutenção e operação de trechos ferroviários a entes federados. Assim, apenas a segunda poderia justificar a negativa da ANTT, uma vez se tratar de nova redação de dispositivo da lei de criação da ANTT:

REDAÇÃO ANTERIOR:

Art. 34-A As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão caráter de

⁶⁷ <https://portal.antt.gov.br/documents/498202/0/Voto+DEB+043.pdf/b41464e7-006b-4375-1a3b-8277cab8bda7?t=1645021275467>

⁶⁸ <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/contratos-encerrados/galvao-br-153/documentos-de-gestao/caducidade>

⁶⁹ <https://cnt.org.br/agencia-cnt/dnit-assume-manutencao-pavimento-sinalizacao-br-153>

⁷⁰ Nota Técnica SEI Nº 2815/2019/GEREF/SUINF/DIR

exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital.

NOVA REDAÇÃO:

Art. 34-A As concessões e as suas prorrogações, a serem outorgadas pela ANTT e pela Antaq para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, poderão ter caráter de exclusividade quanto a seu objeto, nos termos do edital e do contrato, devendo as novas concessões serem precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência.

Considerando que essa nova redação foi positivada pela Lei nº 13.448/2017, pode-se interpretar que a expressão “novas concessões” abrange: (i) uma concessão para exploração de serviço público que se encontra na mão do Estado; (ii) uma nova concessão para exploração de serviço público que já se encontrava concedido e cujo contrato se encerrou em decorrência de uma das hipóteses da Lei nº 8.987/1995; e (iii) uma nova concessão para exploração de serviço público devolvido com base na Lei nº 13.448/2017.

Nessa linha, pode-se interpretar também que o regulamento de uma licitação decorrente de pedido de devolução amigável deve abranger todas as etapas da relicitação até a assinatura do novo contrato – análise do requerimento, assinatura do termo aditivo, elaboração dos novos estudos e confecção do novo edital.

De qualquer modo, ainda que adotadas essas interpretações, a regulamentação caberia à agência reguladora, no caso a própria ANTT.

A Lei fala ainda, em três ocasiões relacionadas ao setor rodoviário, sobre “ato do Poder Executivo” (grifos acrescidos):

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:

(...)

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

(...)

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei.

Forçoso reconhecer que o Decreto nº 9.957/2019, por meio de seu art. 3º, especificou algumas informações requeridas pelo art. 14, § 2º, da Lei nº 13.448/2017, e incluiu mais um inciso sobre serviços essenciais relacionados ao empreendimento. Também trouxe, em seus art. 4º, 5º e 6º, mais informações sobre o procedimento de qualificação. E, em seu art. 8º, complementou as cláusulas obrigatórias do termo aditivo.

10.2. Aplicabilidade da relicitação

Bernardo Guimarães e Heloísa Caggiano (GUIMARÃES e CAGGIANO, 2017), ao discorrerem sobre a aprovação da MP nº 752/2016, e no que concerne ao cabimento da relicitação, fazem interessante observação (destaque acrescido):

A relicitação pressupõe algumas condicionantes. A mais relevante é a incapacidade comprovada de o particular adimplir com as obrigações que assumiu (art. 13). O inadimplemento das obrigações do particular, previsto como condição alternativa, na verdade é mera consequência dessa circunstância (afinal, o inadimplemento do particular que tem condições de cumprir com suas obrigações deve ser sancionado). Daí porque o elemento central para a compreensão desse instituto é a perda superveniente da capacidade de executar o contrato por parte do particular, inclusive e em especial financeira.

Ainda sobre a citada MP, Gustavo Pereira (PEREIRA, 2019) vai um pouco mais longe quando afirma que a relicitação “não diferencia o concessionário diligente e que se viu em dificuldades reais de executar o contrato, em virtude de razões que escapavam ao seu controle, do concessionário faltoso, que deixou de honrar suas obrigações por negligência ou desídia”.

Esse juízo cabe então à ANTT por ocasião da análise do requerimento de relicitação e posterior manifestação sobre sua viabilidade técnica e jurídica.

Dos sete pedidos de relicitação apresentados até o momento, cinco relacionados a concessões da 3ª etapa e um da 2ª foram qualificados. O único não qualificado, também da 2ª etapa teve encaminhamento diverso, conforme a seguir explorado.

No caso da Rodovia do Aço, podem-se extrair as seguintes informações que corroboram o posicionamento pela inviabilidade da qualificação pretendida⁷¹:

a) descumprimento reiterado de acordos pactuados, decorrentes de TAC Multas, TAC Plano de Ação e período de cura;

b) valores de multas transitadas ou não em julgado, de 2018 a 2022, superiores ao valor mínimo estimado de indenização;

⁷¹ Voto DDB Nº 100/2022

c) baixo desempenho econômico-financeiro ao longo dos últimos anos, sem indicativo de melhora da situação financeira;

d) inexistência de quaisquer obras de ampliação de capacidade/duplicação da proposta de serviços essenciais relacionada ao termo aditivo de relicitação; e

e) após mudança do controle acionário, de 2019 a 2021 não houve investimento com recurso próprio por parte do novo acionista. Todavia, recebeu recursos a título de serviços prestados de assessoria, planejamento e gestão empresarial. No entanto, a proposta da concessionária para a relicitação previu aportes do acionista para fazer frente aos investimentos em manutenção, ainda que apenas na proporção de 25% do montante previsto.

Esse cenário levou à ponderação de que a proposta apresentada pela concessionária era frágil, não havendo qualquer indicativo, considerando o passado recente, de que o termo aditivo seria adimplido.

Ademais, após consulta, o DNIT manifestou capacidade de executar os serviços e investimentos propostos pela concessionária. Dessa maneira, não seria razoável submeter os usuários ao pagamento de tarifa para a prestação de serviços já pagos pelos tributos que recolhem.

Não haveria, portanto, necessidade, pertinência e razoabilidade de instauração do processo de relicitação, vez que não seria alcançado, por meio da manutenção do contrato até assunção de novo concessionário, o objetivo da Lei nº 13.448/2017 – assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Esse posicionamento, expressado pelo relator da matéria, foi de encontro às manifestações técnicas lançadas nos autos.

A tramitação do processo no âmbito da agência, nesse caso, mostrou que a aplicação do art. 13 c/c art. 14, § 1º não é algo trivial e de solução rápida e direta. Afinal, há considerável subjetividade em, a partir da constatação de não atendimento das disposições contratuais ou demonstração de incapacidade de adimplir obrigações contratuais ou financeiras por parte do concessionário (art. 13), avaliar a necessidade, pertinência e razoabilidade de instauração do processo de relicitação, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros do contratado, objetivando a continuidade dos serviços (art. 14, § 1º).

Por exemplo, extrai-se de nota técnica expedida pela GEFIR⁷² as seguintes constatações:

19. Em face das considerações acima aduzidas, ressalta-se que o nível de inadimplência contratual da Concessionária Autopista Fluminense, girou na ordem de 25,05 % ao final do 13º ano concessão, praticamente metade do resultado observado para Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S.A, **que girou na ordem de 53,42% ao final do 13º ano concessão.**

⁷² Nota Técnica SEI Nº 6729/2021/GEFIR/SUROD/DIR

Verifica-se que, relativo aos investimentos de Melhoramentos da Rodovia (obras obrigatórias), a Concessionária não vem atendendo de maneira satisfatória as obrigações previstas no Contrato de Concessão.

(...)

25. Entretanto, diante do exposto anteriormente, nota-se que quando analisado o desempenho da Concessionária quanto à prestação dos serviços de Recuperação, Manutenção, Conservação e Operação, não se verifica, objetivamente e com clareza um cenário de descumprimento contratual relevante que justifique o enquadramento da Concessionária ao artigo 13º da Lei nº 13.448/2019, em especial em relação a verificação do nível disposições contratuais que não estejam sendo atendidos pela Concessionária, haja vista que a parte do artigo que avalia se o contrato apresenta incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente não é de competência desta GEFIR.

A comparação feita entre a Autopista Fluminense e a Rodovia do Aço, ambas da 2ª etapa de concessões e que haviam solicitado relicitação, denota uma preocupação da agência reguladora em avaliar situações semelhantes para melhor embasar sua decisão. Nessa linha, o Quadro 10 mostra alguns aspectos das concessões da 2ª etapa.

Quadro 10 - Concessões da 2ª etapa

Concessionária	Extensão (km)	Prazo Inicial da Concessão (anos)	Capex/km/ano (R\$) ⁽¹⁾	Data-base	TBP (R\$)		Deságio (%)
					Leilão	Proposta	
Autopista Planalto Sul	412,70	25	72.672,88	1/7/2007	4,19	2,54	39,38
Autopista Régis Bittencourt	401,60	25	216.105,84	1/7/2007	2,68	1,36	49,25
Autopista Litoral Sul	382,30	25	166.268,07	1/7/2007	2,75	1,03	62,55
Autopista Fernão Dias	562,10	25	145.957,01	1/7/2007	2,88	1,00	65,28
Autopista Fluminense	320,10	25	149.264,15	1/7/2007	3,82	2,26	40,84
Transbrasiliana	321,60	25	-	1/7/2007	-	2,45	-
Rodovia do Aço	200,40	25	108.918,77	1/7/2007	4,04	2,94	27,23
Via Bahia	680,00	25	-	1/12/2005	2,80	2,21	21,07

(1) Considerando valores estimados de investimentos na fase de licitação pelo governo, nas respectivas datas-bases

Percebe-se que, para a concessão vencida pela Rodovia do Aço, a previsão de investimentos por km e por ano era a segunda menor (dentro do conjunto de seis com informações disponíveis no sítio eletrônico da ANTT). E que a concessionária original ofertou o segundo menor deságio entre as sete com informações disponíveis. Ou seja, considerados tais parâmetros, não se pode sustentar que a conformação original do contrato da Rodovia do Aço era desfavorável, tendo em vista a comparação com os demais da mesma etapa.

O posicionamento final da agência corrobora o entendimento de que a relicitação é um instituto de aplicação restrita, excepcional, assim como os demais casos de término contratual antecipado em detrimento de seu encerramento natural. Apesar do nobre objetivo de continuidade na prestação do serviço, é necessário sopesar o interesse público na manutenção do contrato frente a outros princípios, tais como segurança jurídica e isonomia.

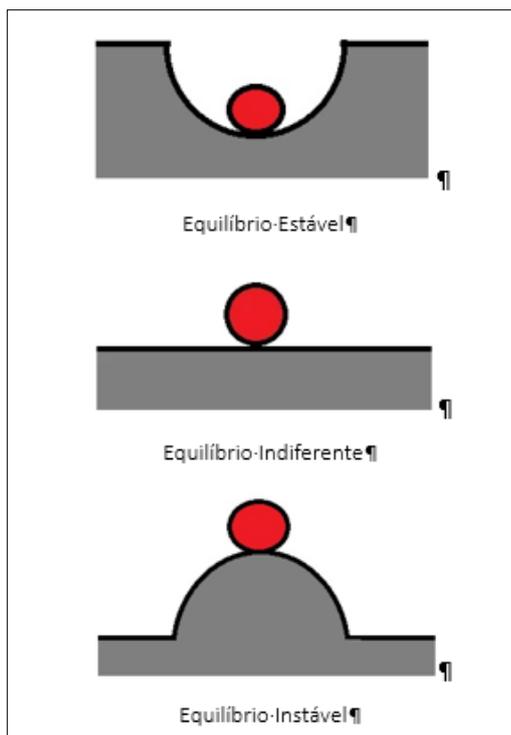
Pode-se fazer uma analogia entre os contratos de concessões e a Física no que concerne ao equilíbrio. A mecânica nos ensina que há três tipos de equilíbrio de um corpo, de acordo com sua tendência em retornar à posição original:

a) equilíbrio estável – ocorre quando um corpo, deslocado de sua posição de equilíbrio, ao ser abandonado, retorna à sua posição inicial;

b) equilíbrio indiferente – o corpo, afastado de sua posição de equilíbrio, permanece em equilíbrio em sua nova posição; e

c) equilíbrio instável – o corpo, afastado de sua posição de equilíbrio, ao ser abandonado, tenderá a se afastar mais ainda da posição original.

A Figura 3 representa essas ideias:

Figura 3 – Tipos de equilíbrio

Fonte: <https://www.preparaenem.com/fisica/equilibrio-mecanico.htm> (com adaptações)

O equilíbrio estável é uma representação utópica para os contratos de concessão. Por outro lado, idealmente o equilíbrio⁷³ de um contrato de concessão deveria se comportar como indiferente. Com o passar do tempo, apesar de o contrato se situar em posição diversa da inicial, permanece em equilíbrio, ainda que para tal tenham sido tomadas ações para restabelecê-lo.

A relicitação seria aplicada ao caso do equilíbrio instável, no qual o contrato, permanecendo em seu curso normal, com as obrigações pactuadas, não apresenta mais condições de retornar ao equilíbrio. Nessa linha, o juízo a ser feito estaria relacionado a verificar se as novas condições a serem impostas ao contratado, após a assinatura do aditivo de relicitação, seriam suficientes para colocar a avença em situação de equilíbrio indiferente. Caso negativo, perdurando a situação de equilíbrio instável, ausente a necessidade, pertinência e razoabilidade da instauração do processo de relicitação.

10.3. Relicitação da concessão da Via 040

Após qualificação do requerimento, em 18/2/2020, e assinatura do termo aditivo, em 20/11/2020, foram intensificados os trabalhos para dar prosseguimento à relicitação da Via

⁷³ Entendido como a relação entre as obrigações assumidas pelo contratado e sua contraprestação, que no caso das concessões rodoviárias atuais se dá por meio da arrecadação de tarifas.

040, tanto no desenvolvimento dos estudos para a novo certame quanto no cálculo da indenização a ser paga à concessionária.

Do lado do TCU, em cumprimento a deliberação preferida em sessão plenária de 2019, que determinou autuação de processos de acompanhamento⁷⁴ para cada relicitação, foi iniciado o processo TC 008.508/2020-8. Em decorrência, foram realizadas diligências e oitivas com foco no exame do termo aditivo e da eventual indenização a ser paga à Via 040.

Posteriormente, a esse processo foram juntadas as informações enviadas pela ANTT concernentes à nova licitação pretendida para concessão do trecho da BR-040 entre as cidades de Belo Horizonte e Rio de Janeiro, em atendimento ao previsto na Instrução Normativa – TCU Nº 81/2018. Como já abordado alhures, esse segmento engloba parte da atual concessão a cargo da Via 040.

Em decorrência do trabalho da equipe auditora foi prolatado o Acórdão 752/2023 do Plenário do TCU (TCU, 2023), de onde foram extraídas as informações utilizadas no presente tópico.

Logo após o início das apurações referentes ao processo, ainda em 2020, expediu-se medida cautelar, por meio do Acórdão 2.611/2020-TCU-Plenário, de 30/9/2020, determinando à ANTT que suspendesse os efeitos da Deliberação Nº 329/2020, de 14/7/2020, que havia aprovado a celebração do termo aditivo em 45 dias improrrogáveis. E que se abstinhasse de assiná-lo ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento à relicitação, condicionada a:

a) consideração, na metodologia de cálculo das indenizações, das normas contábeis aplicadas à espécie que preveem a apuração dos bens reversíveis por meio do ativo intangível da concessionária;

b) consideração, na metodologia de cálculo das indenizações, de um teto para o valor, a exemplo do valor dos ativos obtidos a partir do modelo econômico-financeiro dos EVTEA;

c) previsão, no termo aditivo, de que os valores arrecadados a maior dos usuários (excedente tarifário entre a tarifa praticada e a calculada para o período da relicitação), durante a vigência do termo aditivo, fossem reajustados conforme previsto no contrato, ou pela utilização de outra taxa;

d) previsão, no termo aditivo, de que a diferença entre o valor total arrecadado a maior e o valor da indenização, caso positivo, fosse devolvido à ANTT; e

⁷⁴ Conforme art. 241, I, do Regimento Interno do TCU, é o instrumento de fiscalização utilizado para examinar, ao longo de um período determinado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à jurisdição do TCU, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial.

e) previsão, no termo aditivo, de que a retirada de obrigações do contrato original fosse vinculada à redução da contrapartida financeira.

Agência reguladora e concessionária manejaram recursos contra a decisão, redundando no Acórdão 2924/2020-TCU-Plenário, de 28/10/2020, que revogou a medida cautelar. Assim, em 20/11/2020, o termo aditivo foi assinado, contendo as previsões das alíneas “c” e “d” acima. Em 4/12/2020 a empresa KPMG Advisory S.p.A. foi contratada, na condição de verificadora independente, para apuração dos valores envolvidos na indenização e outras ações relacionadas à relicitação.

Forçoso reconhecer que a apuração da indenização a partir da identificação e valoração dos bens reversíveis e posterior subtração de valores devidos pela concessionária foi o maior desafio enfrentado pelos atores envolvidos no que concerne ao encerramento do contrato com a Via 040. Tal conclusão é corroborada pelas informações apresentadas pela unidade técnica do TCU ao concluir o relatório que embasou o Acórdão 752/2023-TCU-Plenário.

No primeiro produto elaborado pela verificadora independente, esta declarou que se sentia confortável com o valor contábil informado pela concessionária, de R\$ 1,730 bilhão. E que ajustando-o e atualizando-o em diversos cenários, a indenização se situaria entre R\$ 1,062 bilhão e R\$ 1,772 bilhão (fev/2022). A ANTT, por seu turno, considerou a importância de R\$ 1,323 bilhão como indenização pelos bens reversíveis, que após deduções redundou em R\$ 144 milhões a serem inseridos na estimativa de ressarcimento do EVTEA da nova licitação.

Após atuação da equipe do TCU questionando valores considerados para fins de indenização decorrentes dos trabalhos iniciais e de investimentos em recuperação, duplicação e implantação de praças de pedágio, a verificadora independente produziu novo cálculo para o valor indenizável, no montante de R\$ 927 milhões, e que foi utilizado pela agência reguladora. O Quadro 11 resume as estimativas.

Quadro 11 - Estimativas da ANTT acerca do valor líquido a ser ressarcido à Via 040

Item	1ª Estimativa	2ª Estimativa
Investimentos em bens reversíveis	R\$ 1.323.240.630,00	R\$ 927.519.557,00
Excedente tarifário (indenização paga antecipadamente)	(-) R\$ 643.339.172,00	(-) R\$ 655.411.610,00
TAC Multas	(-) R\$ 535.418.431,00	(-) R\$ 149.741.817,00
Total	R\$ 144.483.027,00	R\$ 122.366.130,00

Fonte: Acórdão 752/2023-TCU-Plenário. Com adaptações

A redução da estimativa do abatimento decorrente de multas se deu em decorrência do cancelamento de dezenas de processos sancionatórios contra a concessionária.

Quanto às datas dos referidos produtos, após consulta ao processo TC 008.508/2020-8, solicitada e autorizada pela titular da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, verificou-se que a 1ª estimativa decorreu do Relatório Final do Produto 2A, em agosto de 2021. Já a 2ª estimativa, de acordo com Relatório Final do Produto 2C, datou de agosto de 2022. Ou seja, decorreram vinte meses entre a assinatura do termo aditivo e o cálculo final do valor de ressarcimento a ser considerado no novo EVTEA.

Noutra senda, ao apresentar seu voto ao plenário do TCU, o relator do processo deixou assente que:

237. Tratando-se do primeiro processo de relicitação rodoviária submetido à apreciação deste Tribunal, conduzi este trabalho sob duas perspectivas. A primeira delas para afastar falhas do atual processo que cuida da BR-040 e a segunda para fixar medidas voltadas ao aprimoramento das relicitações vindouras, sempre atento ao interesse público subjacente a essa natureza de processo administrativo. Aqui, o particular e o Poder Público buscam solução para rescisão de um contrato incompleto por natureza, como são as concessões de serviços públicos.

238. Nesse objetivo, uma relevante dificuldade imposta diz respeito ao momento de atuação da Corte de Contas, que aprecia os elementos relacionados à descontinuidade da concessão vigente quando já assinado o termo aditivo de relicitação, com obrigações recíprocas fixadas sem a avaliação do TCU. Nesse contexto, destaco que, após a assinatura do termo aditivo de relicitação, são imensamente maiores as dificuldades para ajustes contratuais voltados ao aprimoramento do negócio jurídico.

(...)

262. De maior sensibilidade e complexidade técnica foram as análises relativas ao encerramento da concessão vigente. Após numerosas discussões com a agência reguladora, com a unidade instrutiva, com outros atores envolvidos no processo e com a equipe de meu gabinete, apresento ao plenário diversas providências destinadas ao cálculo da indenização devida pela atual concessionária da rodovia. Aspectos como a legitimidade dos investimentos passíveis de indenização, regras aplicáveis ao excedente tarifário, forma de quantificação dos investimentos realizados, procedimentos para eventual abatimento das multas aplicadas foram minuciosamente analisados, sempre tendo como diretriz a satisfação do interesse público.

263. Além disso, tive sempre por norte, pelo ineditismo do processo, a fixação de orientações que ultrapassem o caso concreto e permitirão, por certo, aperfeiçoar os procedimentos a serem adotados nas futuras relicitações.

Em decorrência, a deliberação aprovada pelo TCU expediu recomendações à agência reguladora no sentido de:

a) buscar a desistência do todo ou de parte dos processos judiciais ou arbitrais em curso, por parte dos concessionários, antes da assinatura de futuros termos aditivos de relicitação;

b) buscar a adesão dos concessionários a possíveis TAC, antes da assinatura de futuros termos aditivos de relicitação; e

c) quando da elaboração de futuros termos aditivos de relicitação, incorporar “cláusulas específicas voltadas a mitigação de riscos relacionados à incapacidade econômico-financeira de as concessionárias arcarem com eventuais valores devidos ao Poder Público após a extinção dos contratos de parceria, de forma a evitar que no resultado final do processo relicitatório se observe uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do Poder Concedente”.

Além disso, a agência reguladora foi cientificada sobre diversos problemas identificados no trabalho da relicitação da Via 040, com vistas à adoção de medidas para os demais processos em curso ou que venham a ser iniciados no âmbito da ANTT. E que as unidades técnicas do TCU fossem orientadas a acompanhar os procedimentos, a partir da qualificação, dos processos de relicitação no âmbito das agências reguladoras, especialmente os que antecedem a assinatura dos termos aditivos.

As referidas disposições mostram as contribuições oferecidas ao processo de relicitação por parte do órgão de controle externo, visando seu aprimoramento, notadamente no que tange aos aspectos de celeridade e economicidade, sem se afastar do objetivo maior do novo instituto, a continuidade da prestação do serviço.

Se por um lado, não cabe ao TCU se imiscuir no mérito da decisão administrativa, salvo por vício de competência, forma e finalidade, ou ainda se inexistente o motivo determinante e declarado, por outro não se pode olvidar que a Lei nº 13.448/2017 previu o custeio, por parte da União, caso o valor a ser indenizado ao concessionário seja superior à outorga oferecida no novo certame. Dessa maneira, atraiu as competências fiscalizatórias previstas nos art. 70 e 71 da Constituição Federal.

10.4. Sugestões de aprimoramento

Passados seis anos do início de vigência da Lei 13.448/2017, ainda não houve, no setor rodoviário, finalização de processo de relicitação, assim considerado como o encerramento do contrato de concessão problemático pela assinatura de nova avença. E o caso mais próximo do fim, a concessão da Via 040, ao que tudo indica, terá parte do trecho devolvido sob administração direta do poder concedente, com provável prejuízo à prestação do serviço, mormente no que concerne ao apoio ao usuário.

A partir de uma reflexão sobre as diversas informações expostas anteriormente neste trabalho, pode-se apresentar algumas ideias no sentido de tornar mais célere o processo. Afinal, a nenhuma das partes envolvidas interessa seu alongamento. Ao usuário interessa ter uma rodovia sempre em melhoria, não apenas sujeita à execução de um nível mínimo de serviços essenciais. Ao poder concedente interessa, pelo menos, ter um novo contrato e uma nova concessionária livre dos problemas anteriores. E à concessionária interessa se livrar o quanto antes de um mau contrato.

A existência e qualidade de informações sobre eventuais candidatas à relicitação exsurge como um ativo precioso. No entanto, informações têm um custo. Assim sendo, a agência reguladora deve sopesar o esforço necessário para antecipadamente ter disponíveis essas informações, com vistas a acelerar suas análises quanto à pertinência de instauração do processo de relicitação, frente à alternativa de somente obtê-las após apresentado o requerimento.

Nessa linha, deve-se considerar também que o termo aditivo sela um acordo entre a concessionária e o poder concedente, envolvendo uma negociação entre essas partes. Assim, a existência de um bom número de informações de qualidade sobre o objeto em negociação certamente ajudará a definir a melhor alternativa do poder concedente ao acordo a ser negociado, protegendo-o de aceitar condições muito desfavoráveis e rejeitar termos de seu interesse (FISHER, URY e PATTON, 2018).

As informações prévias também podem acelerar a relevante etapa de cálculo da indenização a ser paga ao particular que está devolvendo a concessão. Ainda que a Lei tenha sido alterada no sentido de vincular o início do novo contrato ao pagamento do eventual valor devido à concessionária, deve-se lembrar que o sucesso da nova licitação é o resultado esperado, vez que a alternativa seria a retomada do contrato original, com provável declaração de caducidade. Decorre então a necessidade de uma boa estimativa do valor a ser indenizado, como dado de entrada para o EVTEA da futura licitação, como forma de mitigar a possibilidade de fracasso do certame.

Por fim, necessário lembrar dos usuários. Conforme o art. 18 da Lei 13.448/2017, os estudos para a nova licitação devem ser submetidos à consulta pública. Em homenagem ao princípio da transparência, sugere-se que na ocasião sejam fornecidas informações sobre o processo de relicitação em curso, explicitando à sociedade a situação da concessionária, os termos do aditivo pactuado e a comparação entre os níveis de serviço atuais (termo aditivo) e futuros (novo contrato).

11. Conclusões

O presente trabalho abordou a aplicação da relicitação, instituto inserido no arcabouço legal por meio da Lei nº 13.448/2017, aos contratos de concessões de rodovias federais.

Também conhecida como devolução amigável ou consensual, nasceu da necessidade de resolver alguns problemas enfrentados principalmente pelos contratos derivados da chamada 3ª etapa de concessões rodoviárias. Propostas agressivas dos licitantes vencedores, impossibilidade de obtenção de financiamento do BNDES, queda de demanda e envolvimento de concessionárias em escândalos de corrupção levaram a um cenário de expressiva inexecução contratual.

Seria uma alternativa mais célere aos instrumentos então existentes para término antecipado das avenças, com destaque para a caducidade, aplicável aos casos de inexecução total ou parcial dos compromissos assumidos.

Em relação ao modal rodoviário, esse cenário de inadimplementos contratuais foi relatado por alguns trabalhos de fiscalização do TCU, a exemplo dos processos de auditoria TC 006.351/2013-1, TC 012.624/2017-9, 010.222/2019-7. Algumas constatações decorrentes dessas ações de controle foram:

- a) no ano de 2012 as inexecuções de obras obrigatórias em todos os contratos da 2ª etapa superaram 60%, com exceção de um caso que ainda não havia sido apurado pela ANTT;
- b) até 2016/2017, somente duas concessionárias da 3ª etapa haviam atingido mais de 50% da extensão prevista de obras de duplicação; e
- c) o acompanhamento realizado pela ANTT era insuficiente para a extinção antecipada dos contratos, categoria em que se enquadra a relicitação.

Ainda sobre as possíveis causas para o insucesso de alguns contratos, Fábio Amorim (AMORIM, 2023) aborda o chamado viés do otimismo, constatando que em treze estudos de tráfego realizados pelos vencedores de certames da 1ª, 2ª e 3ª etapas, doze superestimaram os valores planejados. O tráfego real se mostrou em média 18% inferior às expectativas.

Apesar de promulgada em 2017, a Lei só foi regulamentada em 2019, por meio do Decreto nº 9.957/2019, tratando exclusivamente da relicitação. Trouxe mais informações sobre o processamento do pedido de relicitação, do requerimento até a qualificação. Ademais, discriminou com mais detalhes os requisitos do requerimento, os procedimentos prévios para a nova licitação, as cláusulas obrigatórias do termo aditivo ao contrato original e as disposições relacionadas à eventual indenização devida ao particular.

A demora na regulamentação da Lei ocasionou atraso na utilização do instituto por parte das concessionárias de rodovias. Apesar de o primeiro pedido ter sido manejado ainda em 2017, só foi aceito pela ANTT em agosto de 2019. Após essa data, mais seis pedidos foram apresentados, totalizando sete requerimentos de relicitação até o momento.

A análise do tratamento dos pedidos por parte da agência reguladora, no âmbito dos processos eletrônicos criados para tal fim, revelou comportamento não uniforme das concessionárias já em relação à apresentação dos requisitos para o requerimento. Assim, houve necessidade de algumas rodadas de pareceres e notas técnicas, com troca de informações entre a ANTT e as concessionárias, com o objetivo de propiciar o prosseguimento dos processos.

Observou-se preocupação constante da agência reguladora relacionada à definição dos serviços essenciais a serem realizados no período compreendido entre a assinatura do termo aditivo de relicitação e a assunção da nova concessionária. Tal fato redundou na necessidade de algumas rodadas de negociações que acabaram por consumir considerável tempo. Cita-se como exemplo o caso da Via 040, com nove meses entre a qualificação e assinatura do termo aditivo.

Por outro lado, a aludida preocupação condiz com o objetivo da relicitação, estatuído na Lei nº 13.448/2017, de assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Dessa maneira, percebeu-se os esforços feitos no sentido de chegar a um acordo junto às concessionárias quanto aos serviços mínimos essenciais necessários relacionados à manutenção, conservação e operação dos empreendimentos, bem como investimentos de ampliação de capacidade ou novos investimentos relacionados à segurança ou imprescindíveis à prestação do serviço.

Houve considerável variação no tempo total de tramitação dos pedidos, considerado entre a data de apresentação do requerimento e a data de qualificação. O caso mais célere consumiu 6 meses, enquanto o mais demorado levou 22 meses.

Apesar de mais célere no que concerne ao tempo de tramitação do pedido, o caso da Via 040 já atinge quase seis anos após o requerimento inicial, de setembro de 2017, sem que se possa considerar finalizado o processo de relicitação, com a assunção de novo contratado, ainda que para administrar parte do trecho devolvido, e fim do contrato anterior.

Parte considerável desse lapso decorre da apuração da indenização a partir da identificação e valoração dos bens reversíveis e posterior subtração de valores devidos pela concessionária. Tal conclusão é corroborada pelas informações apresentadas por unidade técnica do TCU ao concluir o relatório que embasou o Acórdão 752/2023-TCU-Plenário.

Já no caso da Rodovia do Aço, a ANTT considerou inviável a relicitação. Para tanto, avaliou aspectos relacionados aos descumprimentos de acordos, valores de sanções e desempenho econômico-financeiro da concessionária, entre outros. Em decorrência,

ponderou que a proposta apresentada era frágil, não havendo indicativo de que o termo aditivo seria adimplido, e que não seria razoável submeter os usuários ao pagamento de tarifa para a prestação de serviços já pagos pelos tributos que recolhem.

A tramitação desse processo no âmbito da agência mostrou que a análise do requerimento de relicitação não é algo trivial e de solução rápida e direta. Afinal, há considerável subjetividade em, a partir da constatação de não atendimento das disposições contratuais ou demonstração de incapacidade de adimplir obrigações contratuais ou financeiras por parte do concessionário, avaliar a necessidade, pertinência e razoabilidade de instauração do processo, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros do contratado, objetivando a continuidade dos serviços.

Em analogia com a Física, conclui-se que a relicitação seria aplicada ao caso do equilíbrio instável, no qual o contrato, permanecendo em seu curso normal, com as obrigações pactuadas, não apresenta mais condições de retornar ao equilíbrio. Nessa linha, o juízo a ser feito estaria relacionado a verificar se as novas condições a serem impostas ao contratado, após a assinatura do aditivo de relicitação, seriam suficientes para colocar a avença em situação de equilíbrio indiferente. Caso negativo, perdurando a situação de equilíbrio instável, ausente a necessidade, pertinência e razoabilidade da instauração do processo de relicitação.

Em decorrência das informações coletadas no curso do presente trabalho, sugere-se que a ANTT avalie a conveniência, oportunidade e viabilidade de obter informações prévias sobre eventuais candidatas à devolução amigável, com vistas a acelerar suas análises quanto à pertinência de instauração do respectivo processo, frente à alternativa de somente obtê-las após apresentado o requerimento. Deve-se considerar também, nessa análise da agência reguladora, que a existência de um bom número de informações de qualidade sobre o objeto em negociação certamente ajudará a definir a melhor alternativa do poder concedente ao acordo a ser negociado, protegendo-o de aceitar condições muito desfavoráveis e rejeitar termos de seu interesse.

As informações prévias também podem acelerar a relevante etapa de cálculo da indenização a ser paga ao particular que está devolvendo a concessão, que também é dado de entrada para o EVTEA da futura licitação. E ainda, serem fornecidas aos usuários por ocasião da consulta pública prevista na Lei nº 13.448/2017, explicitando à sociedade a situação da concessionária, os termos do aditivo pactuado e a comparação entre os níveis de serviço atuais (termo aditivo) e futuros (novo contrato).

Por fim, importante mencionar que o presente trabalho procurou apresentar informações sobre a utilização do instituto da relicitação nas concessões rodoviárias federais. Especial atenção foi dada ao tempo de tramitação dos processos, uma vez que até o momento, passados mais de seis anos da promulgação da Lei nº 13.448/2017, ainda não foi concluída nenhuma devolução amigável, apesar de o instituto ter sido criado para ser mais célere que a

opção da caducidade. Espera-se que pesquisas adicionais sobre o assunto possam utilizar as informações aqui apresentadas.

Não por outra razão – expressiva demora –, encontra-se em tramitação no TCU o processo de consulta⁷⁵ TC 008.877/2023-8, em que o Poder Executivo, por meio dos Ministérios dos Transportes e de Portos e Aeroportos, questiona se as características de irrevogabilidade e irretratabilidade do processo de relicitação se aplicam também ao poder concedente. Caso negativo, este último poderia desistir do processo e proceder a uma renegociação do contrato atual com o concessionário inadimplente, evitando-se nova licitação. Ou seja, seria o abandono da devolução amigável antes mesmo que o primeiro processo tenha chegado a seu fim.

Esse fato parece corroborar, no presente, a conclusão de Gustavo Pereira (PEREIRA, 2019) em relação às medidas provisórias do Governo Temer. Naquela ocasião, tais atos normativos caracterizavam, para o autor, o gerenciamento político-legislativo de contratos de concessão, confirmando a persistência do modelo presidencialista de regulação e a sabotagem do arranjo regulatório brasileiro. No caso dessa consulta estaria caracterizada a tentativa de utilização do controle externo para o gerenciamento de contratos de concessão?

⁷⁵ Dúvida suscitada por autoridades específicas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de competência do Plenário do TCU.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/en/historico>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

AMORIM, F. A. D. **O viés do otimismo em concessões rodoviárias: evidências, causas e soluções.** 2023. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização). Instituto Serzedello Corrêa. Brasília: [s.n.], 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília/DF: [s.n.], v. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 20/08/2022, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.** Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016 [..]. Brasília, DF: [s.n.], v. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 20/08/2022, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 9.957, de 6 de agosto de 2019.** Regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário de que trata a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília/DF: [s.n.], v. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9957.htm. Acesso em 20/4/2023, 2019.

BRESSER-PEREIRA, L. C. **Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial.** Revista de Administração - ERA/FGV, v. 50, n. 1, p. 112-116: [s.n.], 2010.

COELHO, F. D. S. **Reformas e Inovações na Gestão Pública no Brasil Contemporâneo.** In: Brasiliense Carneiro, J.M.; Dantas, H (orgs.). Parceria Social Público-Privado - textos de referência. São Paulo: Oficina Minicipal, 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Concessões rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil.** Brasília: [s.n.], 2018. 84 p.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Concessões rodoviárias : experiência internacional e recomendações para o Brasil.** Brasília: [s.n.], 2018. p. 24.

COSTA, F. D. A. **Risco de Demanda e Abandono Contratual: uma Análise por Opções Reais da Concessão da Rodovia BR-381/262/MG/ES.** 2020. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Engenharia Civil e Ambiental. Faculdade de Tecnologia. Universidade de Brasília. Brasília: [s.n.], 2020.

CUNHA, G. R. F. C. D. **Aspectos Regulatórios e Contratuais das Concessões de Rodovias Federais. 2018.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: [s.n.], 2018.

FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim - como negociar acordos sem fazer concessões.** Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

GUIMARÃES, B. S.; CAGGIANO, H. C. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e respostas. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

OLIVEIRA, A. M. D. A relicitação da Lei nº 13.448/2017 e a criação de uma nova hipótese de extinção dos contratos administrativos de concessão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 17, n.194, p. 9-15, fev. 2018.

OLIVEIRA, C. Z. A. C. **Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a Prorrogação Antecipada e a Relicitação na Teoria dos Contratos Públicos.** 2018. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro: [s.n.], 2018.

OLIVEIRA, R. C. R. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019.

PACHECO, R. S. **A agenda da nova gestão pública.** In: ABRUCIO, F. L. et al (orgs.). *Burocracia e Política no Brasil.* Rio de Janeiro: FGV, 2010.

PALÁCIO DO PLANALTO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.

PEREIRA, G. L. M. Regulação presidencial de infraestrutura: gerenciamento político-legislativo de concessões. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 127-150, jan./mar. 2019.

PLANALTO, P. D. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1089-21.pdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

TCU. **Acórdão 825/2004-Plenário.** Tribunal de Contas da União. Brasília. 2004.

TCU. **Acórdão 3.237/2013-Plenário.** Tribunal de Contas da União. Brasília. 2013.

TCU. **Acórdão 2.190/2019-Plenário.** Tribunal de Contas da União. Brasília. 2019.

TCU. **Acórdão 601/2023-Plenário.** Tribunal de Contas da União. Brasília. 2023.

TCU. **Acórdão 752/2023-Plenário.** Tribunal de Contas da União. Brasília. 2023.

VALADARES, A. C. A. Gênero e espécie: os diferentes contratos de parcerias e as formas de controle pelo Tribunal de Contas da União. In: DIREITO, C. N. D. P. E. P.-G. E. **V Encontro Virtual do Conpedi - Direito Administrativo e Gestão Pública.** Florianópolis: [s.n.], 2022.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável