GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 033.777/2023-3 [Apenso: TC 033.773/2023-8]
Natureza: Solicitação de Solução Consensual.
Órgãos/Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Ministério dos Transportes
Responsável: Identidade preservada.
Interessado: Identidade preservada.
Representação legal: Renata Regiane Lacerda Simas (173504/OAB-SP), representando Concessionaria de Rodovia Sul - Matogrossense S.A.

SUMÁRIO: PROPOSTA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL. CONCESSÃO RODOVIÁRIA. BR-163/MS. DESISTÊNCIA DE PEDIDO DE RELICITAÇÃO. PORTARIA MT 848/2023. APROVAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL COM CONDICIONANTES.

RELATÓRIO

Transcrevo, a seguir, a instrução de mérito elaborada por auditor da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (peça 104):

I. INTRODUÇAO

1. Cuidam os autos de solicitação de solução consensual formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (peça 2), com fundamento inciso II do art. 2º da Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22/12/2022.

2. O objeto em questão é o contrato de Concessão de Serviço Público, celebrado em 12 de março de 2014, celebrado entre a ANTT e a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. – MSVia, para exploração de 847,20 km da Rodovia BR-163/MS, integralmente inserido no estado do Mato Grosso do Sul, com início na divisa com o estado de Mato Grosso e término na divisa com o estado do Paraná.

3. A solicitação da ANTT busca uma solução adequada para alteração do referido contrato de concessão "à luz da política pública definida pelo Ministério dos Transportes, para e remodelar e otimizar contratos ineficientes com o objetivo de permitir que contratos em fase de relicitação, passem a ser viáveis, sejam cumpridos, com a imediata retomada das obras" (peça 2, § 15).

4. A presente instrução faz análise concisa da documentação produzida e encaminha o Relatório dos trabalhos e conclusões da Comissão de Solução Consensual (peça 62), Minuta de Termo de Autocomposição (peça 63 e anexos 51-61) e manifestação dos participantes (peças 64, 68 e 89 a 96) para parecer do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU e posteriormente para apreciação do Plenário desta Corte de Contas.

II. HISTÓRICO

5. A solicitação de solução consensual – SSC foi encaminhada a esta Corte de Contas pelo Diretor-Geral da ANTT, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, e nos termos do inciso II do art. 2º da Instrução Normativa TCU nº 91/2022 (peça 1 e 4).

6. Feito o exame de admissibilidade por esta unidade especializada (peça 12), o processo foi admitido pela Presidência desta Corte (despacho peça 14) e pelos Ministros Jhonatan de Jesus (peça 23), Ministro Augusto Nardes (peça 17), e Ministro Aroldo Cedraz (peça 24), por serem relatores de processos correlatos em andamento, conforme previsto na IN TCU 91/2022.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

7. A seguir, foi constituída a Comissão de Solução Consensual – CSC, por meio da Portaria-Segecex 6, de 6 de fevereiro de 2024, nos termos da IN TCU 91/2022, para buscar uma solução consensual para a questão posta. A presente CSC foi composta por integrantes do Ministério dos Transportes, da ANTT, da Concessionária MSVIA, e da auditoria especializada em rodovias do TCU e pela Secex Consenso, também deste Tribunal.

8. A comissão iniciou seus trabalhos em 6 de fevereiro de 2024 e prosseguiu até 6 de maio, tendo o prazo sido prorrogado por mais 30 dias (peça 41, conforme art. 7º, §4º da IN TCU 91/2022) e se encerrando em 5 de junho de 2024.

9. Procedido o histórico da presente SSC, serão tratados na seção seguinte os procedimentos adotados até o momento no âmbito desta Solicitação, bem como, em apertada síntese, a análise de mérito do consenso obtido.

III. EXAME TÉCNICO

10. Em primeiro lugar, é importante destacar que os trabalhos desenvolvidos no âmbito desta comissão se fundamentaram no pressuposto de que é um princípio constitucional basilar e imperativo da atuação da administração pública o princípio da eficiência, introduzido formalmente na Constituição federal por meio da Emenda Constitucional 19/1998, o que impõe que a administração pública atue de forma a alcançar os melhores resultados possíveis com os recursos disponíveis, buscando a otimização de processos, a oferta e a qualidade dos serviços prestados à população e a redução de desperdícios

11. Também se fundamentou no fato que o sistema legislativo brasileiro evoluiu profundamente nas últimas duas décadas, haja vista a necessidade de reconhecimento por parte do legislador quanto ao colapso de uma grande parcela de projetos de parceria entre o setor público e o privado, notadamente no setor de infraestrutura de transportes. Nesse sentido, observou-se ao longo de mais de uma década que o legislador brasileiro tem procurado introduzir novos instrumentos legais para incorporar conceitos destinados a lidar com os desafios decorrentes da necessidade de alteração, prorrogação, renegociação ou até mesmo rescisão amigável de contratos de concessão. Exemplos dessas iniciativas incluem a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), a Lei de Relicitação e Prorrogação Antecipada (Lei 13.448/2017) e a Lei das Agências (Lei 13.848/2019), com especial atenção para o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nesta última.

12. De modo que, a busca por solução mais dialógica para problemas complexos surgidos no âmbito de contratações entre a administração e particulares é tema em ebulição no direito administrativo contemporâneo, estando presente em diversos diplomas legais e decretos, a exemplo do art. 26 da LINDB, que permite a celebração de compromisso entre a administração e os interessados, bem como do art. 13, §1º, do Decreto 9.830/2019, que prevê que "A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.".

13. Importante ressaltar que, em nenhum momento, a comissão fechou os olhos ao princípio constitucional da legalidade, previsto na Carta Magna de 1988, que determina que a administração pública só possa agir como expressamente autorizado em lei, objetivando garantir segurança jurídica, previsibilidade das ações do Estado e proteção dos direitos dos cidadãos contra atuação arbitrária dos detentores do poder estatal.

14. Por outro lado, por uma questão de ponderação dos princípios constitucionais por parte dos gestores públicos que estiveram na mesa, aplicadores do direito no caso concreto, entendeu-se que se tratava de um caso limítrofe que demanda uma atuação eficaz para garantir a preservação de princípios aplicáveis ao tipo do contrato (de concessão) em questão, como o da continuidade do serviço público, do atendimento ao usuário da rodovia e ainda da modicidade tarifária.

15. Importa destacar que não se está a tratar de um mero caso de baixa performance contratual, mas de um caso de ruptura total do contrato e a completa insustentabilidade financeira do mesmo, a ponto de a empresa ter pedido relicitação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

16. Também se deve ressaltar que a decisão tomada pela comissão teve como premissa o reconhecimento de que é o usuário aquele que será mais impactado pela falta de investimentos por muitos anos caso se opte por aguardar o fim da relicitação e uma futura realização de novo leilão.

17. Com vistas a corrigir tais discrepâncias, a legislação aplicada às concessões, Lei 8.987/1995, previu mecanismos mitigadores de ineficiência, a exemplo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 9º, §2º) e a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, desde que com prévia anuência do Poder Concedente (art. 27).

18. Desse modo, quando postos na balança um conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, o caminho tradicional e conservadoramente adotado caminha para uma interpretação mais restritiva dos dispositivos legais, que engessam a administração pública em tomar uma decisão mais eficiente e que traga retorno mais rápido para o cidadão. Isso não quer dizer, todavia, que a intepretação mais restritiva quando comparada com a adoção de uma solução mais elástica configura qualquer ilegalidade. Pelo contrário, entendeu-se que mesmo uma solução de uma repactuação mais elástica atende o interesse público, na medida que garante ao cidadão a prestação de um serviço público com uma qualidade melhor.

19. A questão central que se apresentou à presente comissão é a de uma rodovia – BR163, no estado do Mato Grosso do Sul, que ficará sem investimentos e com manutenção reduzida com a permanência da MSVIA em relicitação. A situação gera perdas para todos: para a população, especialmente para os usuários da rodovia, para o governo federal, para agência reguladora e para concessionária.

20. Assim, hoje a situação posta é que passados mais de 10 anos da execução contratual, após uma série de dificuldades em sua operação, a rodovia parou de receber os investimentos necessários, o que motivou o pedido de devolução do trecho apresentado pela concessionária, em face a insustentabilidade financeira da operação.

21. É um fato notório que houve uma grave crise econômica no país neste período, e que as variáveis da matriz do contrato foram afetadas: as taxas de juros oferecidas e o percentual de participação do financiamento por parte do BNDES e da Caixa Econômica Federal foram incompatíveis com as premissas do processo de licitação, a demanda não se concretizou e o preço do principal insumo das rodovias, o asfalto, derivado do petróleo, subiu muito mais do que o IPCA (índice de correção das tarifas), riscos esses que eram integralmente alocados à concessionária, o que agravou a situação.

22. Este cenário levou o contrato à inviabilidade financeira, a redução do ritmo de obras e a MSVIA vem acumulando prejuízos recorrentes. Assim, em 2019, houve a solicitação de relicitação por parte da companhia, ou seja, da devolução do trecho ao poder público para realização de novo leilão de concessão.

23. No atual processo do instituto da relicitação, estima-se que um novo leilão levaria na melhor hipótese 2 anos para ser concluído e, se exitoso, mais no mínimo 3 anos se passariam até o início da obrigação contratual de execução de obras, em caso de entrada de nova concessionária. Outra via de saída da MSVIA seria a caducidade, caminho que tem se mostrado sem viabilidade fática, cujos efeitos podem ser ainda mais negativos.

24. Nesse contexto específico, concluiu-se pela solução de renegociar e redesenhar o contrato, em caráter excepcional, para que o contrato passe a ser viável e sustentável financeiramente, novos investimentos sejam feitos na rodovia e sejam incorporadas as melhores práticas regulatórias. Assim, a solução desenvolvida por esta comissão de Solução Consensual, a ser submetida ao crivo do MPTCU e do Plenário desta Corte de contas é a reformulação do contrato original, com a reprogramação de investimentos (obras de duplicação, contornos urbanos, terceiras faixas, entre outras), concentrando investimentos exequíveis nos próximos 3 anos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

25. A repactuação atinge também atualizações nas cláusulas de gestão do contrato com padronização aos moldes regulatórios atuais da ANTT, que incluem descontos para usuários frequentes, isenção para motos, adequação de nível de serviço e atendimento a padrões de ESG.

26. Os valores das obras foram atualizados para refletir o aumento do valor de insumos e corresponder aos valores de mercado. Assim, a equação econômico-financeira foi reequilibrada, mantida a TIR de 9,45%. Haverá revisão da tarifa, com previsão de patamares tarifários e o prazo do contrato poderá ser estendido em 10 anos, sem direito a nova relicitação. Para garantir a execução dos investimentos, haverá um Período de Transição de 3 anos, quando a fiscalização será trimestral e, em caso de descumprimento, há a previsão de Extinção Antecipada Consensual, no prazo máximo de 120 dias, da concessionaria em caso de descumprimento.

27. Por fim, para em busca da isonomia, do dever de licitar em sentido amplo, seleção de proposta mais vantajosa e da calibração desse novo desenho, será promovida a possibilidade de uma troca de controle acionário em formato de leilão (levar a mercado concorrencial o ativo remodelado), implementado em forma de sandbox regulatório. O mecanismo competitivo visa mitigar os riscos de legalidade, risco moral e risco sistêmico identificados pela comissão.

28. Foi feita uma avaliação de haveres e deveres, equacionando um gargalo comum em trocas de concessionárias nas relicitações e mitigando os riscos regulatórios, **chegando-se a um valor de R$ 0 (zero real) de uma eventual indenização em caso de saída da atual controladora**.

29. A opção de modernização contratual foi escolhida por ser a que traz mais valor à sociedade, à luz da política pública, se comparada a outras soluções disponíveis, incluindo a manutenção do procedimento de relicitação. Dentre os ganhos mais relevantes estão o adiantamento de obras em aproximadamente 5 (cinco) anos, aproximadamente R$ 9,315 bilhões de investimentos em Capex, R$ 7,156 bilhões em Opex ao longo do contrato – na base monetária Jan/2022. Dessa maneira, a proposta de repactuação apresentada se mostra, por exemplo, mais vantajosa quando comparada com o projeto previsto para as concessões das Rotas do Pantanal e do Tuiuiú, pois além de trazer maior aumento de capacidade na via (aprox. 28%), também permitirá a antecipação de investimentos, que poderão ser iniciados de maneira imediata, em detrimento da relicitação que estima o início das obras apenas para 2027.

30. É possível afirmar que essa renegociação só é passível de ser realizada diante de uma conjuntura específica e excepcional de Política Pública, histórica, econômica e de regulação, não podendo de forma alguma se ter a pretensão de que se torne uma prática, o que poderia acarretar efeitos negativos no cumprimento dos contratos de concessão e entregas à sociedade.

31. Nesse sentido, é ainda relevante dizer que essa solução não deve ser replicada em outros casos automaticamente, podendo sim servir de insumo para o aprimoramento normativo e regulatório. Assim, de forma alguma o que se pretende com este trabalho realizado é estabelecer regras a serem seguidas para contratos em relicitação, pelo contrário, o fato de se precisar de solução consensual para contratos sob a égide do instituto, lança luzes sobre a necessidade de uma atuação proativa para resolução dos gargalos anteriormente debatidos e relacionados à morosidade na finalização do procedimento, para que ele seja passível de cumprimento dentro dos prazos legais pelos atores responsáveis por cada etapa, a fim de ser alcançado seu objetivo precípuo insculpido na lei, de continuidade na prestação do serviço público adequado.

32. Enquanto avaliador, o auditor da Secex Consenso faz uma análise da solução notadamente em face da vantajosidade e do atendimento ao usuário e ao interesse público. Nesse sentido, apesar de existirem riscos quanto ao fato de que houve uma análise mais expedita da situação, **existem inúmeras vantagens na solução aqui proposta**: **existe de fato um adiantamento relevante de obras**, com impacto positivo direto na população (redução de acidentes, melhora da fluidez da rodovia, geração de empregos, etc.), os dados levantados indicam provável **vantajosidade da tarifa em relação ao contrafactual da relicitação e ainda há relativa solidez nos números haja vista haver estudos das Rotas de Pantanal e de Tuiuiú**, há **renúncia a litígios**, o que representa não só abrir mão de potenciais ganhos de valor, mas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

também não incorrer em custos de transação para o Estado, há padronização do contrato com **otimização regulatória**, entre outros.

33. **Esses são ganhos reais e relevantes**. Aqui o conceito de interesse público, conceito fundamental, mas difuso e difícil de ser definido, ganha contornos concretos. Não estamos aqui falando de questões formais ou insignificantes. **Os ganhos para os usuários e para a população acima descritos são de fato tangíveis.**

34. Sobre o processo competitivo proposto pela solução, cumpre destacar que se fundamenta na tentativa de garantir a mitigação do risco moral e ainda de eliminar distorções discrepantes nos números da proposta, garantindo a isonomia a todas as empresas ao oferecer este novo contrato, diferente do originalmente licitado, ao mercado e possíveis interessados.

35. O processo competitivo proposto, combinado com os mecanismos de escuta e análise propostos e discutidos no relatório que são inerentes ao *sandbox regulatório* dão transparência ao processo. Ademais, a participação de tantos interlocutores na comissão e seu contato com a sociedade civil e política dão abertura e transparência à esta repactuação. Ainda, o processo competitivo desenvolvido não garante, mas buscam escolher a oferta mais vantajoso. Se não houver concorrentes, há uma indicação de que a tarifa e as condições estão calibradas com os valores de mercado, e até abaixo, pois não houve interessados.

36. Se as condições estiverem privilegiando a concessionário, se houve oportunismo por parte da atual concessionária nas informações trazidas, haverá interessados no ativo e este mudará de controlador.

37. Com todas estas considerações, entende-se que a proposta apresenta **mais benefícios que superam os riscos apontados.**

38. Nesse ponto, é oportuno mencionar, quanto aos pareceres jurídicos exarados pela procuradoria federal junto à ANTT (peças 93 a 95), que a preocupação expressada em relação ao impedimento da realização de uma análise jurídica "exauriente" dado ao exíguo prazo fixado pelo TCU (peça 94, p. 4) foi dada como superada haja vista a aprovação dada pelo Parecer 00121/2024/PF-ANTT/PGF/AGU (peça 96).

39. Desse modo, com a manifestação de todos os participantes da Comissão, como previsto nos termos da IN-TCU 91/2022 e da Questão de Ordem 1/2024 de 13/3/2024, submete-se à apreciação deste TCU a presente proposta de solução consensual.

IV. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

40. Ante todo o exposto, obtidas as aprovações necessárias no âmbito das estruturas de decisão das entidades representadas nesta Comissão, entende-se pela submissão do presente relatório, acompanhado de seus Anexos, e da manifestação divergente da AudRodoviaAviação/TCU à consideração superior, propondo:

a. **encaminhar o processo à Presidência do TCU** para definição sobre a relatoria dos autos, previamente ao envio à manifestação do MPTCU;

b. **encaminhar o processo ao Ministério Público junto ao TCU**, nos termos do art. 8º da IN 91/2022, para que se manifeste sobre a proposta do Relatório da Comissão de Solução Consensual e do Termo de Autocomposição;

c. **encaminhar para o Plenário para apreciação da proposta a fim de aprovar** a proposta contida do Relatório da Comissão de Solução Consensual, nos termos do art. 11, caput, da IN 91/2022;

d. **autorizar**, se for o caso, a assinatura pela Presidência do TCU do termo de autocomposição contido no Relatório da Comissão de Solução Consensual, nos termos do art. 12 da IN 91/2022;

e. **retirar a chancela de sigilo** dos presentes autos;

f. **autorizar a realização de monitoramento da execução do termo de**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

autocomposição, conforme previsão do art. 13 da IN 91/2022;

g. **expedir comunicações** aos responsáveis do processo, informando a decisão adotada;

h. **arquivar os presentes autos**, com fulcro no art. 169, inciso V, do RITCU.

2. O Supervisor em substituição da Comissão de Solução formada para o presente caso se manifestou favoravelmente à proposta nos termos da peça 105, transcritos a seguir:

> Desde já, adiro integralmente à proposta consensuada pela comissão de solução consensual, que contou com a anuência dos membros externos ao Tribunal (Ministério dos Transportes e ANTT) e com a discordância da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação).
>
> Faço breves considerações sobre os principais pontos que me levam a entender que a solução consensuada é a mais interessante ao interesse público, assegurando que os investimentos realizados promovam melhorias significativas na infraestrutura e na qualidade de vida dos usuários da rodovia.
>
> Inicialmente, cabe contextualizar a necessidade de investimentos em infraestrutura no Brasil, segundo estudos do IPEA, do montante de investimentos necessários estimado para o Brasil (4,25% do PIB), e praticamente a metade (45%) dessa lacuna (1,91% do PIB) é atribuível ao setor de transportes, principalmente rodovias, refletindo o grande déficit no setor[1].
>
> Este panorama sublinha a urgência de intensificar os investimentos em infraestrutura como um dos principais motores do crescimento econômico nacional. No entanto, essa necessidade de investimentos permanece amplamente insatisfeita. Segundo relatório da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib)[2], nos últimos anos, o investimento total em infraestrutura não alcançou 2% do PIB, enquanto o setor de transportes recebeu apenas 0,4% do PIB, significativamente abaixo dos 1,91% indicados como necessários pelo estudo do IPEA.
>
> Em termos quantitativos, os investimentos totais em infraestrutura representam menos da metade do necessário, e no setor de transportes, os aportes são ainda mais deficitários, correspondendo a aproximadamente um quinto da demanda estimada.
>
> Destaca-se então que investimentos em infraestrutura não apenas atendem ao interesse público imediato, mas também são motores essenciais para o crescimento econômico. Eles geram empregos, aumentam a eficiência logística e impulsionam o desenvolvimento regional, criando um ciclo virtuoso de progresso e bem-estar para a sociedade.
>
> Outro ponto de importância que também descrito no referido estudo do IPEA é a importância do ambiente regulatório para alocação do capital privado em infraestrutura. A previsibilidade e a segurança jurídica em um ambiente regulatório robusto proporcionam a criação de negócios e mitigam os riscos associados a mudanças abruptas de políticas ou interpretações legais inconstantes.
>
> É crucial ter uma regulação responsiva que priorize o interesse público e se adapte às mudanças macroeconômicas significativas. Alterações nas condições econômicas, flutuações cambiais, variações nas taxas de juros e outros choques econômicos podem impactar drasticamente o ambiente de investimentos. Uma regulação que se ajusta rapidamente a essas realidades é essencial para manter o setor de infraestrutura atraente e seguro para investidores privados, sempre com o interesse público como prioridade.

---

[1] ROCHA, Katia. **Investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes: a importância do ambiente regulatório na atração de investimentos**. Texto para Discussão, 2020.

[2] https://www.abdib.org.br/wp-content/uploads/2024/04/ABDIB_Relatorio-Anual-2024-1.pdf, pag.27

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Além disso, a capacidade do Estado de usar uma regulação responsiva para corrigir falhas passadas e se adaptar a essas mudanças macroeconômicas permite ao governo ajustar contratos de concessão existentes e alinhar melhor as políticas públicas com as necessidades econômicas atuais, sempre buscando o interesse público.

O maior debate gira em torno das políticas públicas necessárias para estimular uma maior e melhor participação privada no investimento em infraestrutura. É fundamental que essas políticas promovam eficiência, transparência e competição leal, sempre com o foco no interesse público. Além disso, devem ser ágeis o suficiente para responder às novas tendências e desafios do setor. Esses elementos são essenciais para construir um sistema regulatório que não apenas protege, mas também promove investimentos sustentáveis e produtivos, beneficiando assim a sociedade como um todo.

No passo de uma resposta mais adequada às questões que afetaram as concessões leiloadas no início da década passada, o governo editou a Medida Provisória 752/2016 convertida na Lei 13.448/2017, que instituiu o processo de relicitação instituída no ordenamento jurídico, tinha o intuito de criar um arcabouço legal para que o poder concedente e a concessionária conseguissem em comum acordo um fim rápido da concessão para retomada dos investimentos A exposição de motivos da MP 752/2016, explicitou essas questões.

> 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.
> **Como é de conhecimento geral, a ampliação do investimento em infraestrutura é condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil**. Ainda, a promoção da qualidade do serviço prestado aos usuários e a continuidade da prestação do serviço também devem receber atenção do poder público.
> Assim, a proposição ora apresentada à Vossa Excelência busca, por um lado, disciplinar as hipóteses de prorrogação de contratos de parceria para promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, **modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento**.
> Além disso, a medida define procedimentos para a relicitação de contratos de parceria que não estejam sendo devidamente cumpridos ou cujos parceiros d**emonstrarem ausência de capacidade de cumprir com as obrigações assumidas contratualmente**. (grifei)

Não obstante a necessidade de investimentos prementes no setor de infraestrutura, e quase oito anos da edição da MP 758/2016, o instituto da relicitação não conseguiu demonstrar resultados sólidos no setor de concessão rodoviária.

No setor de concessões rodoviárias, cinco pediram relicitação, e somente uma teve o processo finalizado até o momento. Não obstante o êxito, esse foi apenas parcial, pois para atrair mais competidores o Poder Concedente optou por dividir a concessão em dois lotes, o segundo será relicitado ainda em 2024.

Umas das modelagens de restruturação de concessões rodoviárias bem realizadas nesse interim, foi a troca de controle assistida realizada pela concessionária da BR 163-MT, controlada a época pela Odebrecht Transport, que chegou aventar a entrar no processo de relicitação.

Não obstante, o Estado de Mato Grosso apresentou proposta de assumir a rodovia e as obrigações de execução de investimentos por meio da transferência de controle da concessionária. O controle da concessão foi transferido à MT Participações e Projetos S.A., sociedade de economia mista mato-grossense, que se encarregará de investir na concessionária.

A troca de controle assistida na BR-163 MT foi um *leading case* de sucesso aprovada pelo Acórdão 2.139/2022-Plenário. No caso concreto, pouco meses após a prolação do acórdão, já houve investimentos significativos realizados pela nova concessionária com aporte na concessão de mais de um bilhão de reais e início quase imediato das obras.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> O governador Mauro Mendes também lembrou as dificuldades envolvidas na antiga concessão da BR-163 e a falta de cumprimento do contrato, que previa a duplicação da rodovia até 2019. A duplicação da BR-163 ficou paralisada por sete anos e, em menos de alguns meses após a troca de controle, foi retomada. A ordem de serviço para início das obras do primeiro pacote de ampliação de capacidade da rodovia (de Diamantino a Nova Mutum) ocorreu em 1º de julho de 2023, em Nova Mutum.[3]

O caso da Nova Rota do Oeste com a otimização do contrato e a troca de controle se demonstrou mais vantajoso ao interesse público a um eventual processo de relicitação.

Como contraponto, o referido caso que houve de fato relicitação (antiga Via 040, trecho Belo Horizonte/Juiz de Fora em que o leilão ocorreu em abril de 2024), a nova concessionária ainda não iniciou a operação até o momento, (previsão 6/8/2024). Cumpre relembrar que o pedido da antiga concessionária da Via 040 para relicitação ocorreu em 2017, foi aceito em 2019 pela ANTT e somente relicitada em 2024.

Fica a pergunta: será que a relicitação é o melhor modelo para o setor rodoviário?

Não há uma resposta definitiva, mas, no caso específico da MSVia, há vários indicativos de que a relicitação pode não ser a solução mais adequada.

A solução proposta pela comissão de solução consensual inclui a otimização do contrato com a inclusão de cláusulas mais modernas na regulação rodoviária, como um compartilhamento mais claro dos riscos contratuais. Além disso, os projetos foram atualizados, assim como seus custos.

A proposta de solução consensual para a concessão da MSVia se inspirou no caso da BR-163-MT. No entanto, diferentemente daquele caso, não haverá transferência de controle para um ente estatal. Em vez disso, haverá a possibilidade de troca de controle para outra concessionária, caso esta apresente uma proposta de pedágio inferior à solução consensual proposta.

A proposta solução consensual para a alteração da concessão da rodovia contratual da MSVia, controlada pelo grupo CCR, estabelece diversos novos parâmetros contratuais, em especial: a) estabelecimento de nova tarifa de pedágio; b) estabelecimento de novos valores para as obras e serviços (CAPEX/OPEX) originalmente pactuados; c) estabelecimento de nova curva de tráfego; d) estabelecimento de novo cronograma de investimentos; e) inclusão e retirada de investimentos; f) estabelecimento de prorrogação do prazo de vigência do contrato; e g) estabelecimento de nova matriz de risco.

As alterações propostas são substanciais, porém, a opção de relicitação também abarcará tais mudanças, a diferença será que a atual concessionária poderá ainda operar o trecho, o que não é permitido na lei de relicitação.

Assim, é crucial abordar como mitigar o risco moral associado a uma alteração tão ampla em um contrato?

Esta questão é fundamental, pois enquanto buscamos otimizar os termos contratuais para promover investimentos mais eficazes, também devemos garantir mecanismos que preservem a integridade e o equilíbrio das obrigações entre as partes envolvidas

A solução proposta pela comissão de solução consensual envolve a implementação de um procedimento competitivo para atrair outros interessados. O objetivo é que terceiros possam oferecer, em um leilão, tarifas mais baixas do que as propostas pela atual concessionária. O procedimento competitivo busca além de garantir eventuais benefícios diretos aos usuários, busca diminuir assimetria de informação que somente o operador atual pode te.

Na minha opinião, a mitigação do risco moral através deste procedimento competitivo aborda os principais riscos identificados e contribui significativamente para a transparência e equidade do processo.

[3] https://www.mtpar.mt.gov.br/c%C3%B3pia-not%C3%ADcias-86

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Outro ponto de risco apontado pela unidade de auditoria especializada é se que se "criou materialmente um novo contrato, sem a execução de um procedimento licitatório, sem a realização de audiência pública e com base em soluções e valores integralmente produzidas pela concessionária".

A crítica que a mutação contratual proposta deveria obedecer ao contrato original, não se pode contrapor que a única opção real, a relicitação, e não a um ajuste ao contrato já fracassado. Destaca-se sobre esponto parte do Parecer da Procuradoria Geral especializada junto à ANTT (peça 95).

> 48. E o que nos parece mais relevante, em todo esse contexto, é a constatação de que a resolução amigável de disputas incentiva e atrai, de fato, uma maior colaboração entre as partes; a relação de confiança estabelecida nesse espaço, por certo, é benéfico para a execução futura do contrato. As decisões e caminhos construídos em ambiente negocial e de maneira colaborativa, é sabido, fazem com que as partes se comportem de forma mais propensas a manter uma relação positiva e cooperativa, em proveito, decerto, da prestação do serviço público delegado.
> 49. Prova disso é saber que, enquanto Administração Pública e concessionária se debatiam, no judiciário, em arbitragem, em discussões no âmbito administrativo e em sede de órgãos de controle, os usuários vinham sofrendo com a má prestação dos serviços.
> 50. Ater-se aos exatos termos do que foi originalmente pactuado representa, nesse caso, concluir pela necessidade de morte desse mesmo contrato. Seria um contrassenso: privilegiar o contrato da forma como inicialmente estruturado (acovardando-se em renegociá-lo de forma suficientemente ampla para alcançar o resultado almejado) pressuporia reconhecer que ele não merece sobreviver, pela sua evidente inviabilidade, escancarada nos anos de vigência contratual. A saída negocial caminha em sentido contrário na medida em que confere a importância devida à retomada imediata dos investimentos, escorada em um contrato mais moderno e com obrigações e tarifas mais adequadas.
> 51. Com isso, parece-nos possível concluir que, tal como demonstrado, a alternativa mais vantajosa, a essa altura e dadas as circunstâncias fáticas, reais, é de fato a repactuação do contrato nos termos propostos.

O arcabouço jurídico para mutações contratuais é robusto, especialmente quando decorrem de soluções consensuais que buscam a eficiência na alocação dos recursos já escassos.

Diante da urgência em suprir o déficit em infraestrutura, é pertinente questionar: será prudente postergar por mais alguns anos os investimentos essenciais? A necessidade de uma resposta ágil e adaptativa a mudanças macroeconômicas e setoriais sugere que a melhor estratégia é agir prontamente para fomentar o desenvolvimento sustentável e a competitividade econômica.

Cumpre relembrar que § 2º do art. 3º do Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) é bastante claro que soluções consensuais são as mais adequadas no ordenamento jurídico pátrio.: *§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*.

Aguardar a concepção de um modelo ideal de regulação, originado exclusivamente de uma nova legislação, é uma abordagem extemporânea e pouco prática diante das necessidades urgentes e crescentes da sociedade. Em um contexto em que as demandas por infraestrutura eficiente e serviços de qualidade aumentam continuamente, é essencial adotar medidas ágeis e adaptativas.

Precisamos de soluções que possam ser implementadas rapidamente, sem depender da longa tramitação de leis específicas, para responder de maneira eficaz às exigências atuais. Portanto, é imperativo explorar alternativas regulatórias que sejam flexíveis e capazes de adaptar-se às dinâmicas sociais e econômicas em constante evolução, garantindo assim o atendimento adequado e tempestivo das necessidades públicas.

Em conclusão, a solução proposta para otimização da concessão da MSVia atende plenamente ao interesse público, sendo uma alternativa superior à relicitação. Esta solução resulta **exclusivamente de um processo de solução consensual**, que garante a participação ativa e colaborativa de todas as partes envolvidas.

O procedimento competitivo proposto como parte desta solução visa sanar o risco moral, promovendo um ambiente de transparência e equidade ao permitir que terceiros possam oferecer tarifas mais baixas em um leilão. Este mecanismo competitivo não apenas incentiva a eficiência, mas também assegura que os benefícios diretos aos usuários sejam maximizados.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Um ponto essencial a ser ressaltado é que, ao contrário da solução consensual proposta, a relicitação não resolve todos os conflitos. Em um processo de relicitação, a concessionária pode questionar o valor da indenização em uma arbitragem, já que o valor considerado na modelagem econômico-financeira de um eventual edital de relicitação é o valor incontroverso. Diferentemente, na proposta de solução consensual, o valor a ser pago à concessionária em caso de saída do ativo é acordado de forma consensual, evitando disputas futuras.

Além disso, a realização de investimentos robustos em infraestrutura é essencial para o crescimento sustentável do Brasil. A modernização dos contratos e a implementação de novas cláusulas de desempenho garantirão que os parceiros privados estejam alinhados com as metas econômicas e sociais do país.

Por fim, cumpre ressaltar a participação inequívoca da Advocacia Geral da União em todo o processo de solução consensual, sempre representados por membros da Consultoria Jurídica do Ministério do Transporte e da Procuradoria Federal junto à ANTT.

Portanto, a proposta de solução consensual não só preserva a integridade dos contratos existentes, mas também fomenta um ambiente regulatório mais eficiente e responsivo, crucial para atrair investimentos privados e impulsionar o crescimento econômico nacional.

Assim, remeto aos autos à consideração superior manifestando em total acordo a proposta de solução consensual acordada.

3. Na sequência, o Secretário da SecexConsenso (peça 106) proferiu despacho, o qual transcrevo a seguir, corroborando a proposta de solução consensual apresentada na Comissão de Solução Consensual e aprovada pelas partes:

Cuidam os presentes autos de solicitação de solução consensual formulada pela ANTT referente à otimização do contrato de concessão da Rodovia BR-163/MS, celebrado com a concessionária MSVIA.

2. Manifesto-me, na essência, em consonância com o relatório final produzido pela comissão de solução consensual, que contou com a anuência de todos os membros da Comissão de Solução Consensual, exceto da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação).
3. Apesar de antecipar tal posição, destaco dois aspectos relevantes para reforçar as conclusões dos membros convergentes da CSC: o paradigma do potencial enfrentamento da Eficiência com a Legalidade; e o processo competitivo para troca de controle da concessionária contratada.
4. De início, destaco que a busca por solução mais dialógica para problemas complexos surgidos no âmbito de contratações entre a administração e particulares é tema em ebulição no direito administrativo contemporâneo, estando presente em diversos diplomas legais e decretos, a exemplo do art. 26 da LINDB, que permite a celebração de compromisso entre a administração e os interessados, bem como do art. 13, §1º, do Decreto 9.830/2019, que prevê que "A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.".
5. Na mesma sintonia, estão o artigo 36 da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a possibilidade de utilização da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e o art. 3º do CPC, que estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos.
6. Desse modo, com a crescente atuação da administração pública para resolver de modo consensual e mais dialógico controvérsias contratuais com terceiros, não raras vezes surgem aparentes conflitos entre os princípios da legalidade e da eficiência.
7. Importante notar que a atuação mais dialógica para a busca de soluções não é propriamente uma benesse trazida pela administração pública para os seus administrados, mas sim uma forma de construção de soluções viáveis, que melhor atendam ao interesse público, sem desrespeitar o interesse dos particulares, que podem e devem contribuir com a modelagem da solução.
8. Pelo princípio da legalidade, previsto na Carta Magna de 1988, a administração pública só pode agir como expressamente autorizado em lei, objetivando garantir segurança jurídica, previsibilidade

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

das ações do Estado e proteção dos direitos dos cidadãos contra atuação arbitrária dos detentores do poder estatal, o que configuraria abuso de poder.

9. Por outro lado, o princípio da eficiência, introduzido formalmente na Constituição federal apenas por meio da Emenda Constitucional 19/1998, demanda que a administração pública atue de forma a alcançar os melhores resultados possíveis com os recursos disponíveis, buscando a otimização de processos, a oferta e a qualidade dos serviços prestados à população e a redução de desperdícios.

10.A exposição de motivos da Emenda Constitucional 19/1998 deixa claro os objetivos do legislador quando da inclusão do princípio da Eficiência no mesmo artigo 37 da Constituição Federal que abriga o princípio da Legalidade.

> O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal.
>
> A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios modelos e técnicas de gestão.
>
> No difícil contexto do retorno a democracia, que em nosso país foi simultâneo a crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

11.Ou seja, o motivo da inclusão do Princípio da Eficiência foi justamente destacar a necessidade de uma administração pública que mais entregasse políticas públicas ao cidadão, de modo a aumentar o desenvolvimento econômico, superar a crise fiscal e ofertar mais qualidade ao cidadão quando da prestação de serviços públicos.

12.Apesar de a exposição de motivos ter sido escrita em 1998, seu texto continua bastante atual quando analisamos a relação entre a atuação da administração pública e as expectativas do cidadão.

13.Quando o confronto desses dois princípios é trazido para o cenário de prestação do serviço público de rodovias, que envolve não somente a realização de investimentos de ampliação de capacidade, mas também a manutenção e conservação do trecho, há que se observar que o Poder Público, no início da década de 1990 e diante da escassez de recursos públicos para investir no modal rodoviário, optou por delegar a terceiros privados a realização desses serviços, tendo como contrapartida a cobrança de uma tarifa de pedágio.

14.Na hipótese de um contrato de concessão rodoviária não conseguir performar, independente da causa que deu origem a esse baixo desempenho, o primeiro a sofrer e mais impactado é o cidadão, que além de arcar com a tarifa de pedágio não tem a devida retribuição materializada na justa prestação do serviço público, com a qualidade e a extensão originalmente pactuados.

15.Com vistas a corrigir tais discrepâncias, a legislação aplicada às concessões, Lei 8.987/1995, previu mecanismos mitigadores de ineficiência, a exemplo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 9º, §2º) e a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, desde que com prévia anuência do Poder Concedente (art. 27).

16.Nos primeiros contratos de concessão de rodovias, não havia uma distribuição de riscos tão equilibrada, o que trouxe grande impacto na execução de tais contratos, de longo prazo. O não endereçamento tempestivo de solução para os problemas surgidos gera extrema ineficiência na prestação do serviço público pretendido.

17.A demora na solução, acaba por onerar excessivamente a futura solução, sendo que muitas vezes a solução acaba sendo levada ao poder judiciário, demorando ainda mais em função do elevado volume de processos e cultura litigante do Brasil, tendo como principal prejudicado o cidadão, que paga a tarifa e não tem a devida contraprestação do serviço.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

18.Ao se prolongar no tempo, a discrepância entre o cronograma físico-financeiro originalmente pactuado e a realidade enfrentada pela concessão acaba inviabilizando correção por meio de alterações marginais ou incrementais dos contratos, o que acaba por motivar adesão ao instituto da relicitação, que sabidamente não tem performado como esperado quando da aprovação legislativa.

19.A realização de vultosos investimentos em contratos que já estão na metade de sua vida útil dificilmente viabilizaria a amortização no tempo restante do contrato ou o cidadão teria que arcar com grande majoração das tarifas.

20.Desse modo, retomando a discussão sobre conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, por vezes esse aparente conflito reside numa interpretação mais restritiva dos dispositivos legais, que engessam a administração pública em tomar uma decisão mais eficiente e que traga retorno mais rápido para o cidadão, conforme expresso na exposição de motivos da Emenda Constitucional 19/1998.

21.Logo, essa intepretação mais restritiva quando comparada com a adoção de uma solução mais elástica, estaria advogando contra o interesse público, na medida que privaria o cidadão do uso-fruto de um serviço prestado com uma qualidade melhor.

22.Interessante notar que tradicionalmente há peso para o cumprimento integral das leis e normas, o que logicamente deveria ocorrer, mas nem sempre temos um olhar atento para severos problemas de ineficiência, talvez por ausência de critérios mais claros, ou subjetivos, o que tem sido objeto de reflexão pelo legislador, que busca incentivar uma análise consequencialista das decisões, não somente a literalidade das leis, consoante previsão na Nova Lei de Licitações, art. 147, que indica que nem mesmo quando constatada irregularidade em procedimento licitatório ou execução do contrato deve haver imediata declaração de nulidade, mas sim verificar a possibilidade de saneamento e o interesse público, sem prejuízo da realização da respectiva apuração.

23.Ainda sobre a tomada de decisão em situações de aparente conflito entre os referidos princípios, o artigo "(Ir) Racionalizando a tomada de decisão jurídica - O que o NCPC e a LINDB falam sobre a decisão judicial", de David F.E Rocha, cita a existência de três abordagens utilizadas no campo da tomada de decisão na esfera judicial, que também valem para os Tribunais de Contas.

24.A abordagem Cognitiva, influenciada pela psicologia experimental, a qual sugere que as decisões são profundamente afetadas por vieses inconscientes e intuições morais, especialmente em casos moralmente significativos. A abordagem comportamental, oriunda da ciência política, aponta que fatores como o desenho institucional do judiciário e pressões políticas podem influenciar o resultado do julgamento. E a abordagem narrativa, relacionada às teorias da argumentação jurídica, apresenta diferentes modelos de justificação decisória, incluindo Formalistas, Particularistas, Positivistas Presumidos e Particularistas sensíveis às regras.

25.Destaco o particularismo, como uma abordagem passível de ser aplicada em decisões consensuais, pois este é um modelo que pode ser ajustado (recalibrado) para alcançar o resultado ótimo, não necessariamente alinhado à literalidade do Direito, mas contendo "as melhores razões morais". Esse modelo pode ser visto como um tipo de instrumentalismo jurídico, que utiliza o direito como meio para alcançar certos fins morais/políticos, sacrificando a busca por certeza, segurança e previsibilidade em favor da realização do "melhor direito possível".

26.O referido artigo aborda também o desafio de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, destacando a importância de uma "razoável dosagem de positivismo" combinada com uma interpretação baseada em valores. Isso teria dado origem aos "PósPositivismo" ou "Neoconstitucionalismo", que focam menos nos textos normativos e mais na racionalidade discursiva do sujeito intérprete na busca por decisões alinhadas ao Direito.

27.Sobre isso, há que se falar que a MP 758/2016, que trouxe para o arcabouço legal o instituto da relicitação em concessões públicos já está em vigor a oito anos e mostrou pouco resultado prático no campo das concessões rodoviárias, deixando de solucionar problemas e passando a ser um caminho tortuoso para concretização das políticas públicas pretendidas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

28.Além da relicitação, o instituto da caducidade para resolver problemas nos contratos também não se mostrou eficaz.

29.Logo, a forma que a comissão encontrou para endereçar os problemas da Concessão objeto destes autos foi uma reestruturação do contrato que provocou mudanças em algumas das premissas originais que embasaram o processo licitatório, ressalto, mudanças de pequena magnitude não teriam o condão de endereçar solução, mas as alterações propostas podem ser mitigadas pela realização de um processo competitivo de troca de controle do ativo, o que contou com a anuência da empresa contratada, em que se oferta ao mercado esse contrato reestruturado, com o pagamento dos ativos não amortizados pelo concessionário.

30.Os riscos normalmente existentes em um contrato de concessão vigente que poderá passar por troca de controle, neste caso específico, estão bastante mitigados, com identificação clara dos haveres e deveres, o que foi objeto da CSC. O risco regulatório, um dos mais expressivos em contratos de concessão, foi completamente endereçado nas discussões travadas pela comissão e reduzido a termo na proposta de solução apresentada.

31.O risco de engenharia, normalmente presente em contrato que o concessionário pede para sair, pode ser considerado baixo, tendo em vista que o próprio concessionário deseja permanecer nesse contrato renegociado. É dizer, fazendo analogia com um novo leilão, o que não é o caso, já haveria ao menos um participante interessado, o que indica ao mercado a viabilidade da modelagem pretendida, sem prejuízo de o mercado corrigir eventuais ineficiências do modelo, disputando o novo contrato sadio.

32.Sobre a legalidade do processo competitivo, ressalto que a troca de controle societário ou troca do concessionário, institutos presentes na Lei de Concessão, tem características de negócio jurídico privado, uma vez que o concessionário busca no mercado, com prévia autorização do regulador, um outro particular interessado em assumir o contrato.

33.Neste caso específico, a diferença que reside entre uma troca de controle é que nesse caso não trata de um contrato sem alterações. Quem vier a assumir o direito de explorar o ativo receberá um contrato atualizado do ponto de vista regulatório, com mais prazo para amortizar os investimentos, e ao contrário da relicitação, já receberá as praças de pedágios instaladas e operantes. Isso é mais um atrativo para impulsionar a presença de terceiros nesse processo competitivo.

34.O prazo de setenta dias para o procedimento competitivo, menor que o prazo de cem dias comumente ofertado pela Secretária Especial do Programa de Parceria de Investimentos da Casa Civil em leilões da espécie, pode ser justificado diante dos levantamentos já feitos, como haveres e deveres, mas também pelo menor risco presente no contrato reestruturado e modernizado, com ao menos um **player** manifestamente interessado, quando comparado a assunção de contratos em seu estado original, em que as discussões sobre atualizações regulatórias e macroeconômicas ainda não foram enfrentadas.

35.Por outro lado, haverá consulta ao mercado sobre o processo competitivo e as sugestões dos interessados poderão motivar ajustes no procedimento idealizado, inclusive quanto ao prazo.

36.A vantagem desse procedimento competitivo é que mitiga o risco relativo à assimetria de informação presente entre o particular detentor atual do contrato e poder público acerca das modificações propostas.

37.Caso o contrato apresente excedentes, isso atrairá o interesse de terceiros em assumir e apresentar ofertas no processo competitivo. Caso não haja, o atual concessionário irá permanecer no contrato e realizar os investimentos replanejados.

38.Do ponto de vista do interesse público, entendo que a solução alvitrada pela comissão, de promover importantes mudança no contrato, mas submetê-las a um procedimento competitivo, é melhor para o usuário à alternativa da relicitação, na medida em que reduz em dois anos os prazos necessários para conduzir um processo de relicitação, a redução pode ser ainda maior, já que uma relicitação poderia ser fracassada ou demorar mais tempo do que o previsto.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

39.Por fim, cabe destacar que o procedimento competitivo não havia sido pensado no âmbito do grupo de trabalho que antecedeu o requerimento e foi no âmbito da CSC que o processo competitivo foi idealizado como mitigador do risco moral, permitindo também a correção de eventuais inconsistências na modelagem quando da competição e publicização dos estudos que fundamentaram a solução proposta.

40.Diante do exposto, manifesto-me de acordo com a instrução da SecexConsenso e com o pronunciamento do supervisor da comissão, nos seus exatos termos, que no mérito propõem ao Plenário a aprovação da proposta contida no Relatório da Comissão de Solução Consensual.

41.Encaminhem-se os autos à presidência, para definição da relatoria dos presentes autos, consoante análise da instrução precedente, uma vez que na admissibilidade houve a manifestação pela ratificação de quatro Ministros que possuíam processos que tangenciavam os assuntos objeto da solicitação de solução consensual, conforme tabela constante em anexo a este despacho, sendo que o Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, em seu pronunciamento (peça 24), ressaltou que por ele ser o Relator do processo TC 016.420/2021-7, que trata do acompanhamento do processo de relicitação da BR-163/MS, a relatoria deste processo de relicitação deveria ser atribuída a ele.

4. Cumprindo o seu papel na Comissão de Solução Consensual, a Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAvição) se manifestou contra a proposta apresentada nos seguintes termos (peças 87 e 88):

INTRODUÇÃO

Trata-se de solicitação de solução consensual (SSC) formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e endereçada a este Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso II do art. 2º da IN TCU 91/2022.

1. A solicitação se refere à "proposta de repactuação e reestruturação do contrato de concessão da Rodovia BR-163-MS, celebrado com a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. - CCR MSVia". De acordo com o Diretor-Geral da ANTT, a proposta de repactuação "decorre das notórias dificuldades enfrentadas pela referida concessão, condição que motivou a criação do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 373, de 28/4/2023, do Ministério dos Transportes" e consideraria "as disposições da Instrução Normativa TCU nº 91/2022, bem como as condicionantes estampadas no Acórdão nº 1.593/2023-TCU-Plenário" (peça 1).

2. Por meio da Portaria Segecex 6/2024, de 1º/2/2024, foi constituída a Comissão de Solução Consensual (CSC), comprazo de noventa dias a contar de sua publicação, o que ocorreu no DOU Edição 26, de 6/2/2024 (republicada com correções no DOU Edição 31, de 15/2/2024). Com a prorrogação de trinta dias autorizada pelo Presidente (peça 41), o funcionamento da comissão totaliza 120 dias, encerrados em 5/6/2024.

3. Ao término dos trabalhos da CSC, foi produzida uma minuta de termo de autocomposição (peça 63), acompanhada do relatório final da comissão (peça 62). A minuta do termo foi encaminhada às partes para que pudessem se manifestar favoravelmente ou contrariamente à solução proposta.

4. A presente instrução foi produzida para atendimento à referida solicitação de manifestação.

HISTÓRICO

5. O contrato em questão se originou do Edital 005/2013 com a finalidade de selecionar a melhor proposta visando a celebração de Contrato de Concessão de serviço público para a exploração da Concessão da rodovia BR-163/MS (peça 73).

6. A Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. – MSVia sagrou-se vencedora ao oferecer um desconto de 52,74% sobre a tarifa-teto de R$ 0,09720/km, firmando o contrato de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

concessão que fixou a tarifa básica de pedágio (TBP) em R$ 0,04381/km (data-base em março/2012).

7. O contrato de concessão (peça 69) foi assinado em 12/3/2014 e teve sua vigência iniciada em 11/4/2014, pelo prazo de 30 anos (até 11/4/2044), prorrogáveis por até mais 30 anos nas condições estipuladas na cláusula 3.2.

8. O início da cobrança do pedágio, regulada na cláusula 18.1, foi condicionada (i) à conclusão dos trabalhos iniciais; (ii) à implantação de 10% da extensão total das obras de duplicação; (iii) à implantação da praça de pedágio; (iv) à integralização do capital social no valor estipulado no contrato; e (v) à entrega do programa de redução de acidentes e do cadastro do passivo ambiental. Assim, os usuários da rodovia passaram a pagar o pedágio na data de 14/9/2015.

9. De acordo com o PER (peça 74), as principais obrigações de investimentos de ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço são:

a) duplicação de 806,3 km até o 4º ano de concessão;

b) implantação de 35,3 km de vias laterais em até 12 meses após a duplicação do respectivo trecho;

c) melhoria de 3 acessos;

d) implantação de 16 passarelas;

e) implantação de 55 interconexões tipo diamante, 2 trevos completos, 5 trombetas e 13 retornos em desnível; e

f) implantação de 4 contornos em pista dupla num total de 19,4 km até o 5º ano de concessão.

10. Entretanto, ao longo da execução do contrato a maior parte dos investimentos de ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço não foi realizada (peça 75). Apenas 150 km (18,5%) foram duplicados, 73,7% das restaurações foram feitas, nenhum dos contornos foi executado, poucas ou nenhuma via lateral foi implantada e as pontes, os retornos e os dispositivos dos trechos duplicados foram construídos.

11. Diante dos descumprimentos contratuais, especialmente os referentes à obrigação de duplicação de 806,3 km de rodovia dentro dos primeiros cinco anos do contrato de concessão, em 14/1/2020 a concessionária protocolou pedido de relicitação do seu contrato, nos termos da Lei 13.448/2017. A qualificação do contrato para fins de relicitação ocorreu por meio do Decreto 10.647/2021 e o início do processo se deu com a assinatura do 1º Termo Aditivo em 10/6/2021, com prazo inicial até 11/3/2023 (peça 70). O 3º Termo Aditivo prorrogou a vigência da relicitação por mais 24 meses até 11/3/2025 (peça 72).

12. Nesse período, o Ministério dos Transportes e a ANTT procederem com os estudos da nova licitação. O novo desenho do trecho prevê a concessão em dois segmentos independentes.

g) Rota Pantanal: trecho norte da BR-163/MS, entre Campo Grande/MS e a divisa MT/MS (https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/rodovia-br-163-ms-rota-pantanal, acesso em 11/6/24). 379,6 km de extensão, TBP de R$ 14,20/100km (pista simples) e R$ 19,88/100km (pista dupla), data-base jan/2022. Se encontra em fase de audiência pública; e

h) Rota Tuiuiú: trecho sul da BR-163/MS e BR-267/MS (https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/br-163-267-ms, acesso em 11/6/2024). 714 km de extensão e ainda se encontra em fase de estudos. A versão mais recente do MEF ainda em elaboração, de outubro/2023, indica TBP da ordem de R$ 16,26/100km (pista simples) e R$ 21,14/100km (pista dupla), data-base jan/2022.

13. A média das tarifas ponderada pela extensão dos projetos é de R$ 15,55/100km (pista simples) e R$ 20,70/100km (pista dupla).

14. Tais estudos, no estado em que se encontram, serviram de base para a formação dos preços que fundamentam a proposta de solução consensual em questão.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

EXAME TÉCNICO

I. Apresentação da proposta e principais pontos

15. De maneira geral, a proposta resultante dos trabalhos da Comissão de Solução Consensual se reflete na **reformulação completa do contrato**, tanto do ponto de vista das regras contratuais quanto do equilíbrio econômico-financeiro.

16. Em relação às regras contratuais, foram adotadas as regras semelhantes às do modelo de 5ª etapa, com algumas alterações específicas a exemplo de:

i) estrutura de contas vinculadas;

j) benefícios de isenções para motos;

k) descontos para usuários frequentes;

l) descontos para usuários que adotam o pagamento por *tag*;

m) certificação de projetos;

n) mecanismos de compartilhamento de riscos de demanda, de risco de insumos e de proteção cambial;

o) novas regras de compartilhamento de riscos geotécnicos, de desapropriações e de condicionantes ambientais;

p) reclassificações tarifárias conforme a entrega de investimentos em melhoria e ampliação de capacidade;

q) previsão de Pontos de Parada e Descanso de caminhoneiros (PPD) e de postos de pesagem automáticos; e

r) flexibilização de parâmetros operacionais.

17. No que diz respeito ao novo equilíbrio econômico-financeiro, foi criado um novo Modelo Econômico-Financeiro (MEF) (peça 51) com os investimentos previstos para serem executados a partir da assinatura do termo aditivo e os custos operacionais, e que fundamentou o cálculo da nova tarifa de pedágio.

18. Todos os elementos do MEF são novos, sem relação com o contrato vigente: investimentos previstos, valor dos investimentos (mesmo para aqueles que já eram previstos no contrato vigente), cronograma, TIR, custos operacionais. A proposta vencedora da licitação não foi incorporada ao MEF em nenhuma medida.

19. Essa reformulação integral do contrato – substituição das cláusulas essenciais e desconstituição do equilíbrio econômico-financeiro original – é justificada pela preponderância dos benefícios, principalmente a de adiantamento de obras em relação a um novo leilão, sobre os riscos, e de adoção de medidas mitigadoras do risco, como a adoção de período de transição com processo de extinção antecipada e a realização de "procedimento competitivo".

20. As discussões judiciais e arbitrais sobre reequilíbrio econômico-financeiro serão renunciadas.

I.1. Nova tarifa de pedágio

21. A nova tarifa de pedágio foi calculada a partir da nova MEF, nos moldes de um novo projeto de concessão, mas com degraus tarifários nos primeiros anos. Assim, a tarifa de pista simples parte dos atuais R$ 7,52/100km, passando para R$ 10,06/km no segundo ano, R$ 12,60/100km no ano seguinte até atingir o valor cheio de R$ 15,13/100km no quarto ano (equivalente a 2,01 vezes o valor atual).

22. Os degraus tarifários não se confundem com a reclassificação tarifária. A reclassificação tarifária, como mecanismo de estímulo à execução de investimentos de ampliação de capacidade, consiste na majoração da tarifa apenas para o trecho ampliado (nos casos de duplicação ou de implantação de novas faixas). Assim, a tarifa de um trecho duplicado é aumentada em 30% apenas para aquela extensão que foi duplicada e após a conclusão das obras; a de uma terceira faixa construída é aumentada em 15% para aquela extensão de faixa e após a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

conclusão das obras. Outros investimentos, como contornos, geral reclassificação de toda a tarifa, mas em percentuais reduzidos: 1% ou 1,6% para cada contorno e 5% para a conclusão de todas as demais melhorias (acostamentos, acessos, dispositivos).

23. O degrau tarifário, por outro lado, é uma transição entre o patamar tarifário atual, de R$ 7,52/100km, para o patamar final, de R$ 15,13/100km, a fim de não causar um acréscimo brusco na tarifa. Está condicionado à conclusão das obras previstas naquele ano, mas não tem relação de proporcionalidade com elas. Por exemplo, o primeiro ano prevê degrau tarifário de 33,78% com a entrega de 6,12 km de terceiras faixas (4,14% do total), 1,04 km de vias marginais (4,54% do total) e 5,66 km de duplicação (2,79% do total). Esses trechos contarão com suas reclassificações tarifárias, independentemente dos degraus.

I.2. Novo prazo de concessão

24. O prazo original da concessão da BR-163/MS é de 30 anos, a contar da data da assunção. A assunção da rodovia se deu em 11/4/2014, de modo que a data original de encerramento do contrato era 11/4/2044.

25. Em função do processo de relicitação, e com a assinatura do 3º TA, o prazo atual do contrato vence em 11/3/2025.

26. Na proposta resultante da CSC, o novo prazo será de 29 ano, a contar da assinatura do termo aditivo de repactuação, após a conclusão do procedimento competitivo. Assim, a nova data de encerramento passará a ser em torno do início de 2054, representando um acréscimo de dez anos em relação ao prazo original.

I.3. Investimentos previstos

27. Resumidamente, a proposta contempla a execução dos seguintes investimentos:

s) 203,02 km de duplicações;

t) 147,77 km de terceiras faixas;

u) 22,99 km de vias marginais;

v) 467,40 km de melhoria de acostamentos;

w) implantação de 22,64 km de contornos em pista simples;

x) implantação de 6,19 km de contornos em pista dupla;

y) melhorias em 379 acessos; e

z) implantação ou melhoramento de 180 dispositivos;

aa) implantação de 22 passarelas

28. Comparativamente às obrigações contratuais originais e às previstas nas minutas dos projetos para a relicitação do trecho, temos:

Quadro 1 – Comparativo entre os investimentos previstos em cada projeto

Investimento	Contrato original	Novos projetos	Proposta CSC
Duplicação	656,3 km [1]	110,4 km	203,02 km
Terceiras faixas [2]	-	191,1 km	147,77 km
Vias marginais	35,3 km	20,2 km	22,99 km
Melhoria de acostamento [2]	- [3]	647,8 km [3]	467,40 km [3]
Contornos em pista simples	-	22,34 km	22,64 km
Contornos em pista dupla	19,4 km	6,2 km	6,19 km
Acessos	3 um	379 un	379 un
Dispositivos	75 um	24 un	180 un

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Investimento	Contrato original	Novos projetos	Proposta CSC
Passarelas	16 um	25 un	22 un

[1] descontando as duplicações já executadas
[2] necessidade surgida nos trechos que não serão duplicados
[3] todos os projetos estão tratando a totalidade dos acostamentos. A diferença de quantitativos está relacionada principalmente às extensões de duplicações e terceiras faixas, que já incluem a correção de acostamentos
Fonte: produção própria

29. Quanto aos valores totais dos investimentos, corrigidos para a mesma data-base, temos:

Quadro 2 – Comparativo entre os valores de investimentos previstos em cada projeto

Investimento	Contrato original [1]	Novos projetos	Proposta CSC
CAPEX	R$ 10,913 bi [2]	R$ 4,255 bi (Pantanal) + R$ 3,671 bi (Tuiuiú) = R$ 7,926 bi	R$ 9,29 bi
OPEX	R$ 5,721 bi	R$ 3,501 bi (Pantanal) + R$ 3,033 bi (Tuiuiú) = R$ 6,534 bi	R$ 7,7 bi
CAPEX + OPEX	R$ 16,635 bi [2]	R$ 14,460 bi	R$ 16,99 bi

[1] corrigido de mai/2012 para jan/2022 pelo índice ponderado (2,0967 – ver parágrafo 120)
[2] descontados os trabalhos iniciais e as duplicações já executadas
Fonte: peça 76, aba PERLote6v16v1016sem

I.4. Nova precificação de CAPEX e OPEX

30. Para a reformulação do contrato, os investimentos, inclusive aqueles já constantes do contrato original, foram totalmente reprecificados, tanto o CAPEX quanto o OPEX.

31. O CAPEX se fundamentou principalmente nos estudos em elaboração pela Infra S.A. para a relicitação do trecho.

32. De fato, o Quadro 2 demonstra que houve uma redução de R$ 1,6 bi (15%) do valor do CAPEX entre o valor dos investimentos remanescentes originalmente previsto no projeto (corrigido pelo índice ponderado, que é o que melhor reflete o aumento dos custos de obras no período – ver parágrafo 120) e o valor dos investimentos previstos na proposta.

33. Tal redução é coerente com a **substituição de investimentos mais onerosos** (duplicação de 453,28 km de duplicação e 19,4 km de contornos em pista dupla) **por intervenções mais baratas** (147,77 km de terceiras faixas, 467,40 km de melhorias de acostamentos, 6,19 km de contorno em pista dupla e 22,64 km de contorno em pista simples). Ainda que as quantidades de acessos, dispositivos e passarelas tenham aumentado, esse aumento não compensou a diminuição dos investimentos em capacidade de pista.

34. Os novos valores de OPEX, por sua vez, teriam partido dos valores dos novos estudos da relicitação, mas aumentados em função da adoção de parâmetros mais rígidos em relação ao dos estudos. Além disso, a MSVia alegou já praticar valores superiores aos dos novos estudos.

35. Entretanto, em relação ao contrato vigente as exigências de parâmetros operacionais são mais relaxadas, com tempos de atendimento maiores. Além disso, com a redução do tráfego, o esforço de manutenção e conservação também será menor.

36. Ou seja, as alterações contratuais promovidas deveriam resultar em redução do OPEX em relação ao contrato existente, mas a reprecificação seguiu o caminho oposto.

I.5. Procedimento competitivo

37. Como forma de mitigar os riscos moral e sistêmico, foi previsto que a Concessionária, isto é, a Pessoa Jurídica (Sociedade de Propósito Específico – SPE), fosse colocada à venda, em um procedimento competitivo de oferta ao mercado supervisionado pelo Poder Público. Assim, o contrato repactuado seria executado pela mesma SPE, mas sob controle de eventual novo proprietário. O acordo permite a participação do atual controlador.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

38. Não haverá valor a ser pago pelo vencedor do processo competitivo ao atual controlador em razão da compra da SPE. Tal disposição decorre da negociação realizada na Comissão que levou em conta:

bb) o valor atualmente calculado pelo verificador independente para a indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados;

cc) as possíveis glosas a serem aplicadas pelo verificador independente;

dd) os valores questionados pela concessionária sobre o cálculo do verificador independente;

ee) o desconto do excedente tarifário;

ff) o desconto do TAC multas;

gg) os valores das multas em fase administrativa;

hh) o impacto do COVID-19;

ii) o saldo do financiamento, que será mantido na SPE; e

jj) o saldo do crédito de benefício tributário, que será mantido na SPE.

39. A disputa entre os interessados ocorreria no critério de maior percentual de deságio sobre a tarifa-teto, de modo que os proponentes ofereceriam lances sucessivos até que aquele que apresentasse a tarifa mais baixa que os demais se sagrasse vencedor.

I.6. Período de transição e processo de transição antecipada

40. Os três primeiros anos do novo contrato serão denominados de período de transição, durante o qual o acompanhamento da ANTT será realizado com frequência trimestral, com o apoio de Organismo de Inspeção Acreditada contratado pela Infra S.A. e ressarcida pela concessionária. O escopo mínimo desse acompanhamento será auditoria de tráfego e receita, cumprimento dos parâmetros de desempenho e das metas de investimentos.

41. Durante esse período vigerá regra de extinção antecipada, que será acionada caso as metas trimestrais acumuladas de investimentos não atendam o mínimo de 80%, independentemente da avaliação de culpa e ressalvadas as hipóteses de caso fortuito, força maior, fato da administração ou fato de terceiros. Por essa regra, a ANTT terá 120 dias para apurar as causas do descumprimento e, caso entenda pelo encerramento do contrato, o Ministério terá 10 dias para decidir.

42. Estão vedadas discussões de mérito sobre a decisão de encerramento, permanecendo a possibilidade de discussão patrimonial, mas somente após a extinção do contrato.

II. Questões legais envolvidas

II.1. Obrigação de licitar

43. As alterações pretendidas encontram-se muito além dos limites de mutabilidade dos contratos de concessão de serviços públicos estabelecidos pela legislação e pela jurisprudência desta Corte. De fato, **o que se intenciona é manter formalmente o contrato originalmente celebrado** a partir do Edital 005/2013, **mas criar materialmente um novo contrato**, sem a execução de um procedimento licitatório e sem a realização de audiência pública.

44. Nesse sentido, primeiramente, esclarece-se que não há dúvidas acerca da possibilidade de alterações de contratos em execução, particularmente quando se trata de contratos de longo prazo, como usualmente é o caso para aqueles de prestação de serviços públicos.

45. Com efeito, contratos de concessão frequentemente trazem regras acerca de como devem ser conduzidas alterações em seu próprio escopo, que podem ser complementadas e detalhadas por ditames exarados pelo ente regulador. Assim, por exemplo, no caso de concessões de rodoviárias federais, existem atualmente regras bem estabelecidas acerca de como devem ocorrer a inserção, a exclusão ou a substituição de investimentos, caso tais modificações sejam demandadas pelo interesse público.

46. Por outro lado, não deve haver dúvidas acerca da impossibilidade da realização de alterações ilimitadas em contratos administrativos, sob pena de tornar sem valor o certame

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

realizado para a celebração da avença. Isso é particularmente importante no caso concreto, pois na prestação de serviços públicos por meio de concessão, a obrigatoriedade da realização de licitação, além de estar positivada na lei geral de concessões, possui estatura constitucional:

> Lei 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões)
>
> Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...)
>
> II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, **mediante licitação**, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
>
> Constituição Federal
>
> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

47. Salienta-se que instrumentos de contratação como a dispensa e inexigibilidade não se aplicam à concessão de serviço público.

48. A obrigatoriedade de licitar encontra-se diretamente relacionada à necessidade de se respeitar os regramentos trazidos pelo instrumento convocatório do certame, que inclui a minuta do contrato a ser celebrado e o critério de julgamento das propostas, também positivada na Lei 8.987/1995:

> Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da **vinculação ao instrumento convocatório**.

49. Entre os elementos de preservação indispensável ao longo da execução do contrato de concessão, encontra-se o lance apresentado pelo proponente vencedor do certame, como se observa *caput* do art. 9º da Lei 8.987/1995:

> Art. 9º A tarifa do serviço público concedido **será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão** previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

50. O valor nominal da tarifa do serviço público sofrerá alterações ao longo da execução do contrato em decorrência da atualização monetária, de eventuais alterações nas obrigações contratuais e da concretização de riscos alocados ao Poder Concedente. Eventos como os mencionados devem ser objetos de revisões tarifárias com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º, § 2º, Lei 8.987/1995). Nesse sentido, sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro (art. 10, Lei 8.987/1995).

51. Nesse sentido, observa-se que essas regras já concretizam o princípio da mutabilidade dos contratos na medida em que elas permitem alterações contratuais em razão de fatos ocorridos ao longo do tempo, sempre respeitando a relação de causa, a proporcionalidade dos efeitos e a distribuição de riscos.

52. Importante notar que os regramentos contidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942) não proporcionam ao gestor liberdade ilimitada para celebração com particulares de eventuais compromissos, devendo estes necessariamente estarem aderentes à legislação pertinente:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, **observada a legislação aplicável**, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

53. Portanto, **não há como se alegar que a LINDB contenha autorização para a celebração de repactuações em contratos de concessões que afrontem a Lei Geral de Concessões**. Assim, eventual compromisso firmado com base no referido art. 26 teria necessariamente que preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º, §§ 2º e 4º, Lei 8.987/1995), respeitar o instrumento convocatório (art. 14, Lei 8.987/1995) e ter sua tarifa fixada com base no preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão contidas na lei, no edital e no contrato (art. 9º, *caput*, Lei 8.987/1995).

54. No caso em exame nos presentes autos, recorda-se que a concessão se encontra em relicitação, um procedimento de término antecipado do contrato de concessão, previsto em lei, ao qual a concessionária aderiu, conforme previsão legal, de maneira irrevogável e irretratável (Lei 13.448/2017, art. 14, § 2º, inciso III).

55. Com vistas a esclarecer a aplicabilidade dos conceitos de irrevogabilidade e irretratabilidade trazidos pela lei de relicitação, o Ministro de Estado dos Transportes e o Ministro de Estado de Porto e Aeroportos formularam, conjuntamente, uma consulta ao TCU, objeto do TC 008.877/2023-8.

56. O Tribunal entendeu, por meio do Acórdão 1.593/2023-Plenário (Relator: Ministro Vital do Rêgo), prolatado nos referidos autos, que seria possível ocorrer a desistência da relicitação quando houvesse concordância de ambas as partes: Poder Concedente e concessionária. Todavia, foram estabelecidas regras disciplinadoras do encerramento do procedimento de relicitação. Assim, por exemplo, não poderia o concessionário ter, previamente à desistência da relicitação, descumprido Termos de Ajustes de Conduta firmados com o Poder Concedente, tampouco poderia o contratado, posteriormente, requerer nova adesão ao procedimento de relicitação – conforme itens 9.2.4.1.1 e 9.2.4.9.2. da decisão.

57. Destaca-se a seguir excerto do referido acórdão, que explicita a necessidade de manutenção das condições econômico-financeiras originalmente pactuadas no contrato.

> 9.2.4.4. a formalização de novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a **tarifa básica de pedágio oferecida** e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, **mantendo-se, em relação ao contrato em vigor**, a natureza do **objeto** contratual, o equilíbrio **econômico-financeiro** e os princípios norteadores que fundamentaram a **matriz de riscos**, durante o **prazo remanescente** do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

58. Nesse sentido, é relevante esclarecer que a mencionada decisão do TCU não traz uma ampliação das possibilidades de alterações do contrato quando se trata da desistência do processo relicitatório, não havendo como se inferir da deliberação que a aderência e posterior desistência da relicitação garantiria à concessionária condições especiais em relação à mutabilidade contratual, quando comparado aos demais contratados que nunca buscaram o procedimento de relicitação. De fato, os critérios contidos no acórdão no que tange aos limitadores de alteração do contrato foram obtidos da legislação vigente, sendo necessária a preservação dos elementos basilares da avença, como a tarifa básica de pedágio oferecida no leilão, o objeto contratado, o equilíbrio econômico-financeiro, a matriz de riscos e o prazo contratual.

59. O Ministro-Relator, no voto complementar do Acórdão 1.593/2023-Plenário, detalha os limites de eventual mutação contratual:

> 48. No setor rodoviário, o resultado obtido nos leilões foi a menor tarifa básica de pedágio em razão do deságio ofertado à época. Essa tarifa compõe a equação do equilíbrio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, de maneira que esse equilíbrio deve ser mantido ao longo da duração do contrato. (...)
>
> 50. Assim sendo, uma eventual repactuação das condições contratuais não pode servir de azo para descaracterizar o contrato de concessão oriundo de certame competitivo. (...)
>
> 55. Os contratos de concessão vigentes possuem cláusulas específicas sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira que sempre que forem atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.
>
> 56. Nesse escopo, **a repactuação das condições de contratos de concessão vigentes não pode servir para rasgar o atual contrato oriundo de processo licitatório competitivo para substituí-lo por um novo contrato sem licitação**.
>
> (destaques encontram-se no original)

60. Sobre a mutabilidade contratual, transcreve-se a seguir o entendimento expresso pelo Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/contrato-administrativo-barroso.compressed.pdf, acessado em 6/5/24):

> A primeira classificação relevante para o objeto deste estudo envolve as cláusulas do próprio contrato administrativo. A doutrina distingue — e a distinção decorre do próprio sistema normativo — entre cláusulas contratuais em sentido estrito ou propriamente contratuais e cláusulas de execução ou regulamentares. **As cláusulas contratuais propriamente ditas são aquelas que veiculam o acordo essencial** firmado entre as partes e dizem respeito, **sobretudo, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à remuneração devida ao contratado**. As cláusulas de execução ou regulamentares, por seu turno, disciplinam o atendimento do interesse público que motivou a celebração do contrato, cuidando de seu objeto e das formas específicas de sua execução.
>
> O regime público próprio dos contratos administrativos se manifesta no campo das cláusulas de execução, permitindo que a Administração altere tais cláusulas para adequá-las às necessidades mutáveis do interesse público. O mesmo não ocorre no que se refere às cláusulas contratuais propriamente ditas. **Elas se prestam a proteger o particular e o sentido econômico do ajuste ao qual ele aderiu** e, por isso mesmo, não podem ser modificadas unilateralmente pela Administração. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato não pode ser afetado nem mesmo pelas alterações nas cláusulas de execução. Se delas decorrer desequilíbrio na equação original pactuada entre as partes, a legislação prevê que o equilíbrio deverá ser restaurado por meio das compensações necessárias (Lei nº 8.666/93, art. 58, I e § 2º).

61. Nesse sentido, resume de forma de lapidar o Professor Diogo Freitas do Amaral, "a Administração pode mudar o contrato, mas não mudar de contrato" (Curso de Direito Administrativo, Vol. II, p. 620).

62. Portanto, considerando que o eventual resultado da implementação da proposta de repactuação da CSC é a pactuação de condições contratuais inteiramente novas – com significativa ampliação de valor de tarifa e de prazo de concessão, combinada com a redução de obras – resta claro que se pretende contornar a necessidade de realização de um novo certame, o qual baseado em estudos idôneos, poderia, de forma transparente e isonômica, buscar a oferta que pudesse proporcionar a melhor vantajosidade à Administração e aos usuários. Como detalhado posteriormente, o chamado "processo concorrencial de oferta mercado" da repactuação não se confunde com um processo licitatório, obrigatório para a concessão de serviços públicos.

63. De fato, a repactuação que se pretende celebrar se configura, na prática, uma dispensa de licitação, o que é vedado para a concessão de serviços públicos, uma vez que a proposta de solução resultará em um contrato inteiramente novo sem a realização de um processo licitatório. Tanto é que, como detalhado a seguir, a comparação que fundamenta as análises de vantajosidade é entre a proposta apresentada e uma possível licitação. Tendo em vista que a proposta traz condições completamente novas e desvinculadas do contrato original, verifica-se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

na prática, a comparação entre as opções de se firmar um novo contrato com a atual concessionária ou de se realizar uma licitação. Trata-se, assim, da justificativa para promover uma dispensa de licitação.

II.2. Manutenção do equilíbrio contratual

64. Reitera-se que o equilíbrio econômico-financeiro pactuado quando da realização do certame é inviolável, sendo ele a métrica pela qual os parâmetros chaves do contrato de concessão – como tarifa, investimentos, prazo e taxa de retorno – se relacionam ao longo da execução contratual. A premissa da manutenção do equilíbrio pode ser traduzida pela equação econômico-financeira que rege o contrato, indicando a relação entre as mencionadas variáveis. Assim, a inserção de uma nova obra (mantendo-se todo o resto inalterado), uma duplicação, por exemplo, há que ser ressarcida por um aumento de prazo ou tarifa, de forma que a arrecadação total da concessionária seja majorada no montante suficiente para compensar o novo investimento.

65. Por outro lado, a diminuição da extensão prevista para duplicação, substituindo-as mormente por obras de menor complexidade e custo, como visto no caso concreto, deveria resultar no proporcional decréscimo da tarifa (ou prazo), pois haveria um menor montante a ser amortizado no Plano de Negócios. De forma diversa, **a proposta viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao prever uma maior tarifa de pedágio e um maior prazo de concessão para a realização de menos investimentos**.

66. De fato, não apenas o equilíbrio econômico-financeiro do contrato há que ser respeitado, mas também as regras pelas quais ele deve ser restabelecido, no caso da ocorrência de eventos que impactem no balanceamento da avença. Nos termos do art. 9º, § 4º, deve ser realizado o restabelecimento imediato do reequilíbrio contratual: "em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração".

67. A reprogramação de investimentos, pelos ditames legais, deveria levar ao concomitante ajuste do valor da tarifa para manter o equilíbrio, sendo que o descumprimento desse preceito (contido na lei) poderia ocorrer apenas por outra autorização de *status* legal. Nesse sentido, rememora-se que em 18/9/2017, foi elaborada a Medida Provisória 800, que estabeleceu "as diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais", permitindo que o redutor tarifário decorrente da reprogramação de investimentos incidisse somente após encerrado o novo cronograma de investimentos acordado. A referida medida provisória não foi aprovada pelo Poder Legislativo, de modo que não se converteu em lei, o que constituiu impeditivo para que a ANTT viesse a seguir essa sistemática.

68. Assim, se a mera mudança na sistemática de obtenção do reequilíbrio é matéria que demanda ser tratada em âmbito legislativo – sendo essa uma alteração contratual de monta relativamente pequena quando comparada ao que se planeja no caso concreto – pode-se concluir que o foro para eventual discursão da proposta apresentada – desconstituição integral do equilíbrio econômico-financeiro original e das demais regras contratuais – deveria ser o Poder Legislativo, de modo que não caberia se debater alterações de tal monta no âmbito administrativo. Nesse sentido, transcreve-se excerto do voto complementar do Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário:

> 25. Ainda, como bem lembrado pela Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Cristina Machado da Costa e Silva, "o Governo Federal já buscou, pela via legislativa e sem sucesso, viabilizar a permanência das atuais concessionárias [de rodovias federais] mediante reprogramação de investimentos, quando editou a Medida Provisória n.º 800, de 18/9/2017", que não foi convertida em lei em razão da caducidade. Essa situação, no entendimento da nobre procuradora-geral indica que:
>
> > 5. (...) o Poder Legislativo da época não era favorável à renegociação – diferentemente do que ocorreu em relação à relicitação –, **resta claro que uma repactuação profunda de um contrato de concessão demanda o estabelecimento de balizas legais** que indiquem: i) as condições para a reprogramação dos investimentos originalmente

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

assumidos; ii) os parâmetros técnicos e limites que deverão ser observados – a exemplo do nível de serviço; iii) os critérios para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; iv) os prazos envolvidos; v) o tratamento a ser dado às sanções existentes; vi) as providências a serem tomadas em caso de novo descumprimento; além de outras disposições necessárias.

26. A nobre procuradora-geral enfatiza, também, que:

> 12. (...) a negociação sob consulta visa à celebração de um novo contrato de concessão justamente com a empresa que não apresentou um desempenho satisfatório prévio – concessão a caminho da extinção por caducidade –, e em condições não ofertadas a outras empresas interessadas, sem qualquer respaldo legal para tanto. Ou seja, o que se está a propor é a antítese da relicitação. (...)
>
> 14. Deixar de proceder à regular licitação de um ativo já qualificado para essa finalidade à luz do arcabouço legal vigente, em especial da Lei n.º 13.448/2017, para renegociá-lo, em ambiente não competitivo e sem amparo legal, com empresa que não vinha atendendo às disposições contratuais ou que foi incapaz de adimplir as obrigações assumidas originalmente não parece ser medida razoável nem passível de regramento por parte do Tribunal.
>
> 15. Não se trata, por certo, de promover pequenos ajustes nos contratos de concessão vigentes, medida que se coaduna com a mutabilidade dos contratos de concessão e com as atribuições das agências reguladoras de gerí-los e promover os ajustes pertinentes, mas de celebrar avenças totalmente distintas daquelas regularmente licitadas e originalmente pactuadas entre as partes.
>
> 16. As concessões rodoviárias celebradas em 2014, por exemplo, deveriam ter promovido as duplicações necessárias no prazo de cinco anos a partir da assunção dos trechos, mas pouco mais de 10% do total das ampliações – correspondentes ao mínimo necessário para o início da cobrança de pedágio -, foram entregues pela maioria das empresas, salvo, possivelmente, a concessão da BR-050/GO/MG.
>
> 17. Quase dez anos depois, reprogramar as duplicações pelo prazo restante – como se buscou, sem sucesso, pela via legislativa – ou até mesmo suprimir grande parte ou a quase totalidade dessas obrigações – o que nem se cogitou à época da edição da MP n.° 800/2017 – ou substituí-las por outras que não estavam previstas inicialmente, sem amparo legal, é providência que vai muito além do que se possa imaginar quanto à possibilidade de alterar contratos de concessão. (...)
>
> 19. Há inúmeros processos em que o Tribunal detectou irregularidades nas alterações contratuais posteriores à celebração dos ajustes. Além do TC 014.689/2014-6 (BR-040/MG/RJ), pode-se mencionar o TC 036.417/2016-5 (BR-060/153/262/DF/GO/MG), o TC 032.830/2016-5 (BR-163/MT) e o TC 032.829/2016-7 (BR-153/SP) (...).
>
> 20. Não se ignora, obviamente, que o TCU já deliberou anteriormente, em circunstâncias muito especiais, pela adoção de solução alternativa à relicitação - a exemplo do caso da BR-163/MT, em que houve a assunção do ativo por empresa de natureza pública. Em Voto recente, no TC 023.217/2015-4, o próprio Ministro Vital do Rêgo externou suas preocupações de que tal solução fosse inadvertidamente ampliada: (...).

(...)

48. No setor rodoviário, o resultado obtido nos leilões foi a **menor tarifa básica de pedágio em razão do deságio ofertado à época**. **Essa tarifa compõe a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, de maneira que esse equilíbrio deve ser mantido ao longo da duração do contrato**. (...)

50. Assim sendo, uma eventual repactuação das condições contratuais não pode servir de azo para descaracterizar o contrato de concessão oriundo de certame competitivo. (...)

55. Os contratos de concessão vigentes possuem cláusulas específicas sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira que sempre que forem atendidas as

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.
>
> 56. Nesse escopo, **a repactuação das condições de contratos de concessão vigentes não pode servir para rasgar o atual contrato oriundo de processo licitatório competitivo para substituí-lo por um novo contrato sem licitação**.
>
> (destaque acrescido)

69. Poder-se-ia argumentar que a negociação e a desconsideração das regras contratuais se fizeram necessárias exatamente porque as regras do contrato não foram suficientes para mantê-lo exequível.

70. Se trata de uma afirmação genérica e que não atinge a metodologia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. As questões apresentadas como causa de inexecução e de inexequibilidade contratual tratam do acúmulo de eventos de riscos alocados à concessionária. Não se trata, portanto, de como compensar tais efeitos (metodologia de reequilíbrio), mas sim de se e de quanto desses efeitos devem ou podem ser compensados.

II.3. Extensão do prazo contratual

71. Na repactuação em pauta é proposto o aumento do prazo de duração do contrato em 10 anos, somados aos 30 anos originalmente pactuados. Nos termos da minuta do termo de compromisso (Minuta do Termo de Autocomposição, peça 63, p. 8):

> 4.21. Atendendo à modicidade tarifária, à necessidade de amortização de investimento e financiabilidade do projeto, para manutenção de novo equilíbrio do contrato, as partes consentem que o prazo remanescente do contrato de concessão será de 29 (vinte e nove) anos a partir da vigência do termo aditivo de modernização definitivo.

72. Nos termos do que se encontra disciplinado na legislação e nos normativos regulatórios aplicáveis – inclusive como discorrido na recente análise da desestatização da Rota dos Cristais (BR-040/GO/MG), ocorrida no âmbito do TC 032.395/2023-0 (resultando no Acórdão-TCU-Plenário 726/2024, Relator: Ministro Aroldo Cedraz) – existem quatros institutos eventualmente aplicáveis que teriam por resultado a dilatação do prazo de vigência de uma concessão rodoviária, quais sejam:

kk) “prorrogação contratual” (Lei 13.448/2017, art. 4º, inciso I);

ll) “prorrogação antecipada” (Lei 13.448/2017, art. 4º, inciso II);

mm) “extensão contratual” (art. 32 da Lei 13.448/2017);

nn) “alteração do prazo da concessão” (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995, c/c a Resolução-ANTT 6.032/2023, RCR-3).

73. A proposta de dilatação do prazo contida na repactuação almejada não encontra fundamento legal ou normativo em qualquer das modalidades de modificação da vigência contratual:

oo) a “prorrogação contratual” somente pode ser realizada em razão do término da vigência do ajuste, o que não é o caso concreto, pois o contrato original ainda se encontra com cerca de 20 anos de vigência remanescente;

pp) a “prorrogação antecipada” pode produzir efeitos antes do término da vigência do ajuste; entretanto, é necessário o atendimento de requisitos específicos, relativos ao nível de execução contratual e ao período já decorrido do contrato. A MSVia não atende tais exigências;

qq) a “extensão contratual” aplica-se apenas nos casos em que houver estudo ou licitação em andamento para substituição de contrato em vigor e não haja tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato;

rr) a “alteração do prazo da concessão” é um mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No caso concreto, o incremento de prazo não ocorre com vista a promover o reequilíbrio do contrato, uma vez que alterações propostas não objetivam compensar algum fato causador de desequilíbrio que tenha sido detectado, mas sim desconstituir o equilíbrio atualmente existente em prol de uma configuração inteiramente nova.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

74. Portanto, também em relação à ampliação do prazo de vigência contratual, não se identifica a existência de respaldo legal.

75. Ademais, registra-se que o aumento do prazo de vigência da concessão não encontra respaldo no acórdão que estabeleceu as balizas para a desistência do processo de relicitação, pois o termo aditivo que viesse a disciplinar o tema deveria ter sua vigência restrita ao prazo remanescente do contrato de concessão em vigor (item 9.2.4.4, Acórdão 1.593/2023-Plenário, Relator: Ministro Vital do Rêgo).

76. De todo exposto, pode-se concluir pela ausência de fundamentação jurídica para a reformulação contratual tal qual proposta de solução consensual, pois a repactuação pretendida implica na integral violação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, resultando em uma tarifa de pedágio fixada sem qualquer relação com o lance vencedor da licitação, em afronta aos arts. 9º, 10 e 14 da Lei 8.987/1995. Em verdade, o eventual aditivo de repactuação, na prática, originará um contrato inteiramente novo, de modo a se assemelhar a uma contratação direta da atual concessionária para executar contrato diverso daquele objeto do certame original, violando os dispositivos legais e constitucionais que exigem a realização de licitação para a concessão de serviços públicos.

III. Tentativa de construção de solução alternativa

77. Com o intuito de contribuir com a construção de uma solução alinhada com as disposições legais abordadas no item anterior, a equipe da Unidade Técnica do TCU (AudRodoviaAviação) trabalhou em construir um caminho que, partindo do contrato de concessão, enfrentasse os problemas apresentados pelas partes e promovesse as alterações contratuais necessárias para remediá-los. Entende-se que uma solução nesse caminho se caracterizaria realmente em alteração contratual, e não na assinatura de um contrato completamente novo, além de atender as exigências de proporcionalidade e de vinculação à proposta vencedora.

78. A quantificação dos impactos causados pelos problemas que alegadamente teriam afetado o contrato foi o ponto inicial de tal proposta e é a seguir detalhada.

79. Entretanto, a despeito das tentativas realizadas no sentido de se desenhar uma nova configuração para distribuição de riscos – mitigando-os de forma similar aos contratos modernos, mas ao mesmo tempo mantendo-se aderência ao lance apresentado quando da licitação – as partes optaram por concentrar as discussões apenas na proposta originalmente trazida à CSC.

III.1. Impacto das causas alegadas

80. O Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria-MT 373/2023 referente à concessionária MSVia (peça 4) discorre sobre motivos elencados pela concessionária para a inexecução dos investimentos. São mencionadas especificamente dificuldades de obtenção de licenças e de financiamento (peça 4, p. 2).

81. Ao longo do texto também são mencionadas causas de inviabilidade do contrato que demandam as alterações trazidas na proposta. A proposta de solução visaria a retomar a viabilidade do contrato.

> 5.45. **As alterações aqui trazidas**, segundo avaliações do Grupo, **permitiriam retomar a viabilidade do contrato de concessão** e, consequentemente, a execução de obras de forma imediata. Contudo, são itens que o contrato de concessão atual - item 19 - prevê como integral e exclusiva responsabilidade das Concessionárias.

82. O Anexo D do Relatório de Solicitação de Solução Consensual discorre a respeito dessas causas.

83. A seguir se apresenta uma estimativa do impacto de cada uma delas sobre o contrato a fim de compreender como afetaram sua viabilidade.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

84. As análises e conclusões que se seguem partem da premissa de que antes da ocorrência de tais causas **o contrato era originalmente viável**. Assim, se seus impactos forem mitigados ou anulados, o contrato **retoma a condição de viabilidade**.

85. Partindo da mesma premissa, se a anulação ou mitigação dos impactos das causas inviabilizantes não for suficiente para a obtenção de um contrato viável, **significaria que o contrato já era inviável desde o início**.

86. Em tese, é o que o relatório do GT aponta ao listar as causas e mencionar alterações que se propõem a fazer-lhes frente, concluindo que "as alterações aqui trazidas, segundo avaliações do Grupo, permitiriam retomar a viabilidade do contrato de concessão". A diferença aqui é que será feita a quantificação das alterações necessárias ao restabelecimento da viabilidade contratual, o que não está indicado na proposta do GT nem na da CSC.

III.1.1. Alteração do cenário macroeconômico nacional

87. A alteração no cenária macroeconômico é apresentado como causador de frustração do crescimento econômico, com impacto na redução do tráfego frente ao previsto que, por sua vez, impactou na receita esperada. A pandemia de COVID-19 teria agravado esse impacto.

88. A avaliação específica dos itens de tráfego, custo e financiamento, portanto, já abarcam esse item.

III.1.2. Alteração das condições de financiamento

89. Teria havido duas alterações nas condições de financiamento que teriam afetado o contrato. A primeira foi a redução do percentual financiável, que teria passado de 70% para 40%. A segunda, o aumento da TJLP do patamar de 5% a.a. para 7,5% a.a. o que, para um financiamento de R$ 3 bilhões, representaria um acréscimo de R$ 75 milhões por ano.

90. Não será tratado aqui sobre como essa alteração de condições de financiamento teriam contribuído para a inexecução contratual. O foco aqui é a quantificação do impacto para estimar o que seria uma solução proporcional ao problema. Além disso, a intenção aqui não é corroborar ou afastar as informações alegadas, mas identificar informações fundamentadas que permitam a estimativa dos impactos para a demonstração da proporcionalidade ou não da solução.

91. No que diz respeito ao percentual financiável, não há como confirmar a alegada redução nos limites financiáveis. O valor total contratado pela concessionária junto ao BNDES e CAIXA foi de R$ 2,967 bilhões (peça 80, extraída de https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/consulta-operacoes-bndes), o que corresponde a cerca de 57% dos R$ 5,205 bi de CAPEX previstos nos estudos do edital. Aparentemente, portanto, a limitação não atingiu, ao menos integralmente, os financiamentos da Concessionária.

92. Adicionalmente, a política atual do BNDES permite o financiamento de até 80% do valor total do projeto, limitado a 100% dos itens financiáveis (https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-finem-infraestrutura-logistica, acesso em 18/6/2024). Assim, ao menos em tese, a referida limitação não atingiria os financiamentos futuros.

93. Assim, para fins de avaliação do impacto da redução da margem financiável, considerar-se-á que o financiamento estaria limitado a cerca de 55% dos investimentos.

94. No que diz respeito ao aumento da TJLP, os valores de 5,0% a.a. e 7,5% a.a. são extremos entre a taxa da época do leilão (5,1166% a.a. em dez/2013) e a maior taxa histórica experimentada desde então (7,7633% a.a. em dez/2017). Na verdade, a TJLP variou desde dez/2013 abaixo dos 7,7633% e chegando a até 4,7063% (peça 81).

95. Quem contratou um financiamento em dez/2013 experimentou uma TJLP média de 6,3152% entre a data da contratação e jun/2024. No caso da MSVia, que contratou financiamentos em set/2014, mar/2016 e ago/2016, a taxa média experimentada foi de 6,5242%.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

96. Assim, para fins de estimativa do impacto da alteração das condições de financiamento, será considerado um aumento da TJLP de 5,0% a.a. para 6,52% a.a., mantendo-se a taxa fixa em 2%.

97. Também será levado em conta que a retomada da normal execução contratual demandará novo financiamento para os investimentos que serão realizados. E que esses financiamentos serão obtidos nas condições atuais.

98. Por essa razão, a estimativa também levará em conta as condições atualmente praticadas, tomando como referência os valores adotados pela a ANTT para o cálculo do WACC regulatório.

99. Para cálculo da estimativa, foi tomada como base a planilha dos estudos realizados pelo Poder Concedente que conduziram a definição da tarifa-teto do leilão. Ela foi obtida do sítio eletrônico da ANTT (https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/ms-via/documentos-de-gestao/processo-de-licitacao, acesso em 27/5/2024). Na aba "PainelControle", as células respectivas (R22 para o percentual financiável, I52 e I53 para as taxas de juros) serão alteradas para refletirem as condições descritas acima. A tarifa unitária será ajustada (célula I42) para que se obtenha a TIR do acionista de 17,38%, que foi o percentual alcançado nas condições originais da planilha (peça 77).

100. Como não há uma condição que reflita especificamente o contrato – parte do financiamento foi obtido nas condições do início do contrato, mas parte será obtida nas condições atuais; possivelmente houve restrição de concessão de crédito no passado, mas as regras atuais do banco indicam não haver mais tal restrição – serão montados cenários que combinam esses parâmetros. Mesmo porque o importante não é avaliar exatamente o que aconteceu com o contrato específico, mas sim o contexto do mercado em que o contrato está inserido. A ordem de grandeza do impacto, então, estará entre os limites de alguns desses cenários.

Quadro 3 – Condições de contorno do financiamento e tarifas para manter a TIR do acionista

% financiável	Taxa de juros (a.a.)		
	5,0% + 2,0%	6,52% + 2,0%	5,33% + 4,94%
40%	0,1243/km	0,1279/km	0,1317/km
55%	0,1084/km	0,1127/km	0,1180/km
70%	0,0927/km	0,0982/km	0,1046/km

Quadro 4 – Variação da tarifa em relação aos R$ 0,0927 do estudo do leilão

% financiável	Taxa de juros (a.a.)		
	5,0% + 2,0%	6,52% + 2,0%	5,33% + 4,94%
40%	+ 34,09%	+ 37,97%	+ 42,07%
55%	+ 16,94%	+ 21,57%	+ 27,29%
70%	+ 0,00%	+ 5,93%	+ 12,84%

101. Como já discorrido, o cenário de financiamento limitado a 40% do valor total é improvável. Primeiro porque o financiamento já obtido ultrapassa esse percentual. Segundo porque as regras atuais do BNDES não apontam para essa limitação no caso de novos financiamentos.

102. O cenário mais provável em relação ao percentual financiável, portanto, se encontra entre as situações das duas últimas linhas – 55% a 70%.

103. No que diz respeito à taxa de juros, as condições atuais – última coluna – é a mais provável. Isso porque o valor já contratado pela TJLP e ainda não disponibilizado, cerca de R$ 1,7 bilhão, não é suficiente para fazer frente aos quase R$ 9 bilhões de reais de CAPEX remanescentes, de modo que, de todo o montante a ser financiado, a maior parte o seria nas condições atuais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

104. Portanto, para **compensar integralmente** a alteração das condições de financiamento seria necessário um aumento da tarifa da ordem de, no máximo, 27%.

105. Importante observar que o aumento de custo de capital (conceito que incorpora percentual financiável e taxa de juros), inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros, foi risco integralmente alocado ao concessionário na cláusula 21.1.13 e, logicamente, foi considerado na sua proposta. Portanto, compensá-lo integralmente pela alteração dessas condições seria transferir ***a posteriori*** o risco **integralmente** ao poder concedente, o que além de inverter a lógica original de alocação de riscos, também contraria a lógica de compartilhamento de risco dos contratos mais atuais. Na verdade, o próprio novo contrato decorrente da CSC continua prevendo a alocação do risco de aumento de custo de capital integralmente à concessionária (peça 61, p. 78, cláusula 22.3.1.(iii)).

106. A intenção aqui não é discorrer sobre o mérito dos fatores alegados, mas estimar seu impacto a fim de avaliar a proporcionalidade da solução consensual frente ao problema que justificou sua discussão. As observações do parágrafo anterior, portanto, não são no sentido de avaliar se a alteração das condições de financiamento justificaria ou não ser considerada. Mas indica que um eventual impacto capaz de causar a inviabilidade da execução contratual não seria qualquer alteração das condições.

107. Assim, eventual compensação que retornasse o contrato à condição de viável, deveria **mitigar**, e não anular as variações de custo de capital em relação àquelas existentes no exato dia do leilão. Do Quadro 4, verifica-se que a alteração que mais impactou e que é menos previsível é o percentual financiável. A variação no tempo da taxa de juros era e segue sendo normal. Assim, como percentual capaz de **mitigar** o impacto da alteração das condições de financiamento, será considerado o percentual de 16,94%

III.1.3. Atraso e fragmentação do licenciamento ambiental

108. Conforme discorrido no relatório da Comissão de Solução Consensual, a fragmentação na concessão das licenças teria sido causada pela influência de áreas definidas como de terras indígenas, comunidades quilombolas, com ocorrências de sítios arqueológicos, áreas de proteção ambiental, áreas especiais e de restrição ambiental.

109. Isso teria causado impactos tanto na possibilidade de cumprimento do cronograma contratual quanto de aumento de custos de execução dessas obras.

110. No que diz respeito ao impacto nos custos dos investimentos, aspecto que interessa na avaliação da proporcionalidade da solução frente aos problemas, convém avaliar a relevância desse valor.

111. O total de duplicações previstas era de 806,3 km com custo estimado nos estudos do leilão de R$ 2,054 bilhões (mai/2012). Foram executados cerca de 150 km (18,5% do total de duplicações). Essa extensão de duplicações, a preços dos estudos, corresponde a um valor da ordem de R$ 380 milhões. Esse valor, por sua vez, corresponde a cerca de 7,3% do total de CAPEX e a 4,7% do total de despesas previstas nos estudos da licitação.

112. Examinando-se as extensões duplicadas na rodovia (peça 78), é possível identificar trechos pequenos, de 2, 3 ou 4 km, o que corrobora com a ideia de que as duplicações foram realizadas em pequenos trechos parcelados.

113. Por outro lado, verifica-se também trechos com extensão de 11, 13, 14, 18 e até 28 km, o que indica que vários segmentos foram executados em extensão condizente com o trabalho de uma frente de serviço e, por isso, pouco ou nada influenciado pela fragmentação do licenciamento ambiental. Cerca de 50% dos segmentos duplicados são de trechos contínuos de mais de 11 km, não afetados com a liberação parcial de frentes de serviço. Veja que a própria proposta e os novos projetos preveem a execução de duplicações da ordem de 20 a 30 km por ano e em trechos descontínuos.

114. Portanto, se está falando em torno de 2,8% dos custos totais do projeto que foram em alguma medida afetados. Ainda que a duplicação em pequenas extensões significasse dobrar o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

custo das obras – o que seria um cenário extremo e improvável – esse impacto não alteraria a ordem de grandeza do impacto total das causas alegadas para justificar a necessidade de revisão contratual.

115. Por essa razão, não será contabilizado nenhum percentual oriundo dessa causa.

III.1.4. Aumento extraordinário de preços

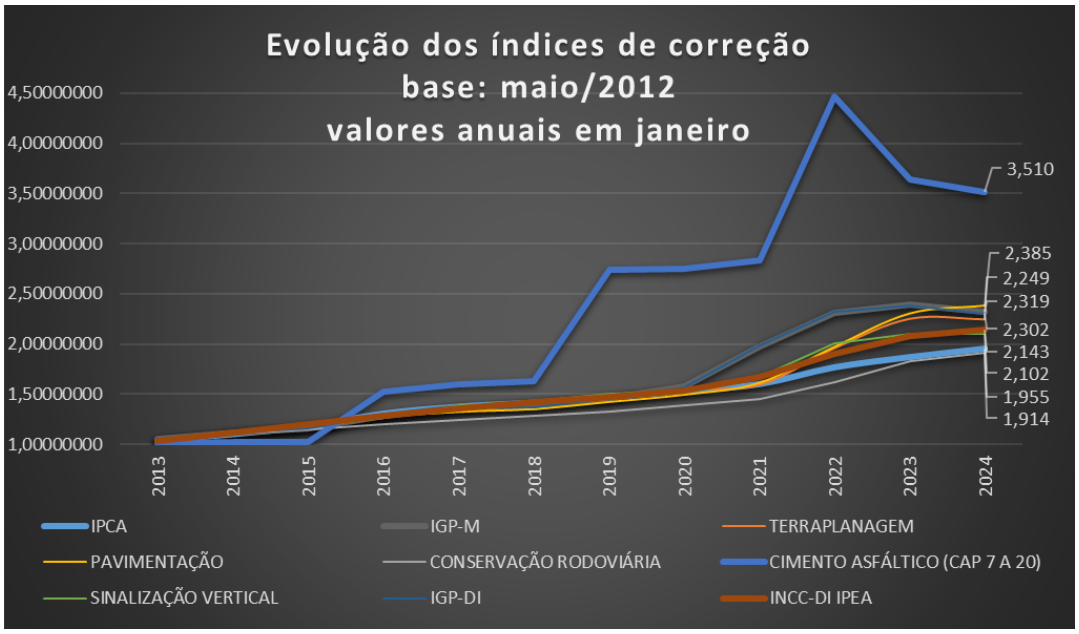
> 5.34. É notório o aumento nos custos dos insumos utilizados nas obras do sistema rodoviário, com destaque para o Cimento asfáltico de Petróleo – CAP, que apresentou comportamento atípico nos últimos anos.
>
> 5.35. Neste sentido, considerando que o presente acordo visa repactuar um novo cronograma factível de obras entre a concessionária e a ANTT, **consideramos razoável que se discuta a possibilidade de revisitar os custos do CAPEX considerados originalmente no contrato, visando atualizar os valores das obras**, com destaque para os insumos que apresentaram comportamento de majoração em caráter extraordinário nos últimos anos, com o objetivo de permitir sua execução.
>
> 5.36. Ora, **caso sejam mantidos os investimentos originais, considerando a relicitação em curso, voltaríamos a condição atual sobre a inviabilidade de execução das obras necessárias**, atestada pela ANTT quando da aprovação da relicitação.
>
> (peça 4, p. 5, destaques acrescidos)

116. O aumento de custos de insumos é invocado como fato notório, mencionando-se o exemplo extremo do CAP. Não há, no entanto, uma avaliação das alterações de custos como um todo e a comparação com o índice de reajuste contratual, que é o IPCA.

117. A invocação da alteração de custo de um item não é suficiente para caracterizar um desbalanceamento do contrato, muito menos para quantificar tal desbalanceamento, sendo necessária uma avaliação global das variações dos vários insumos. Trata-se de um argumento tipicamente falacioso, conhecido como *Dicto Simpliciter*, em que um exemplo extremo e pontual é invocado como se representasse o todo, quando não o representa.

118. De fato, a Figura 1 abaixo demonstra que a variação do custo do CAP de modo nenhum reflete a variação dos custos globais dos investimentos previstos na concessão. Enquanto o índice contratual (IPCA) variou 1,955 entre maio de 2012 e janeiro de 2024, o CAP variou 3,15 (com pico de 4,46 em 2022) e os demais índices comparados variaram em torno de 2,1 a 2,4.

Figura 1 – Evolução dos índices de correção



Fonte: produção própria

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

119. Assim sendo, para se caracterizar e quantificar o impacto das variações de custos sobre a viabilidade do contrato, formou-se uma cesta de índices em que seus pesos são proporcionais aos custos dos respectivos serviços previstos no EVTEA do Lote 6 que fundamentou o Edital de Concessão 005/2013 (peça 79).

Quadro 5 – Índice de reajuste ponderado

Índice	Peso	Variação entre mai/2012 e jan/2022
IPCA	57,18%	1,7682
CIMENTO ASFÁLTICO (CAP 7 A 20)	9,86%	4,4644
PAVIMENTAÇÃO	9,22%	1,9749
TERRAPLANAGEM	7,56%	1,9592
CONSERVAÇÃO RODOVIÁRIA	4,17%	1,6231
OBRAS DE ARTES ESPECIAIS	4,01%	1,9639
SINALIZAÇÃO HORIZONTAL	2,15%	1,7334
DRENAGEM	1,89%	1,7699
EMULSÕES (RR1C E RR2C)	1,63%	3,7458
CONSULTORIA (Supervisão e Projetos)	1,56%	1,4324
INCC-DI IPEA	0,69%	1,9034
SINALIZAÇÃO VERTICAL	0,07%	2,0084
Índice Ponderado (IP)		**2,0967**

Fonte: produção própria

120. Desse modo, a variação média dos custos da concessionária (IP), considerando a distribuição de obrigações original, foi de 2,0967 enquanto o índice de correção contratual, o IPCA, foi de 1,7682. Portanto um acréscimo de 18,58% na tarifa (IP/IPCA – 1 = 2,0967/1,7682 – 1 = 0,1858) seria capaz de compensar na totalidade os aumentos de custos superiores ao IPCA.

121. Na verdade, a Figura 1 demonstra que o ano de 2022 foi o de maior descolamento dos índices em relação ao IPCA, de modo que, a preços de 2024 o acréscimo necessário seria inferior a esse percentual. De todo modo, considerando que a data-base da tarifa está sendo calculada em 2022, será adotado esse mesmo ano, ciente de que, quando a nova tarifa vier a ser cobrada, corrigida pelo IPCA a partir de 2022, haverá um ganho extra em função da redução desse desalinhamento, o que torna o valor de 18,58% mais conservador.

122. Veja que o reajuste do preço médio da duplicação do EVTE que fundamentou o leilão original pelo Índice Ponderado resulta em valor bastante próximo do preço médio adotado na proposta da CSC, o que indica que o IP, ao contrário do CAP, é adequado para calcular o impacto do aumento de custos dos investimentos do contrato. Indica, também, que a reprecificação dos investimentos já previstos, apontada como a única solução para o aumento de preços, é desnecessária.

Quadro 6 – Preços médios da duplicação

Contrato (mai/2012)	Contrato + IPCA (jan/2022)	Contrato + IP (jan/2022)	Proposta CSC (jan/2022)
R$ 2.547.520,53 /km	R$ 4.504.423,38/km	R$ 5.341.506,17/km	R$ 5.358.419,53/km

123. Importante verificar na Figura 1 que o descolamento dos índices ocorreu principalmente a partir de 2018, quando não houve a realização de investimentos relevantes. Os investimentos mais significativos foram feitos no início do contrato, momento em que o próprio CAP apresentava deflação em relação ao IPCA e os demais índices apresentavam grande

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

alinhamento. Desse modo, o descolamento dos índices afeta somente investimentos ainda a serem realizados.

124. Veja que o acréscimo tarifário de 18,58% **anularia** com sobra o impacto de aumentos de custos superiores ao índice contratual de reajuste, o que significa alocar ***a posteriori*** **todo o risco** de variação de custos para o Poder Concedente.

125. Considerando, no entanto, que (i) tal risco foi originalmente alocado à concessionária; e (ii) os novos contratos compartilham esse risco adotando-se uma ponderação entre IPCA e IGP-DI com até 30% de IGP-DI; a **mitigação** desse impacto adotando-se a mesma regra de ponderação prevista no novo contrato de 70% de IPCA e 30% de IGP-DI (peça 60, p. 87-90) resultaria em 1,9331 (0,7 x 1,7682 + 0,3 x 2,318 = 1,9331), de modo que a mitigação do impacto de aumentos de custos superiores ao índice contratual de reajuste se daria com o aumento da tarifa em 9,33% (1,9331/1,7682 – 1 = 0,0933).

126. Poder-se-ia argumentar que essa análise não quantificaria suficientemente o impacto do aumento de preços porque a proposta da MSVia teria considerado custos inferiores aos do MEF e que, por isso, o aumento de preços efetivamente experimentado pela concessionária teria sido superior ao aqui calculado, de modo que os aumentos tarifários aqui indicados não mediriam adequadamente o reajuste necessário para compensar tais aumentos.

127. Por vários motivos uma avaliação sob esse argumento seria inadequada, mas somente dois serão aqui mencionados.

128. Primeiro, porque as considerações de custos de execução por parte da concessionária fazem parte do seu lance. São elementos que compuseram o desconto que a concessionária ofereceu na licitação. Portanto, ir além do descolamento de preços em relação ao índice de reajuste contratual seria alterar a proposta vencedora da licitação. Mas em momento nenhum o grande desconto ofertado pela concessionária foi invocado como causa de inexecução, mas apenas os fatos exógenos ocorridos durante a execução contratual.

129. Na verdade, até mesmo a variação de preços superior ao índice contratual de correção já foi levada em conta na proposta da concessionária, uma vez que esse risco foi originalmente e explicitamente alocado à concessionária nas cláusulas 21.1.7, 21.1.8 e 21.1.19 do contrato. Ou seja, as compensações – total ou parcial – acima descritas de algum modo afetam a proposta, mas apenas naquela medida em que, de acordo com o alegado como motivador da negociação, teria sido afetada pelos fatores exógenos.

130. Segundo, esse argumento significaria dizer que a compensação apenas da diferença dos reajustes em relação ao índice de correção do contrato não seria suficiente para tornar o contrato exequível. Seria o mesmo que dizer que, mesmo que todos os custos do contrato tivessem acompanhado a variação do IPCA, ou seja, se não tivesse havido nenhum descolamento entre os custos e o reajuste, o contrato seria inexequível. Ora, isso somente seria verdadeiro se o contrato fosse inexequível desde o início. Mas, então, o aumento de custos não seria causa de inexequibilidade do contrato e a negociação teria como objetivo de fato corrigir um lance aventureiro.

131. Por isso, não se deve admitir qualquer compensação que extrapole a necessária para compensar a diferença entre o IPCA e o Índice Ponderando.

III.1.5. Aumento da tolerância nas balanças de veículos de carga

132. A Resolução do Contran 489/2014 e a Lei dos Caminhoneiros, Lei 13.103/2015, aumentaram a tolerância de sobrecarga por eixo de 7,5% para 10%. Posteriormente, a Lei 14.229/2021 aumentou a tolerância para 12,5%.

133. Isso teria causado um aumento exponencial do desgaste do pavimento, demandando incremento dos investimentos em manutenção e reabilitação do pavimento.

134. A Lei dos Caminhoneiros trouxe dois impactos sobre a tarifa da concessão.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

135. O primeiro foi a isenção para os eixos suspensos. Essa parcela foi compensada já na 2ª Revisão Extraordinária, implementada em setembro de 2015. Posteriormente, ano a ano, o valor foi sendo compensado de acordo com os valores efetivamente verificados, tanto a maior quanto a menor em relação às premissas adotadas no reajuste inicial.

136. O segundo, seria o aumento dos custos de manutenção em razão do aumento de desgaste causado pelo abrandamento da tolerância de carga por eixo. Essa parcela foi compensada na 3ª Revisão Extraordinária, implementada já em setembro de 2016.

137. Entretanto, tal compensação havia sido feito a partir de metodologia que não refletia as alterações implementadas na lei. A compensação implementada em 2016 foi feita considerando um valor de R$ 421 milhões. Posteriormente foi elaborada metodologia mais adequada, ocasião na qual o valor a ser compensado foi revisto para R$ 65 milhões (6ª Revisão Extraordinária), mas a redução tarifária não foi implementada em razão de decisão judicial, e para R$ 54 milhões (7ª Revisão Extraordinária), quando foi implementada, em dezembro de 2020.

138. Ou seja, a compensação pelas alterações da Lei dos Caminhoneiros foi implementada imediatamente e num valor quase 8 vezes superior ao necessário – o que foi corrigido somente em dezembro de 2020.

139. Portanto, embora o aumento de tolerância de sobrecarga por eixo possa ter demandado maior esforço de manutenção e conservação, a concessionária foi compensada quase imediatamente e num valor significativamente superior ao necessário para fazer frente a tais custos extras. Não há como se invocar a Lei dos Caminhoneiros como causadora de inviabilidade do contrato.

140. Entretanto, a intenção aqui não é discorrer sobre o mérito das causas alegadas, mas sim estimar seu impacto sobre a viabilidade do contrato. No caso do impacto da Lei dos Caminhoneiros, não há percentual a ser compensado, porque ele já o foi e em intensidade bastante superior ao necessário.

III.1.6. Pandemia do COVID-19

141. A pandemia de Covid-19 foi apontada como um fator causador da insustentabilidade do contrato. Seriam tanto impactos diretos, de redução de demanda, quanto indiretos, pelo impacto na economia do país.

142. Quanto ao impacto direto, a metodologia de cálculo do impacto da Covid sobre os contratos, a ANTT aprovou a Resolução 5.954/2021 e passou a aplicá-la nos casos concretos de cada contrato. Já foi aplicada a reequilibrada em 13 contratos. No caso dos contratos em relicitação, a aplicação da metodologia será feita em apuração de haveres e deveres, razão pela qual ainda não foi aplicada no caso da MSVia.

143. De qualquer modo, o resultado da aplicação nos demais contratos já pode indicar de maneira aproximada qual seria o percentual aplicável à MSVia.

Quadro 7 – Impacto da Covid sobre os contratos

Concessionária	Perda de Veq	recomposição	Nota Técnica
ViaSul	6.817.445	R$ 41 milhões (fev/23) aplicados no Fator C	NOTA TÉCNICA SEI Nº 821/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Fernão Dias	4.590.700,06	0,264315%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 4068/2022/GEGEF/SUROD/DIR NOTA TÉCNICA SEI Nº 502/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
ViaBahia	3.983.242,93	0,36668%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 1628/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Eco101	697.006	0,11631%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 1542/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Régis Bittencourt	161.341,45	-0,00819%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 342/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Concessionária	Perda de Veq	recomposição	Nota Técnica
Planalto Sul	241.914,30	0,06135%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 373/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Litoral Sul	3.372.665,49	0,11227%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 4039/2023/CGEFI/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Rota do Oeste	518.336,58	R$ 3,1 milhões (jul/22) aplicados no Fator C	NOTA TÉCNICA SEI Nº 2632/2023/CGEFI/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Eco Ponte		R$ 19 milhões (abr/22) aplicados no Fator C	NOTA TÉCNICA SEI Nº 3946/2022/GEGEF/SUROD/DIR
Eco050		R$ 5,7 (fev/22) milhões aplicados no Fator C	NOTA TÉCNICA SEI Nº 3134/2022/GEGEF/SUROD/DIR
K-Infra	814.783,42	0,44575%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 5963/2022/GEGEF/SUROD/DIR
EcoSul	819.588,33		NOTA TÉCNICA SEI Nº 6134/2023/CGEFI/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT NOTA TÉCNICA SEI Nº 9600/2023/SUROD/DIR/ANTT
Nova Dutra	12.019.862,11	R$ 119 milhões (set/22) nos haveres e deveres	NOTA TÉCNICA SEI Nº 5322/2023/CGEFI/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
CRT		R$ 59 milhões (set/22) nos haveres e deveres	NOTA TÉCNICA SEI Nº 4340/2023/CGEFI/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Ecovias do Cerrado	0,00	0,00%	NOTA TÉCNICA SEI Nº 7276/2022/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Fluminense	1.916.658,55		
MSVia	960.005,51		NOTA TÉCNICA SEI Nº 2164/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Concebra	2.389.464,63		NOTA TÉCNICA SEI Nº 1610/2023/GEGEF/SUROD/DIR/ANTT
Transbrasiliana	630.972,22		NOTA TÉCNICA SEI Nº 4086/2022/GEGEF/SUROD/DIR

Fonte: produção própria a partir das Notas Técnicas disponíveis em https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias

144. Verifica-se que, no geral, o impacto da Covid-19 sobre a receita tarifária foi demasiado pequena para ser considerada causa de inviabilidade. As concessionárias que tiveram reajuste por essa causa experimentaram aumentos tarifários **inferiores a 1%**. Trata-se, portanto, de impacto marginal, que não será levado em conta no cálculo da proporcionalidade da solução consensual frente aos problemas alegados.

145. Quanto aos impactos indireto, vislumbra-se eventuais influências no crescimento futuro de tráfego e nos custos de insumos e serviços. Ambos são abordados individualmente, de modo que não há considerações a serem feitas sobre tais impactos.

III.1.7. Frustração da demanda passada

> 5.40. Outro ponto relevante é que, segundo alegações das Concessionárias, pode ter impactado os contratos de concessões que solicitaram devolução amigável, **foi a frustração de tráfego, e consequentemente de receita, quando se compara o tráfego projetado na Modelagem Econômica e Financeira - MEF original do contrato com o tráfego real acompanhado ao longo do período da concessão**.
>
> 5.41. Contudo, importante ressaltar que, considerando a atualização da política pública, entendemos necessário prever, no acordo, o compartilhamento de risco tráfego previsto nos contratos mais atuais, principalmente visando o compartilhamento do risco de tráfego a favor da modicidade tarifária nos anos em que houver aumento do tráfego na rodovia, evitando ganhos excedentes às concessionárias.

146. A frustração da demanda passada impacta diretamente e na mesma proporção a receita auferida, sendo um potencial causador de inviabilidade na medida em que a receita recebida da

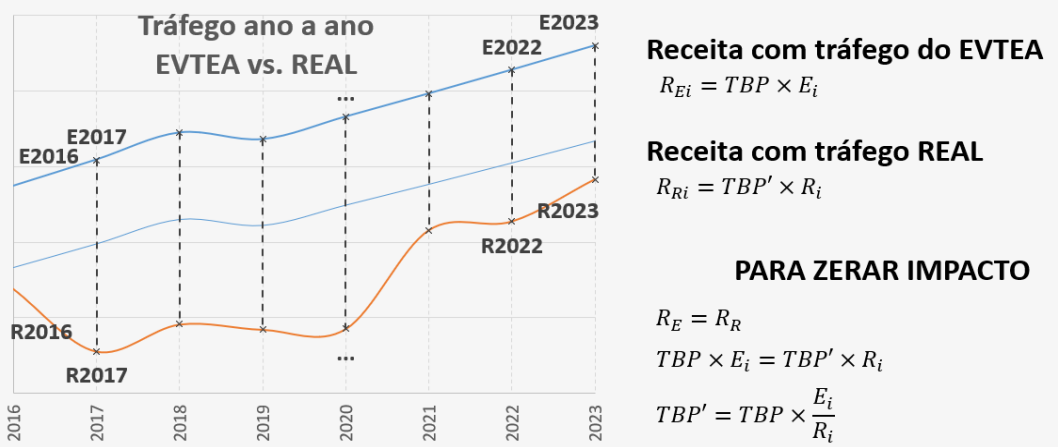
Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

cobrança de pedágio pode passar a não ser mais suficiente para fazer frente às obrigações de investimentos e operação previstas no contrato.

147. A receita possui dois componentes: o valor da tarifa de pedágio e a quantidade (em veículos equivalentes) de pagantes. O valor da tarifa é fixado pela proposta apresentada na licitação, sendo mantida imutável. O impacto na receita, portanto, decorre exclusivamente da alteração do número de pagantes em relação ao que era inicialmente previsto.

148. Desse modo, se for compensado, ano a ano, a diferença de veículos equivalentes entre o que foi efetivamente realizado e o que foi projetado no EVTEA, estar-se-á anulando o efeito da frustração de tráfego. Essa compensação pode ser feita via tarifa, mediante um acréscimo tarifário proporcional à diferença entre o tráfego real e o projetado, conforme demonstrado na Figura 2.

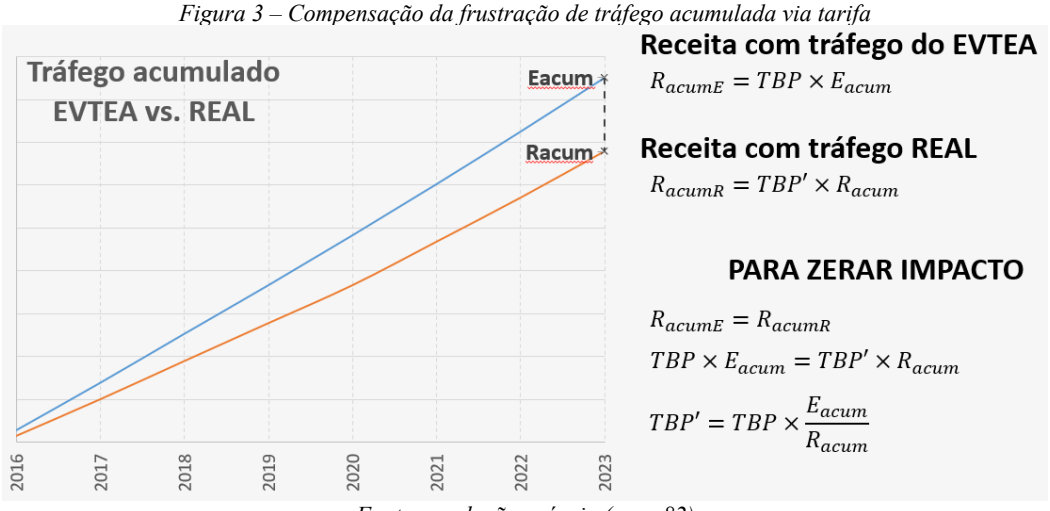
Figura 2 – Compensação da frustração de tráfego ano a ano via tarifa



Fonte: produção própria (peça 82)

149. Para todo o período em questão, essa compensação pode ser feita sobre o tráfego acumulado no período, conforme indicado na Figura 3.

Figura 3 – Compensação da frustração de tráfego acumulada via tarifa



Fonte: produção própria (peça 82)

150. Uma vez que a relação entre o tráfego real acumulado (434.655.047 Veq) e o tráfego projetado no EVTEA acumulado (492.689.775 Veq) é de 88,22%, um reajuste de 13,35% (1/88,2%-1) na tarifa seria suficiente para **anular** o impacto da frustração de tráfego nos oito primeiros anos da concessão, o que significa alocar ***a posteriori*** **todo o risco** de variação de tráfego, que foi originalmente alocado à concessionária, para o Poder Concedente (peça 82).

151. Considerando, no entanto, que (i) tal risco foi originalmente alocado à concessionária; e (ii) os novos contratos compartilham esse risco adotando-se uma faixa de variação de 10%,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

dentro da qual o risco é 100% da concessionária e fora da qual as variações são divididas entre as partes numa relação de 50%/50%; a **mitigação** desse impacto adotando-se a mesma regra de compartilhamento resultaria que a concessionária deveria suportar a queda de tráfego até 443.420.798 Veq e de mais a metade do que ultrapassasse esse valor. Nesse contexto um aumento de 0,90% da tarifa mitigaria a frustração de receita nas mesmas regras de compartilhamento adotadas nos contratos atuais.

152. Veja que o novo contrato que é proposto pela CSC adota banda menor, de 5%, e fator de compartilhamento maior, de 80%. Ainda assim, entende-se que a análise aqui realizada deve adotar o padrão dos novos projetos que estão indo a licitação. Primeiro porque a análise já está partindo de um contrato em eu não há nenhum compartilhamento de risco. Segundo porque o "compartilhamento" considerado na análise é *a posteriori*, depois que o risco já se concretizou. Terceiro porque a definição da banda e o fator adotados no novo contrato não acompanhou as premissas que vêm sendo adotadas nos contratos atuais, mas foi mais fruto de negociação do que especificamente de avaliação técnica.

153. Também nesse aspecto, poder-se-ia argumentar que essa análise não quantificaria suficientemente o impacto do aumento de preços porque a proposta da MSVia teria considerado um tráfego significativamente superior ao do MEF e que, por isso, a queda de tráfego efetivamente experimentada pela concessionária teria sido superior à aqui calculada, de modo que os aumentos tarifários aqui indicados não mediriam adequadamente o reajuste necessário para compensar tal queda.

154. Por vários motivos uma avaliação sob esse argumento seria inadequada, mas somente dois serão aqui mencionados.

155. Primeiro, porque as considerações de tráfego fazem parte do lance da concessionária. É elemento que compôs o desconto que a concessionária ofereceu na licitação. Portanto, ir além da queda de tráfego em relação ao índice de reajuste contratual seria alterar a proposta vencedora da licitação. Mas em momento nenhum o grande desconto ofertado pela concessionária foi invocado como causa de inexecução, mas apenas os fatos exógenos ocorridos durante a execução contratual.

156. Segundo, esse argumento significaria dizer que a compensação apenas da diferença do tráfego real em relação à projeção dos estudos que fundamentaram a tarifa-teto do leilão não seria suficiente para tornar o contrato exequível. Seria o mesmo que dizer que, mesmo que o tráfego real tivesse sido exatamente igual ao tráfego projetado, se não tivesse passado nenhum veículo a menos do que o esperado, o contrato seria inexequível. Ora, isso somente seria verdadeiro se o contrato fosse inexequível desde o início. Mas, então, a frustração de tráfego não seria causa de inexequibilidade do contrato e a negociação teria como objetivo de fato corrigir um lance aventureiro.

III.1.8. Nova configuração da demanda futura

> 5.42. Por outro lado, eventuais frustações de tráfego futuras, que possam vir a impactar novamente os contratos, também serão evitadas neste formato, garantindo então uma repartição de risco equilibrada entre poder concedente e privado.

157. Além da frustração do tráfego passado, menciona-se a alteração das projeções futuras de tráfego. Não se trata de um fator que tenha impactado a viabilidade do contrato até o momento, mas algo que as partes envolvidas entendem que deve ser endereçado para permitir a viabilidade futura do contrato.

158. A diferença entre a projeção original do EVTEA e a nova projeção constante dos estudos das novas licitações apontam relações ano a ano EVTE/nova projeção que vão de 91,72% (2024) a 75,37% (2045). Olhando o tráfego acumulado desde o início da concessão, a queda varia de 11,39% a 17,5% (peça 83).

159. Assim, repetindo a metodologia de cálculo do aumento de tarifa necessário para compensar a frustração da demanda passada (item III.1.7), uma correção inicial da tarifa de -0,39% (se tiver sido feita a compensação integral do tráfego passado com a correção de 13,35%)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

ou de 11,73% (se tiver sido feita a mitigação do tráfego passado com a correção de 0,90%), seguida de correções anuais de uma média de 0,30% faria o efeito de coincidir a receita da nova projeção de tráfego com a da projeção original do EVTEA.

Quadro 8 – Aumentos tarifários anuais para compensar alteração da projeção futura de tráfego

Compensação do tráfego passado	Alteração da projeção do tráfego futuro									
	Ano	**2024**	**2025**	**2026**	**2027**	**2028**	**...**	**2043**	**2044**	**2045**
13,35%	Anual	-0,39%	-0,43%	-0,06%	0,41%	0,49%	...	0,33%	0,33%	0,34%
	Acumulado	-0,39%	-0,82%	-0,88%	-0,47%	0,02%	...	5,19%	5,54%	5,90%
0,90%	Anual	11,73%	-0,43%	-0,06%	0,41%	0,49%	...	0,33%	0,33%	0,34%
	Acumulado	11,73%	11,25%	11,18%	11,64%	12,19%	...	17,99%	18,39%	18,79%

Fonte: produção própria (peça 83)

160. Trazendo os percentuais a valor presente pela TIR de 9,45%, valor adotado no novo projeto decorrente da CSC, uma alteração tarifária imediata de 1,68% (se a correção do tráfego passado tiver sido de 13,35%) ou de 12,76% (se a correção do tráfego passado tiver sido de 0,90%) faria o papel de incorporar a alteração da projeção de tráfego futura à tarifa do contrato.

III.1.9. Alteração tarifária proporcional ao impacto das causas alegadas

161. Das análises e cálculos efetuados nos itens anteriores, pode-se calcular o impacto conjunto dos fatores listados sobre os custos do contrato:

Quadro 9 – Aumento tarifário necessário para compensar ou mitigar os impactos dos fatores alegados como justificadores para a proposta oriunda da CSC

Item	**Compensação integral**	**Mitigação**
III.1.1 - Alteração do cenário macroeconômico nacional	-	-
III.1.2 - Alteração das condições de financiamento	27,29%	16,94%
III.1.3 - Atraso e fragmentação do licenciamento ambiental	-	-
III.1.4 - Aumento extraordinário de preços	18,58%	9,33%
III.1.5 - Aumento da tolerância nas balanças de veículos de carga	-	-
III.1.6 - Pandemia do COVID-19	-	-
III.1.7 - Frustração da demanda passada	13,35%	0,90%
III.1.8 - Nova configuração da demanda futura	1,68%	12,76%
TOTAL	**73,97%**	**45,46%**

Fonte: produção própria a partir das análises anteriores

162. O valor total foi calculado fazendo-se a sobreposição dos efeitos dos itens, ou seja, multiplicando-se todos os efeitos: $\prod_{i=III.1}^{i=III.8}(1 + \%_i) - 1$.

163. Importante ter em mente que os valores calculados acima seriam para o cumprimento do contrato tal como está desenhado atualmente, ou seja, para a **duplicação integral** do trecho.

164. As alterações de investimentos previstas na proposta da CSC – redução da extensão duplicada, substituindo por faixas adicionais e adequação de acostamentos – resultaria em redução da tarifa. Vale lembrar, como mostra o Quadro 2 indica que a redução do CAPEX foi da ordem de 15%.

165. Também não foi considerado alteração no **prazo original**, permanecendo o encerramento na data original **em 2045**.

166. Não foram considerados a redução dos custos de manutenção e conservação em razão da redução do tráfego, o que também deve reduzir a tarifa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

167. Também não foi levado em conta o excedente tarifário já recebido pela concessionária no período de relicitação, que deve ser compensado com redução da tarifa.

168. Os impactos das alterações contratuais destinadas a moldá-lo à semelhança dos contratos de 5ª etapa, como a inclusão de gratuidades e descontos, implantação das contas vinculadas, inclusão e exclusão de verbas contratuais, foram estimadas ao longo dos trabalhos da comissão em cerca de 5%.

169. Enfim, com um aumento da Tarifa Básica de Pedágio em torno de 82% os impactos das causas alegadas seriam integralmente compensados, podendo o contrato retornar ao seu estado inicial de exequibilidade sem que a concessionária sofra nenhum impacto dos riscos que foram integralmente alocados a ela. Seria o aumento da tarifa atual de R$ 7,52/100km para R$ 13,74/100km, sem considerar os fatores redutores da tarifa (parágrafos 164, 166 e 167 acima) que ainda deveriam incidir.

170. Para mitigar os impactos das causas alegadas como causadoras de inexequibilidade, ou seja, para limitar o impacto dos riscos assumidos originalmente pela concessionária, o aumento da TBP em torno de 52% seria suficiente. Seria o aumento da tarifa atual de R$ 7,52/100km para R$ 11,49/100km, sem considerar os fatores redutores da tarifa (parágrafos 164, 166 e 167 acima) que ainda deveriam incidir.

171. Tudo isso mantendo-se as obrigações contratuais originais.

172. Proceder a mitigação dos impactos já carrega uma alta dose de permissividade, visto que relaxa a distribuição de riscos no passado, de riscos já ocorridos. A compensação total foi apresentada apenas para demonstrar que a proposta extrapola em absoluto os impactos totais, mas não deve ser considerada como uma solução possível, pois isentaria em absoluto e *a posteriori* a concessionária dos riscos que são integralmente atribuídas a ela pelo contrato.

173. A partir dos R$ 11,49/100km, as demais alterações – redução de 15% dos investimentos, redução dos parâmetros de desempenho operacional com o aumento de tempos de atendimento, redução do esforço de conservação e manutenção – resultariam em reduções tarifárias.

174. Assim, a solução que ataca as causas alegadas de maneira proporcional, atendendo a exigência legal de vinculação ao instrumento licitatório ao preservar a proposta vencedora da licitação e preservando o equilíbrio contratual ao adotar as regras contratuais para exclusão e inclusão de investimentos, deve resultar em uma tarifa certamente e consideravelmente inferior a R$ 11,49/100km.

175. A proposta, no entanto, além de não demonstrar sua conexão entre os problemas contratuais enfrentados e anular a proposta da licitação, resulta em tarifa **pelo menos** 31% superior ao apresentar tarifa de R$ 15,13/100km. “Pelo menos”, porque o percentual foi obtido a partir do valor de R$ 11,49/100km e a tarifa proporcional ao problema é certamente inferior a esta, conforme descrito no parágrafo acima.

176. O relatório do GT **indicou as causas que teriam levado o contrato à inviabilidade** e **mencionou alterações que seriam realizadas em razão daquelas causas**. Chega a afirmar que “as alterações aqui trazidas, segundo avaliações do Grupo, permitiriam retomar a viabilidade do contrato de concessão”, **dando a entender que as alterações propostas se destinam a fazer frente àquelas causas**. Entretanto, confrontando as ordens de grandeza das consequências daquelas causas e das alterações propostas, verifica-se que a proposta de solução extrapola os problemas identificados e descaracteriza a proposta geradora do contrato de concessão.

III.2. Simulações realizadas ao longo do funcionamento da CSC

177. A necessidade de se obter uma solução proporcional aos problemas que foram apresentados como causadores da situação que demandou a negociação sempre foi destacada pela equipe da Unidade Técnica do TCU (AudRodoviaAviação), razão pela qual no decorrer dos trabalhos da comissão a UT apresentou a proposta alternativa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

178. A Concessionária, em pelo menos duas oportunidades, apresentou suas próprias avaliações no sentido de buscar demonstrar que o caminho proposto pela Unidade Técnica, de quantificar as alterações tarifárias demandadas pelas causas alegadas, resultaria em tarifa ainda maior do que a proposta na solução que vinha sendo discutida na CSC.

179. A participação da concessionária nesse processo seria de especial importância, visto ser ela a única conhecedora de todas as informações necessárias. No entanto, as avaliações por ela apresentadas: partiam da visão da empresa de **garantir o retorno do investimento**, e não o atendimento das regras contratuais; **não separaram os impactos** das causas alegadas; e embutiam a **descaracterização da proposta** ao desconsiderar a manutenção do desconto oferecido na licitação, de modo que não contribuíram efetivamente para o que fora proposto.

IV. Características negativas da proposta

IV.1. Modicidade tarifária

180. Nos termos da Minuta de Termo de Autocomposição (peça 63, p. 4), a medição da modicidade tarifária partiria da comparação com o pedágio previsto nos novos estudos e com as médias dos estudos já levados a audiência pública.

> 2.6.e. a modicidade tarifária, com a cobrança de valores de pedágio menores que os previstos nos estudos em andamento ou da média dos estudos em andamento já levados à audiência pública e mecanismo de reclassificação tarifária vinculada à execução de obras (Portaria MT nº 848/2023, art. 3º, VII e VIII e Portaria MT nº 327/2023, art. 2º, IV);

181. Quanto à comparação com a tarifa média de outros estudos, é importante esclarecer que a tarifa de pedágio é o resultado de cálculos que têm como parâmetros de entrada os valores de CAPEX, OPEX, tráfego, TIR e prazo.

182. Assim, a comparação das tarifas quilométricas homogêneas entre as diversas concessões não permite aferir a modicidade tarifária, pois não traz informações acerca da relação custo/benefício do empreendimento.

183. Por exemplo, as previsões de menores investimentos e maior prazo em determinada concessão têm por efeito uma diminuição da TKM; entretanto, esse decréscimo do valor da tarifa não é um indicador de que essa nova configuração atenderia melhor aos interesses dos usuários, que é uma questão cuja resposta depende de diversos outros fatores.

184. A comparação com a tarifa de outros projetos pode servir para avaliar por exemplo, a possibilidade de inserção de mais investimentos, a necessidade de redução de obrigações ou a oportunidade de ajustes no prazo contratual para se obter uma tarifa condizente com uma faixa pretendida e/ou socialmente aceitável.

185. Por sua vez, a comparação com as versões preliminares dos estudos pode permitir essa avaliação, desde que sejam considerados também os investimentos e prazos previstos em cada situação. Nesse sentido, em comparação com os novos estudos há uma vantajosidade da tarifa da proposta. Isso porque ambas estão alinhadas, mas a proposta da CSC prevê maior volume de investimentos e um mesmo prazo contratual.

186. No entanto, essa conclusão deve ser vista com parcimônia principalmente porque:

ss) depende de admitir que a solução proposta, que, na prática, se assemelha a uma dispensa de licitação, é legalmente aceitável;

tt) considera que as tarifas das versões preliminares dos estudos serão mantidas e não reduzidas nas versões definitivas e após a análise da ANTT e do TCU;

uu) considera que não haverá desconto no leilão (o que não tem sido observado nos últimos leilões), já que a diferença entre as tarifas, R$ 15,55/100km e R$ 15,13/100km é de apenas 2,7%; e

vv) desconsidera o cenário de retomada da viabilidade contratual a partir do próprio contrato em vigor, que resultaria numa tarifa inferior a R$ 11,28/100km.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

IV.2. Desnecessidade de extensão do prazo – duplicação de trechos cujos gatilhos disparam após o encerramento original do contrato

187. Uma questão que foi reforçada pela Unidade Técnica foi a necessidade de que a solução considerasse o prazo remanescente do contrato, de modo atender esse requisito que foi explicitamente exigido no item 9.2.4.4. do Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário.

188. Nesse sentido, a comissão discutiu e simulou cenários, sobre a proposta de um novo MEF, para avaliar em quanto ficaria a tarifa para acréscimos de prazo de 0, 5, 10 e 15 anos, mantendo-se os investimentos previstos e levando em conta a necessidade de prazo suficiente para amortização dos financiamentos. Como resultado, o acréscimo de prazo, que vinha sendo considerado como de 15 anos, ficou de 10 anos na versão final da proposta.

189. Entretanto, a conclusão pela necessidade de extensão de prazo decorreu da consideração de duplicação de trechos cuja necessidade em função do tráfego somente surgirá após o prazo original de encerramento do contrato. Ou seja, se o contrato mantivesse seu prazo original, até 2044, tais duplicações não seriam necessárias.

190. Uma vez que se partiu da premissa inicial de que o contrato seria prorrogado para além de 2044, verificou-se que tais trechos demandariam duplicação durante o novo prazo contratual. Por isso esses investimentos foram incluídos no contrato, o que aumentou o CAPEX e a necessidade de prazo para amortização do investimento e limitação do valor da tarifa.

191. Se, ao contrário, a premissa tivesse sido a de manutenção do prazo original, aquelas duplicações não seriam necessárias no período do contrato, não havendo o aumento do CAPEX nem a necessidade do prazo original.

192. Assim, se a extensão do prazo se faz necessário porque o nível de investimento assim o pede, mas o nível de investimento é aquele porque o prazo foi estendido, conclui-se que **a necessidade de extensão de prazo decorre da própria extensão de prazo**. Se não forem contabilizados os investimentos que somente seriam necessários após o prazo de extensão, então não haveria a necessidade de estender o prazo contratual para promover a modicidade tarifária nem a financiabilidade.

193. Tomando-se o padrão adotado pela ANTT em seus projetos, de incluir no contrato somente as obras de ampliação de capacidade necessárias até o 5º ano antes do final do contrato, no cenário de manutenção do prazo original somente seriam incluídas as obras cujo gatilho fosse disparado até 2039. Além disso, seriam executadas as obras de duplicação necessárias a promover a continuidade dos trechos já duplicados de maneira fragmentada. Também o contorno de Campo Grande foi considerado como necessariamente duplicado.

Quadro 10 – Distribuição das obras de duplicação de acordo com o ano em que o gatilho é disparado

Ano do gatilho	Extensão (km)	% km	Valor total (R$)	% R$
2023-2039, continuidade e contorno de Campo Grande	80,04	39,43%	R$ 411.352.901	37,81%
2039-2044	87,38	43,04%	R$ 511.959.858	47,06%
2045-2049	11,12	5,48%	R$ 56.547.463	5,20%
2050-2054	3,06	1,51%	R$ 10.217.202	0,94%
não engatilha	21,42	10,55%	R$ 97.788.909	8,99%
TOTAL	**203,02**		**R$ 1.087.866.333**	

Fonte: produção própria (peça 84)

194. Verifica-se, portanto, que a extensão do prazo contratual resultou na inclusão de obras de duplicação que somam R$ 676.513.432, 62,19% do valor total a ser duplicado, além dos seus

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

respectivos dispositivos de retorno e interseções. Em termos de extensão, são 122,98 km, ou 60,57% da extensão prevista na proposta.

195. Em contraponto, poder-se-ia argumentar que os novos projetos de relicitação também preveem essas duplicações em segmentos que somente engatilham após 2040.

196. Primeiramente, deve-se ter em mente que não é cabível uma comparação direta entre um contrato com prazo que se encerra em 2044, e cujas alterações e extensão estão sendo discutidas para além dos restritos limites da lei e das regras contratuais, e licitações realizadas no restrito cumprimento das disposições legais e cujo prazo original já abrange o período em questão. Os contratos que resultarão da relicitação já na origem terão duração de 25 ou 30 anos a partir de sua assinatura. Assim, o prazo original desses contratos abrangerá o período em questão, até 2050-2055.

197. Ademais, como pode ser observado no retigráfico da peça 78, excluídos os trechos de continuidade e o contorno de Campo Grande, a maior parte dos segmentos cujos gatilhos dispararam após o prazo original do contrato não estão incluídos nos projetos da relicitação (km 323,18-331,28; km 380,5-430,2; km 452,9-454,5; km 683,76-693,26; km 831,64-844,325 – total de 81,59 km).

IV.3. Sobre a não demonstração da vantajosidade

198. O Relatório da Comissão (peça 62, p. 74-78) discorre brevemente sobre a vantajosidade da solução apresentada. Por ser um conceito relativo, ou seja, a vantajosidade é sempre de uma solução em relação a outra, os argumentos ali presentes tratam do que seria a vantajosidade em relação ao prosseguimento da relicitação nos termos da lei.

199. Do ponto de vista técnico, a vantajosidade se daria por:

ww) antecipação em torno de 3 anos da execução das obras; e

xx) maior valor de CAPEX.

200. Todavia, preliminarmente, deve-se compreender que ao se referir à "adiantamento das obras", no contexto da proposta de solução sob exame, utilizou-se por referencial os prazos estimados caso se encerrasse o contrato atual e se procedesse uma nova contratação, prosseguindo-se com o processo de relicitação. Em relação ao contrato atualmente vigente, o que está sendo proposto é um adiamento dos investimentos, sem que isso acarrete os impactos financeiros usuais da reprogramação.

201. Quando se tem em mente a relicitação, o "adiantamento das obras" decorre exatamente da não realização do leilão, obrigado pela Constituição e pela Lei Geral das Concessões. A aplicação desse argumento é similarmente defensável em praticamente qualquer outra contratação pretendida pela Administração Pública. Nesse sentido, a não execução dos atos preparatórios usuais para o procedimento de contratação – incluindo a elaboração de estudos idôneos, a realização de análises técnicas e a execução de procedimentos licitatórios, com características bem definidas pela legislação e jurisprudência – tenderia a resultar em uma previsão de início mais célere da entrega dos produtos demandados pela Administração, em suas diversas áreas de atuação, além de desonerá-la dos complexos e morosos processos de licitação.

202. Caso se venha a adotar tal raciocínio, seria sustentável, até mesmo, ter por padrão a contratação direta do particular pelo Poder Público, sem a realização de estudos ou orçamentos detalhados pela Administração, uma vez que tais verificações e procedimentos estariam sendo reputados como onerosos e morosos e, portanto, contrários ao interesse público.

203. Se esse argumento sustenta a dispensa de licitação nesse caso, em que as etapas preparatórias estão bastante adiantadas, inclusive com um dos projetos já submetidos a audiência pública, mais ainda o seria em projetos ainda em estado mais preliminar.

204. Ocorre que não se deve confundir a maior rapidez para o início das intervenções demandadas pela rodovia, com a maior eficiência da contratação, o que é particularmente relevante para um contrato de longa duração, pois, na ausência de planejamento, estudos e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

orçamentos verificados, os usuários ficariam sujeitos a pagar por décadas montantes cuja proporcionalidade com os serviços prestados não foi devidamente averiguada, dissipando-se assim eventual vantagem obtida ao início do processo.

205. No caso de contratos de concessões rodoviárias, é interessante rememorar as recentes licitações da BR-116/101/RJ/SP (vencida pela CCR RioSP) e da Ponte Rio-Niterói (vencida pela EcoPonte). Diversas alegações de ordem genérica foram invocadas previamente às licitações para defender a prorrogação dos contratos com a manutenção das concessionárias da época como a solução mais eficiente. Os resultados dos certames, no entanto, mostraram uma realidade inversa, em que o processo licitatório foi capaz de melhor atender ao interesse público, considerando-se as tarifas ofertadas em leilão e os investimentos pactuados, em confronto com o previsto em eventual prorrogação.

206. A eficiência na Administração envolve a busca pela melhor utilização dos recursos públicos para alcançar os resultados desejados, o que implica garantir que os processos de contratação sejam realizados de forma ágil, mas também de forma criteriosa e transparente. Caso se apresse excessivamente os procedimentos, deixando-se de realizar etapas necessárias, o resultado esperado é a queda na qualidade das decisões, preços excessivos e o consequente não atendimento adequado das necessidades dos usuários.

207. Portanto, no caso concreto, além de examinar os preços associados às obras previstas para serem "adiantadas", é necessário sopesar as outras obrigações, e suas respectivas remunerações, que estariam embutidas no contrato repactuado, em especial aquelas não associadas aos investimentos dos primeiros anos, incluindo a completa reprecificação dos custos operacionais e dos demais investimentos, bem como a nova curva de tráfego e a prorrogação de prazo. Assim, há que se avaliar se existem evidências de que o alegado benefício de curto prazo resultaria em uma solução eficiente para o sistema rodoviário concedido durante os próximos vinte e nove anos de contrato.

208. Outra questão que transcende os benefícios de curto prazo é o próprio desenho da concessão. Veja que o poder público, quando desenhou os novos projetos das rodovias sul-mato-grossenses para a relicitação, entendeu que uma infraestrutura eficiente seria mais bem ofertada com a separação do trecho em duas partes e a inclusão de uma nova rodovia, a BR-267/MS. Nesse contexto de planejamento com a premissa de oferta de infraestrutura rodoviária adequada no longo prazo é que foram planejados os projetos da Rota do Tuiuiú e Rota do Pantanal e que se encontram em estágio avançado, com possível licitação para o ano que vem.

209. A proposta da CSC, ao contrário, foi realizada em curtíssimo prazo e observou apenas o contrato em questão com foco em benefícios de curto prazo.

210. Quanto ao maior valor de CAPEX ele não decorre exatamente do maior volume de obras necessários para elevar a rodovia ao nível de serviço desejado. Decorre, resumidamente, de:

yy) serviços a mais, não necessários para o atingimento do nível de serviço; e

zz) custos maiores para as mesmas obras previstas, especialmente contornos, acessos e acostamentos.

211. Como mostrado anteriormente, as duplicações acrescentadas em relação aos EVTEA dos projetos de Tuiuiú e Pantanal não seriam necessárias no período normal do contrato. Além disso, nesses trechos em que os EVTEA não incluem duplicação, estão sendo previstas terceiras faixas, que seriam suficientes para o atingimento do nível de serviço. Ou seja, ao final ambos os cenários elevariam o padrão de serviço da pista para o nível desejado.

212. Pode-se argumentar que a duplicação de mais km de pista eleva a qualidade e a segurança da rodovia e promove mais investimentos, o que é verdade. Sob esse aspecto, portanto, a solução alternativa, de promover alterações no contrato vigente ao invés de estruturar um novo contrato é ainda superior, pois prevê a duplicação total da rodovia com um valor de CAPEX maior e a possibilidade de execução imediata dos investimentos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

213. Do ponto de vista econômico-financeiro, a vantajosidade decorreria de uma tarifa inferior à dos estudos dos novos projetos.

214. Primeiro que tal conclusão parte da premissa que o leilão dos novos projetos não resultará em nenhum desconto, o que não é provável se forem considerados os resultados dos últimos leilões.

Quadro 11 – Desconto obtido nos últimos leilões

Concessão	Ano do leilão	Desconto
Ecovias do Cerrado	2019	33,00%
Via Costeira	2020	62,00%
Via Brasil	2021	8,09%
RioSP	2021	15,31% + outorga R$ 1,77 bi
Ecovias do Araguaia	2021	16,25% + outorga R$ 117 mi
EcoRioMinas	2022	3,11%
Litoral Pioneiro	2023	0,08%
Via Araucária	2023	18,25%
BR-040/MG – BH-JF	2024	11,21%
Média geral		**19,00%**
Média 2021-2024		**10,33%**

Fonte: produção própria

215. Segundo, que a diferença é pequena, de apenas 2,7% (R$ 15,13/10km *vs.* R$ 15,55/100km) numa comparação entre uma solução legalmente discutível e a solução legal para a qual a concessão se encaminha.

216. O relatório também invoca uma vantajosidade sob a perspectiva jurídica e regulatória, pois a solução negociada elevaria a percepção de institucionalidade, diminuição da percepção de risco e sinalização de um ambiente de diálogo capaz de atrair mais investidores nas próximas rodadas de concessão.

217. Menciona o parecer de advogado contratado pela concessionária, professor Gustavo Binenbojm, que explica que o prosseguimento por uma solução de repactuação "afasta uma percepção de insucesso das rodadas de concessão rodoviárias e mostra uma sinalização positiva das instituições nacionais em prol da viabilidade (e viabilização) de seus projetos" (peça 54).

218. De fato, a busca por uma solução menos litigiosa poderia ser um indicativo de institucionalidade, mas somente se a repactuação acompanhar os ditames legais que permitem esse tipo de solução.

219. Sendo a legalidade um pressuposto da institucionalidade, não há como se falar em fortalecimento da institucionalidade sem a observação da legalidade. Uma solução negociada que ignora as condições impostas pela mesma lei que permitiu a negociação de uma solução não pode ser considerada como fortalecedora da institucionalidade.

220. Exatamente na mesma direção deve ser analisada a segurança jurídica e a percepção de risco. Se as regras previamente estabelecidas em contrato e na lei não são observadas, não há como se falar em redução de riscos e promoção da segurança jurídica. São ambos conceitos que tratam de previsibilidade e de cumprimento das regras. A demonstração de que as regras que regem a relação de longo prazo podem ser negligenciadas para atingir objetivos de curto prazo cumpre o objetivo diverso, de criação de um ambiente negativo para os investidores.

221. O ambiente que se cria quando se permite uma solução nos termos que se propõe, é o de atrair não os investidores mais eficientes e capazes de produzir valor com a execução contratual (que é o que se pretende para o cumprimento da política pública voltada a promover a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

infraestrutura rodoviária de condições adequadas), mas aqueles mais capazes construir valor com negociações posteriores. Se isso é verdadeiro em ambientes permissivos em revisões baseadas nas regras contratuais – por exemplo, com a flexibilização de riscos contratuais ou com adiamento de investimentos sem compensações proporcionais na tarifa –, quiçá com o indicativo de que nem mesmo as regras contratuais e legais são limitadores para o incremento de seus ganhos.

> Entende-se por oportunismo a inexistência de condições contratuais que diminuam o espaço de renegociação.
>
> > Esta situação "abre margem para a participação de licitantes oportunistas, ou seja, concorrentes que oferecem preços irrealistas e que, uma vez ganha a licitação, passam a pressionar a agência reguladora por reajustes de preços ou alteração no cronograma de investimentos ou das demais obrigações; ou ainda, que exploram falhas formais dos editais para descumprir os compromissos assumidos (VELLOSO et al, 2012, p. 102)."
>
> (BECK, Lisandro Cogo. **Contratos de Concessões de Rodovias Federais: Análise dos pedidos de Revisões Extraordinárias com vistas ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro.** Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2021. Disponível em http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/41363, acesso em 1/7/2024)

222. Cria-se também um ambiente em que a infraestrutura é oferecida por um valor mais caro, em piores condições e em prazo mais alongados.

> A configuração institucional e legal de um país determina a propensão para renegociar contratos de aquisição, especialmente contratos de infraestrutura de transporte de grande porte. Uma vez que um contrato de aquisição é acordado, a relação entre as partes muda de uma relação competitiva para um monopólio bilateral (Williamson, 1976). Isso abre a possibilidade de renegociar o contrato e oferece uma vantagem para empresas que são melhores em renegociar contratos, mas não necessariamente mais eficientes. Como Saussier e Tirole (2015) afirmam, um processo competitivo tende a selecionar não o melhor candidato, mas sim aquele que tem maior confiança em seu poder de renegociação.
>
> (...)
>
> Mostramos que **a propensão para renegociar (e a profundidade das renegociações) de um país altera os tipos de empresas que são atraídas para o país**. Em particular, demonstramos que **países com alta propensão para renegociar contratos tendem a atrair empresas de engenharia e construção especializadas em renegociação**. Essas empresas **serão menos eficientes - no sentido de engenharia** - do que aquelas atraídas para países com melhores instituições e menor propensão para renegociar contratos. Isso resulta em **projetos mais caros em países propensos a renegociar contratos, mesmo que a licitação para os projetos seja competitiva**.
>
> (...)
>
> Mostramos que um fator é que a estrutura institucional no país deixa muito valor em aberto nas renegociações de contratos e, portanto, favorece empresas que são melhores lobistas, em detrimento da habilidade de engenharia. Por outro lado, países com boa governança tendem a atrair empresas cuja vantagem está na engenharia, o que leva a custos mais baixos de projetos como um todo. Estendemos o resultado com dois tipos de empresas para o caso de concorrência imperfeita e, portanto, rendas, e para o caso de um contínuo de empresas. Finalmente, endogeneizamos a formação de empresas e encontramos uma relação negativa entre a habilidade de engenharia do agente responsável pela construção do projeto e a habilidade de lobby do agente encarregado das renegociações. Isso tem implicações importantes para políticas: **países que tendem a renegociar uma grande fração do valor de projetos de infraestrutura acabarão atraindo empresas menos eficientes, resultando em projetos mais caros**. Fornecemos evidências de que a redução da corrupção na China e a diminuição das renegociações na Índia levam a empresas mais eficientes, o que é consistente com nosso modelo.
>
> (ENGEL, Eduardo, Fischer, Ronald D. e Galetovic, Alexander. **The company you keep: Renegotiations and adverse selection in transportation infrastructure**. Economics of Transportation, volume 38, junho 2024. Tradução livre do original em inglês. Disponível

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

em https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2212012224000169, acesso em 1/7/2024)

223. Portanto, qualquer solução que se pretenda adotar deve se fiar o mais possível nas regras dos contratos existentes e nos quesitos de legalidade e proporcionalidade, manutenção da proposta vencedora e do equilíbrio econômico-financeiro, o que não pode ser atingido com a assinatura, sem licitação, de um contrato completamente novo, sem nenhuma relação com o contrato atual.

224. Nesse sentido, o parecerista da concessionária discorre longamente em defesa de soluções consensuais na Administração Pública, trazendo diversos exemplos em que isso ocorreu.

225. A possibilidade de se buscar soluções consensuais para litígios parece ser questão já vencida. Do contrário, o TCU não teria editado a Instrução-Normativa 91/2022 e alterado sua estrutura com a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso).

226. O que deve ser avaliado é a adequação da solução concreta aqui tratada. As características do caso concreto devem ser avaliadas, de maneira direta e objetiva, demonstrando a adequação às regras legais e contratuais e sopesando os benefícios frente aos malefícios.

227. Questionar aqui a adoção **desta** solução negociada não significa que alguma solução negociada seja possível. O contrário também é verdadeiro: embora seja possível buscar soluções negociadas, isso não significa que **qualquer** solução negociada seja possível.

228. Um longo histórico de adoção de soluções consensuais, embora robusteça a necessidade de buscá-la no caso do contrato de concessão da MSVia, de maneira nenhuma suporta a solução apresentada. Primeiro porque nenhuma das soluções se parece com a proposta pela Comissão de Solução Consensual. Não há indicação de nenhum caso em que a solução tenha sido pela realização de novo contrato sem licitação com desconsideração das condições do contrato original. Aliás, o único caso anterior mais semelhante, em contrato de concessão de rodovia, foi o TAC celebrado para a assunção da BR-163/MT por empresa estatal estadual. Nesse caso as alterações foram incomparavelmente menos drásticas e, ainda assim, foi apresentada como um caso a não ser replicado por trazer alterações muito além das que seriam aceitáveis num caso que não envolvesse empresa estatal.

229. Por fim, menciona-se a redução dos passivos regulatórios, incluindo, nesse item;

aaa) o encerramento de litígio de R$ 1,426 bi;

bbb) não pagamento de indenização à concessionária;

ccc) desnecessidade de assunção do trecho pelo Dnit no período de transição entre a atual concessionária e a próxima que assumirá o trecho;

ddd) desnecessidade de declaração de caducidade em caso de licitação deserta; e

eee) desoneração dos cofres públicos, por não necessitar prosseguir com a realização de 2 processos de licitação complexos e morosos.

230. O referido litígio de R$ 1,426 bi diz respeito aos alegados efeitos das causas invocadas para a negociação – aumento de custos, frustração de tráfego, particionamento das licenças ambientais e alteração nas condições de financiamento.

231. Primeiro que se trata de um processo arbitral em estágio inicial. Tanto a possibilidade de derrota da Administração (que resultaria no dever de pagar) quanto o valor de eventual condenação são incertos. A vantagem, portanto, estaria no encerramento do litígio, e não em economia de valor.

232. Como se verificou, uma solução proporcional aos problemas alegados resultaria no mesmo benefício de encerramento do litígio a um custo bastante inferior e mantendo-se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

minimamente a conexão com o atual contrato vigente. Trata-se, portanto, de uma vantagem relativa que pode ser obtida por meios mais alinhados às regras contratuais e disposições legais.

233. Quanto à desoneração do OGU pelo não pagamento da indenização, também se trata de uma vantagem relativa, já que ele pode ser feito pelo novo concessionário, incluindo-se tal valor nos novos projetos.

234. Sobre os riscos de extensão do prazo para assunção da nova concessionária, trata-se de fato de benefício, pois o prazo atual de encerramento do contrato, março/2025, não é suficiente para concluir os trâmites de projeto, leilão e assinatura do novo contrato. Essa situação poderia ter sido minimizada pela priorização desses projetos, já em curso e com data de encerramento da relicitação já conhecida desde pelo menos 2019.

235. O projeto da Rota do Pantanal foi apresentado em audiência pública em 27/2/2023. Apenas a título de exemplo, a Rota dos Cristais (BR-040/MG/GO) teve a audiência pública concluída em agosto de 2023 e já teve o edital lançado, com leilão previsto para setembro de 2024.

236. O projeto da Rota do Tuiuiú também está em elaboração. Inclusive foi considerado suficientemente maduro para ser utilizado como referência para a proposta apresentada pela CSC.

237. Obviamente que há limitações inerentes à quantidade de projetos simultâneos que as estruturadoras, o Ministério e a ANTT são capazes de desenvolver, mas esses agentes possuem a atribuição de priorizar os projetos para evitar a ocorrência de riscos insuportáveis.

238. Além disso, a suposta desoneração por não ser necessário prosseguir com os "complexos e morosos procedimentos licitatórios" não existe porque o aditivo prevê o prosseguimento de todos os estudos durante o período de transição (itens 4.3.4 e 4.3.5 da Minuta de Termo de Autocomposição, peça 63, p. 11). Soma-se que tal argumento serve para sustentar a contratação de direta ou a inexecução de estudos adequados como regra, o que não pode ser admitido.

IV.4. Processo competitivo

239. O processo competitivo para oferta ao mercado das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE foi concebido na comissão de solução consensual como um mecanismo para a validação de valores e mitigação de riscos, entre eles, risco moral e sistêmico.

240. Primeiramente, é relevante recordar que a chamada repactuação contratual, de fato, constitui-se materialmente na celebração de um novo contrato, que necessariamente deveria ser precedida de licitação – obrigatória para a concessão de serviços públicos. As modalidades de licitação encontram-se taxativamente definidas na Lei 14.133/2021, não se cabendo compreender que o processo delineado na proposta de solução contratual pudesse suprir a exigência de realização de licitação.

241. O procedimento de venda assistida da concessionária MSVia vai exigir de eventuais interessados a precificação de dois objetos de forma interligada: o contrato de concessão remodelado; e a Sociedade de Propósito Específico – SPE, com seus ativos e passivos, no estado em que se encontra.

242. Em relação ao contrato de concessão remodelado, potenciais proponentes terão que preparar seus lances em similaridade ao que fariam em um processo licitatório, estimando os custos dos investimentos exigidos, projetando a demanda, examinando as regras contratuais, analisando as possibilidades de financiamento etc.

243. Caso se pretendesse seguir as práticas usuais dos processos licitatórios de concessões rodoviárias, o prazo mínimo entre publicação do edital e a entrega das propostas seria de cem dias, conforme Resolução-CPPI 1/2016:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> Art. 17. O edital do empreendimento poderá prever o prazo para a entrega das propostas, sempre que possível, desde que este **não seja inferior a cem dias corridos**, para que os interessados possam avaliar o projeto e as informações a ele relacionadas.

244. Ressalta-se que, em um processo de concessão de rodovias, desde muito antes da publicação do edital, os possíveis concorrentes começam a colher informações e se preparar para participar do certame. Frequentemente, mesmo antes da publicação do instrumento convocatório, eles participam das audiências públicas (que se iniciam mais de um ano antes da publicação do edital), se reúnem com representantes do Poder Público, examinam os documentos previamente disponíveis e iniciam tratativas com outros *stakeholders*.

245. No que tange à aquisição da SPE, ocorreria a absorção da concessionária MSVia por outro grupo econômico em uma operação conhecida como M&A (Fusões e Aquisições ou *Mergers & Acquisitions*). Trata-se de um procedimento complexo em diversos aspectos como o financeiro, o legal, o contábil, o operacional e o de recursos humanos. Assim, há que se avaliar os processos judiciais, os passivos, as contingências, os contratos em andamento etc.

246. A realização de uma operação de M&A é um processo que usualmente demora meses para se concretizar, envolvendo uma série de verificações a serem realizadas pelo potencial comprador. Dentre as etapas de um M&A, destaca-se o *Due Diligence*, que se refere a uma investigação detalhada e uma análise da empresa alvo, realizada pelo comprador, com o objetivo de avaliar diversos aspectos do negócio, identificar riscos potenciais, oportunidades e garantir que as informações fornecidas pelo vendedor sejam precisas e completas.

247. Portanto, deve ficar claro que há uma complexidade significativamente superior para um eventual interessado ofertar um lance no "processo competitivo" que se desenhou na proposta de solução consensual em comparação com um certame licitatório regular, uma vez que a quantidade de fatores a serem considerados é bem maior no primeiro caso e o nível de informação menor.

248. A problemática do aumento da complexidade poderia ser, em alguma medida, mitigada caso fosse disponibilizado um maior período para que eventuais interessado pudessem se preparar para o processo competitivo. Entretanto ao contrário de aumentar o prazo em razão da complexidade da operação, a proposta de solução consensual prevê a redução do prazo em relação a uma licitação para apenas 70 dias entre a publicação de edital do procedimento competitivo e a realização da sessão pública, isto é, 30 dias a menos que o padrão atual para os editais de licitação de concessões de rodovias federais.

249. Ressalta-se que a eventual apresentação de um lance competitivo no processo concorrencial, delineado na proposta de solução consensual, é o resultado de uma atividade dispendiosa, exigindo dos interessados o emprego de recursos humanos e financeiros, sem nenhuma garantia de retorno.

250. Nesse sentido, há diversas razões para inferir a pouca atratividade do "processo competitivo" proposto, que incluem a assimetria de informações em favor do atual grupo controlador (que elaborou os estudos em que se baseiam o procedimento), os custos e a complexidade envolvidos na elaboração do lance por outro potencial interessado e o pouco tempo disponível para preparação da proposta.

251. Além disso, cabe pontuar que o chamado processo competitivo concebido pela CSC tenta emular, não obstante as deficiências apontadas, um processo de relicitação. Ocorre que a concessionaria MSVia já se encontra em relicitação, sendo que, nos termos da Lei 13.448/2017, os atuais contratados estariam vedados de participar do novo certame:

> 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: (...)
>
> IV - da renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado, nos termos do art. 16 desta Lei;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

252. Assim, o "processo competitivo" teria por efeito não apenas deixar de aplicar a mencionada vedação, mas também criar situação privilegiada para que o atual controlador se mantenha operando a rodovia.

253. Ademais o resultado de uma licitação real é a formação de uma SPE sem dívidas, cujas entradas de capital, seja próprio, via integralização de capital social, seja de terceiros, via obtenção de financiamento, resulta em disponibilidade de recursos para a realização dos investimentos. As dívidas constantes dos passivos da MSVia permaneceriam na empresa, com seu controlador original.

254. No desenho proposto pelo processo competitivo, de aquisição da SPE atual com seus ativos e passivos, o novo concessionário já iniciará o contrato com o saldo da dívida originalmente assumido pela MSVia, sem a previsão (explícita) de recursos para saldar essa dívida.

255. Portanto, vislumbra-se um efetivo risco de o "processo competitivo" não se prestar à finalidade para o qual foi criado, tendo por vencedor provável a atual controladora da MSVia, considerando que o grupo dispõe de situação privilegiada desde o início do procedimento.

256. No caso específico da MSVia deve-se ressaltar que ficou acordado que não haverá valor de venda da SPE (cláusula 4.39 da Minuta de Termo da Autocomposição, peça 63, p. 11). Essa situação específica desobriga eventuais interessados na compra de desembolso significativo e que a atual controladora não necessitaria fazer. Assim, reduz-se a assimetria de condições e remove-se importante barreira de entrada que haveria caso houvesse valor de compra a ser pago pelo comprador.

IV.5. Consolidação e estímulo a comportamento oportunista por parte das concessionárias

257. O comportamento oportunista por parte das concessionárias refere-se a ações que buscam obter vantagens em detrimento do cumprimento estrito das obrigações contratuais. Quando uma concessionária age de forma oportunista, ela pode solicitar reequilíbrio econômico-financeiro de forma extraordinária, pressionando por reajustes de preços, alterações no cronograma de investimentos ou outras mudanças contratuais.

> Esta situação "abre margem para a participação de licitantes oportunistas, ou seja, concorrentes que oferecem preços irrealistas e que, uma vez ganha a licitação, passam a pressionar a agência reguladora por reajustes de preços ou alteração no cronograma de investimentos ou das demais obrigações; ou ainda, que exploram falhas formais dos editais para descumprir os compromissos assumidos (VELLOSO et al, 2012, p. 102)."
>
> (BECK, Lisandro Cogo. **Contratos de Concessões de Rodovias Federais: Análise dos pedidos de Revisões Extraordinárias com vistas ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro.** Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2021. Disponível em http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/41363, acesso em 1/7/2024)

258. Portanto, são dois momentos importantes na adoção de um comportamento oportunista: o primeiro, a obtenção do contrato, quando se cria uma dependência entre as partes; o segundo, a busca de condições mais vantajosas por parte da concessionária, com pleitos diversos e/ou exploração de falhas contratuais que lhe permite aumentar seus ganhos com a inexecução do contrato.

259. O caso concreto é um exemplo didático dessa situação. A etapa de aquisição do contrato se deu em 2013, com o lance agressivo da Concessionária. No momento atual a Concessionária melhoraria seus ganhos (ou reduziria as perdas decorrente da materialização dos riscos assumidos voluntariamente em sua proposta agressiva) por meio da solução apresentada pela CSC.

260. Veja que a desproporcionalidade entre as perdas alegadas reforça essa constatação, pois a proposta vai além de tornar o contrato viável, partindo-se da premissa de que ele era inicialmente viável. E, se o contrato não era viável de partida – contraponto à premissa adotada –, então teria se tratado apenas da obtenção do contrato para depois buscar-se condições melhores nas renegociações, novamente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

261. Desse modo, em qualquer cenário de viabilidade inicial do contrato, a proposta apresentada resultante da Comissão de Solução Consensual consolida o comportamento oportunista da concessionária.

262. Entretanto, essa situação não é deletéria somente para o caso concreto do contrato da MSVia. Embora o comportamento oportunista seja comumente relacionado a lances irrealistas obtidos na licitação, as contratações sem descontos exagerados também podem levar a esse tipo de comportamento.

263. Conforme descreve a teoria dos jogos, cada decisão em um negócio corresponde a um lance do jogo e é tomada a partir da situação atual do jogo. Assim, independentemente de a assinatura do contrato ter sido oriunda de uma proposta ousada, se em algum momento do contrato a concessionária verifica a disponibilidade de o outro jogador (o poder público, nas figuras do regulador e do Ministério) em aceitar comportamentos que aumentem seu retorno, ele se verá estimulado em fazê-lo.

264. Ou seja, ainda que o contrato seja obtido sem descontos exagerados – situação que se espera observar nas novas licitações por haver limitação ao desconto ofertado –, a propensão do poder público em renegociar estimula o comportamento oportunista por parte dos agentes de mercado.

265. Aliás, não só estimula o comportamento por parte dos agentes atuantes, como cria um ambiente que afasta os agentes ineficientes em executar o contrato enquanto atrai aqueles eficientes em renegociar e aumentar seus retornos sem a execução do contrato.

> A configuração institucional e legal de um país determina a propensão para renegociar contratos de aquisição, especialmente contratos de infraestrutura de transporte de grande porte. Uma vez que um contrato de aquisição é acordado, a relação entre as partes muda de uma relação competitiva para um monopólio bilateral (Williamson, 1976). Isso abre a possibilidade de renegociar o contrato e oferece uma vantagem para empresas que são melhores em renegociar contratos, mas não necessariamente mais eficientes. Como Saussier e Tirole (2015) afirmam, um processo competitivo tende a selecionar não o melhor candidato, mas sim aquele que tem maior confiança em seu poder de renegociação.
>
> (...)
>
> Mostramos que **a propensão para renegociar (e a profundidade das renegociações) de um país altera os tipos de empresas que são atraídas para o país**. Em particular, demonstramos que **países com alta propensão para renegociar contratos tendem a atrair empresas de engenharia e construção especializadas em renegociação**. Essas empresas **serão menos eficientes - no sentido de engenharia** - do que aquelas atraídas para países com melhores instituições e menor propensão para renegociar contratos. Isso resulta em **projetos mais caros em países propensos a renegociar contratos, mesmo que a licitação para os projetos seja competitiva**.
>
> (...)
>
> Mostramos que um fator é que a estrutura institucional no país deixa muito valor em aberto nas renegociações de contratos e, portanto, favorece empresas que são melhores lobistas, em detrimento da habilidade de engenharia. Por outro lado, países com boa governança tendem a atrair empresas cuja vantagem está na engenharia, o que leva a custos mais baixos de projetos como um todo. Estendemos o resultado com dois tipos de empresas para o caso de concorrência imperfeita e, portanto, rendas, e para o caso de um contínuo de empresas. Finalmente, endogeneizamos a formação de empresas e encontramos uma relação negativa entre a habilidade de engenharia do agente responsável pela construção do projeto e a habilidade de lobby do agente encarregado das renegociações. Isso tem implicações importantes para políticas: **países que tendem a renegociar uma grande fração do valor de projetos de infraestrutura acabarão atraindo empresas menos eficientes, resultando em projetos mais caros**. Fornecemos evidências de que a redução da corrupção na China e a diminuição das renegociações na Índia levam a empresas mais eficientes, o que é consistente com nosso modelo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> (ENGEL, Eduardo, Fischer, Ronald D. e Galetovic, Alexander. **The company you keep: Renegotiations and adverse selection in transportation infrastructure**. Economics of Transportation, volume 38, junho 2024. Tradução livre do original em inglês. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2212012224000169, acesso em 1/7/2024)

266. Portanto, a aprovação de solução consensual descolada da legalidade, das regras contratuais e da proporcionalidade configura a concretização de comportamento oportunista da concessionária em questão ao mesmo tempo que estimular de maneira generalizada o comportamento oportunista do mercado.

V. Desatendimento dos requisitos exigidos nos fundamentos legais invocados

267. Além da afronta de princípios e disposições legais, demonstrada ao longo da instrução, importa reforçar a ausência de suporte legal para a proposta de acordo resultante da comissão de solução consensual. O que se destaca aqui é o fato de que as fundamentações legais invocadas como permissivas para as negociações na verdade são contrárias à proposta que se formulou.

V.1. LINDB

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, **observada a legislação aplicável**, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
>
> § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
>
> I - **buscará solução jurídica proporcional**, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
>
> II - (VETADO);
>
> III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
>
> IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
>
> § 2º (VETADO).

268. A simples leitura deixa claro que o art. 26 da LINDB não é um permissivo ilimitado para a celebração de compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados, mas uma autorização para a realização de acordos que atendam aos requisitos ali estipulados. Os requisitos ali apontados não são opcionais.

269. Quanto à observação à legislação aplicável, as análises realizadas ao longo da instrução apresentaram as regras constitucionais e da legislação que rege as concessões e suas prorrogações, bem como a rejeição do Poder Legislativo à aprovação de lei que permitiria alterações contratuais de significativamente menor monta do que aquelas propostas na solução consensual ora tratada.

270. O requisito da proporcionalidade demanda que o termo de compromisso seja proporcional à situação que demanda sua celebração. No caso em questão, onde a situação se relaciona com a alegada inviabilidade do contrato, o termo de compromisso tem que ser o mínimo suficiente para retomar a viabilidade do contrato. Se for menos, não soluciona a questão. Se for mais, não será proporcional. A proposta apresentada fere a proporcionalidade exigida ao extrapolar bastante a correção necessária.

271. Como demonstrado na instrução, a solução construída na comissão de solução consensual extrapola significativamente as causas do problema, de modo que **não se caracteriza com uma solução firmada com base no art. 26 da LINDB**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

V.2. Mutabilidade dos contratos

272. Resumidamente, o princípio se refere à necessidade da existência, nos contratos administrativos, de mecanismos que permitam a adaptação dos contratos a situações ocorridas ao longo de sua vigência que comprometam as condições de execução dos contratos. Tais mecanismos, poderiam, inclusive, constar da legislação ou de normas de regulação.

273. De início, deve-se atentar que o conceito não é exatamente uma novidade e já faz parte do dia a dia da regulação de contratos de concessão rodoviárias desde sempre, principalmente nas regras, dos contratos e dos normativos da ANTT, para a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

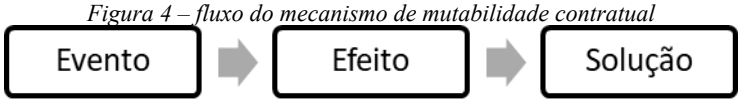
274. Ainda que existam tais regras, inclusive as de compartilhamento de risco que indicam se uma determinada ocorrência causa ou não desequilíbrio econômico-financeiro no contrato, uma constante é que o reequilíbrio a ser aplicado – seja em favor da concessionária, seja em favor do poder concedente; seja por meio de impacto na tarifa, seja por meio de impacto no prazo – sempre será aquele suficiente para compensar o desequilíbrio.

275. É uma decorrência natural do princípio da mutabilidade contratual: se o contrato deve prever mecanismos para adaptá-lo a eventos que o afetam, é claro que tais mecanismos devem atuar para **enfrentar os efeitos de tais eventos, e nada mais. A solução não pode extrapolar os efeitos dos tais eventos**. Se mais de um evento afeta o contrato, os mecanismos enfrentam os efeitos, isolados ou combinados de tais eventos.

276. Por outro lado, se o remédio trazido pelo mecanismo ultrapassa os limites dos efeitos dos eventos identificados, então ele não mais se ampara no princípio da mutabilidade do contrato e passa a alterar as condições contratuais originais, anteriores aos tais eventos.

277. A mesma sistemática se aplica também a alterações contratuais realizadas pelo poder concedente, por exemplo, para alterar regras contratuais ou incluir e retirar obrigações do acordo – a exemplo da destinação de percentual da receita para contas apartadas, da concessão de gratuidades ou outros benefícios tarifários, da inclusão ou exclusão de investimentos.

Figura 4 – fluxo do mecanismo de mutabilidade contratual



Fonte: produção própria

278. Assim, o princípio da mutabilidade dos contratos não dispõe simplesmente que um contrato administrativo pode ser alterado. A solução fundamentada em tal princípio deve ser **proporcional e limitada aos efeitos dos eventos que afetaram o contrato** em relação à condição anterior do contrato.

279. Importante ressaltar que o problema apresentado para a solução consensual trata da **viabilidade contratual**, ou seja, da capacidade de a concessionária executar o contrato. De acordo com as partes da solução consensual, os eventos afetaram a viabilidade do contrato.

280. Trata-se de conceito diferente do equilíbrio econômico-financeiro, que leva em conta a alocação de riscos do contrato. Do ponto de vista do contrato, não há desequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que as causas alegadas para a atual inviabilidade contratual são riscos alocados à concessionária.

281. A avaliação desse tópico se resume à vinculação da solução com o efeito das causas alegadas. Se a solução mitiga tais efeitos, então ela retorna o contrato à viabilidade, independentemente da existência ou não de desequilíbrio econômico-financeiro.

282. No entanto, restou demonstrado que a solução construída na comissão de solução consensual não se vincula às causas alegadas nem se limita aos seus efeitos, de modo que **não encontra suporte no princípio da mutabilidade dos contratos administrativos**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

V.3. Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário

283. Por fim, o Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário, que apreciou consulta dos Ministérios dos Transportes e de Portos e Aeroportos acerca da possibilidade da desistência da relicitação por ambas as partes.

> Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário
>
> 9.1. conhecer da consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, caput, inciso VI, e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;
>
> 9.2. responder aos consulentes que:
>
> 9.2.1. o caráter irrevogável e irretratável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário), conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;
>
> 9.2.2. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;
>
> 9.2.3. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, não obstam a decretação de sua nulidade, caso identificada ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação;
>
> 9.2.4. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:
>
> 9.2.4.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:
>
> 9.2.4.1.1. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;
>
> 9.2.4.1.2. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lindb);
>
> 9.2.4.2. a demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade, destacando-se, em especial, os objetivos e os princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 13.334/2016, o princípio da continuidade da prestação do serviço público, estabelecido no art. 13 da Lei 13.448/2017, e o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lindb);
>
> 9.2.4.3. a desqualificação do empreendimento, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 1º, inciso I, e § 2º, da Lei 13.334/2016, e no art. 7º, caput, do Decreto 9.957/2019;
>
> 9.2.4.4. a formalização de novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, mantendo-se, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;
>
> 9.2.4.5. a eventual reprogramação de pagamentos de contribuição devida ao Poder Concedente, caso adotada, deve ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

legais que, entre outros aspectos, assegure o restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (ou eventual parcelamento), e leve em consideração a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas e a quitação (ou eventual parcelamento) de multas contratuais e/ou moratórias ainda pendentes, observando-se a aplicação do disposto no subitem 9.2.4.9.1 deste acórdão no caso das multas em litígio, e, no caso de postergação de pagamentos, preveja a anuência prévia do Ministério da Fazenda;

9.2.4.6. a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;

9.2.4.7. a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, caput, e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;

9.2.4.8. a aderência do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;

9.2.4.9. a inclusão, no novo termo aditivo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de:

9.2.4.9.1. renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário;

9.2.4.9.2. de impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação;

9.2.4.10. a avaliação acerca de incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias, no âmbito do estudo de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação, tendo em vista os termos do art. 34 da Lei 13.448/2017 e, no caso específico do setor aeroportuário, as diretrizes para ações estratégicas voltadas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil);

9.2.4.11. a avaliação de utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade para fins de garantia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria relacionados aos setores de que trata a Lei 13.448/2017, conforme dispõe seu art. 24;

9.2.4.12. a avaliação da repercussão sobre as receitas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), tendo em vista ser acionista relevante com 49% de participação no capital social de Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com procedimento de relicitação em curso, no âmbito dos estudos de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação ante a possibilidade facultada ao Poder Concedente de prever indenização do novo concessionário à Infraero, haja vista o disposto nos arts. 14, § 2º, inciso IV, 17, 16, incisos I e II, e 23, todos da Lei 13.448/2017, e no art. 3º, inciso IV, do Decreto 9.957/2019;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> 9.2.4.13. os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017;
>
> (...)

284. Também nesse caso, verifica-se ser uma decisão que estipula requisitos que devem ser cumpridos pelo acordo proposto, principalmente no item 9.2.4.4. Entretanto, ficou demonstrado principalmente nos parágrafos 64-70, 187-197 e 239-266, que **a proposta resultante da CSC não atende aos requisitos ali apresentados**.

285. Isso porque:

fff) desconsidera a tarifa básica de pedágio oferecida (item 9.2.4.4);

ggg) desconfigura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato existente (item 9.2.4.4);

hhh) avança, desnecessariamente, para além do prazo remanescente do contrato (item 9.2.4.4);

iii) desconsidera os normativos legais (item 9.2.4.5);

jjj) cria situação privilegiada para o atual controlador ao não dispor de prazo para eventuais concorrentes no "processo competitivo" acessarem e avaliarem todas as informações necessárias (item 9.2.4.8); e

kkk) não utiliza, sem avaliação, a regra contratual e regulatória do da metodologia do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade (item 9.2.4.11).

V.4. Precedentes do TCU

286. Alguns precedentes deste TCU e decisões judiciais foram invocados como defensores da solução consensual em questão.

287. No entanto, tais precedentes até poderiam ser invocados como fundamento para afirmar que os contratos de concessão podem ser objeto de soluções consensuais, mas sua aplicação para sustentar a aplicação da solução do caso concreto dependeria do alinhamento da proposta às situações fáticas. Isso, no entanto, não acontece.

V.4.1. TAC da CRO

288. Trata-se de Termo de Ajustamento de Conduta intermediado pelo TCU para a transferência de controle acionário da Concessionária Rota do Oeste S.A. por sociedade de economia mista do Estado do Mato Grosso.

> Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário
>
> 9.1. comunicar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que, considerando o escopo de análise deste processo, este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto deste acompanhamento, a ser possivelmente celebrado com a Concessionária Rota do Oeste S.A., sem prejuízo de dar ciência de impropriedades e expedir recomendações a seguir;
>
> 9.2. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres acerca das seguintes impropriedades identificadas no processo administrativo e na minuta de TAC objeto deste acompanhamento:
>
> 9.2.1. a cláusula 3.1, "vi", da minuta de TAC, em que a agência se obriga a suspender a aplicação de determinações proferidas por este Tribunal, não encontra respaldo no ordenamento jurídico e pode ensejar a sanção de responsáveis, com fundamento no art. 58, incisos IV e VII, da Lei 8.443/1992;
>
> 9.2.2. a caracterização da insolvência iminente da concessionária não foi formalmente fundamentada a fim de permitir a transferência do controle, de acordo com a cláusula 25.1 do contrato de concessão;
>
> 9.2.3. não foi realizada a análise da capacidade econômico-financeira do novo controlador, necessária para a assunção do serviço, segundo requisitos a serem definidos pela Agência, conforme o art. 27, § 1º, inciso I, da Lei 8.987/1995, os arts. 29 e 30 da Lei 10.233/2001 e o art. 16, inciso II, da Resolução-ANTT 5.927/2021;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> 9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que avalie a conveniência e oportunidade de:
>
> 9.3.1. realizar estudos a fim de desenvolver metodologia para a quantificação do impacto da entrada em operação de novas ferrovias na demanda das concessões existentes;
>
> 9.3.2. aprimorar a cláusula 8.2. da minuta de TAC de forma a criar incentivos efetivos para a manutenção de um nível de execução de investimentos acumulado suficiente para o adimplemento do TAC;
>
> 9.3.3. obter o compromisso de que a MT Participações e Projetos S.A. irá aplicar o eventual ganho obtido com a venda de sua participação acionária na Concessionária Rota do Oeste S.A. em investimentos em rodovias do estado do Mato Grosso;
>
> 9.4. encaminhar cópia desta deliberação à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso e ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

289. O trecho resolutivo do Acórdão apresenta somente questões relativas ao caso concreto, mas a leitura do Voto do Relator, Ministro Bruno Dantas, deixa claro que as alterações ali tratadas, significativamente de menor monta do que as que constam da proposta da CSC, somente foram possíveis por se tratar da assunção por uma entidade pública, e **jamais seriam admitidas no caso do envolvimento de uma entidade privada**:

> 31. Ao final, a proposta de encaminhamento consignada na instrução da SeinfraRodoviaAviação contemplou as medidas a seguir transcritas:
>
> "a) dar ciência à ANTT de que foram detectadas as seguintes impropriedades na minuta referente ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com troca de controle acionário entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária Rota do Oeste (CRO): (...)
>
> a.3) as alterações de obrigações e, principalmente, a alteração da matriz de risco do contrato, são matérias alheias a um processo de TAC e/ou troca de controle acionário, violando o contrato pactuado com a CRO e indo de encontro ao art. 27 da Lei 8.987/95, art. 10 da Resolução ANTT 5.927/2021 e art. 11 da Resolução-ANTT 5.863/2018;
>
> a.4) a prorrogação de prazo do contrato, nos termos propostos, não encontra permissivo legal na legislação, violando o art. 4, incisos I e II da Lei 13.448/17 e art. 6º da Lei 13.448/17;"
>
> 32. Feita a contextualização da matéria, início minhas considerações afirmando que não teria dificuldades em acompanhar a proposta da unidade instrutora, caso a transferência do controle da concessão em análise estivesse destinada a uma empresa particular.
>
> 33. Todavia, a situação adquire contornos distintos quando se considera que a companhia que pretende assumir o controle da concessão da rodovia BR-163/MT é uma empresa controlada pelo poder público. Segundo seu relatório de gestão, o governo do estado do Mato Grosso detém 99,99% das ações da MT-PAR (...)
>
> 73. É bem verdade que a alteração da matriz de riscos de um contrato tem o condão de alterar o seu equilíbrio econômico-financeiro. Por essa razão, entendo que a alteração ora em análise encontraria óbices de ser realizada caso estivesse sendo negociada com um particular.
>
> 74. Todavia, considerando que a concessão será assumida pelo estado do Mato Grosso e que foi demonstrada a vantajosidade da solução proposta, resta plenamente atendido o interesse público a justificar a alteração excepcional da alocação de riscos do contrato, em perfeita consonância com as matrizes de risco adotadas nas concessões mais recentes.
>
> 81. Faço novamente a ressalva de que a condição específica deste TAC, que é celebrado entre duas entidades públicas, é **elemento distintivo essencial** para permitir alterações contratuais como essa em análise. Isso porque a extensão do prazo da concessão também altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não sendo possível concedê-la em benefício de um particular sem que esse tenha demonstrado os correspondentes encargos assumidos em contrapartida. No presente caso, todavia, o beneficiário é o próprio estado do Mato Grosso e, em última análise, os usuários da rodovia, que poderão ter viabilizada uma

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> solução célere para uma concessão que se encontra em difícil situação e que é de vital importância para a sociedade e a economia mato-grossenses.
>
> (destaques acrescidos)

290. Portanto, **esse precedente** em nada guarda semelhança com o caso em questão. Na verdade, indica que as alterações ora propostas contrariam as premissas e considerações daquela decisão.

V.4.2. Prorrogação de concessões portuárias

291. O Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, trata de avaliação pelo TCU da realização de prorrogações contratuais em concessões de portos.

292. Diferentemente do que se pretende realizar aqui, se fundamenta em disposições legais (Lei 12.815/2013) e regulamentares (Decretos 8.033/2013 e 9.048/2017). Há, portanto, base legal para tais alterações. Ainda assim, a decisão do TCU foi no sentido de limitar as prorrogações aos contratos assinados após a lei que as permitiu e de acordo com as regras contratuais.

> Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário
>
> 9.1. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250 do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que se abstenha de celebrar termos aditivos de adaptação ou, conforme o caso, termos aditivos de prorrogação, dos contratos de arrendamento vigentes às regras do Decreto 8.033/2013, com a redação conferida pelo Decreto 9.048/2017, contendo cláusulas que possibilitem:
>
> 9.1.1. a ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo;
>
> 9.1.2. a extensão do prazo de vigência máximo originalmente previsto, mediante prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, desprovida de análise que demonstre que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato de arrendamento:
>
> 9.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente;
>
> 9.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;
>
> 9.1.2.3. demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014;
>
> 9.1.3. a execução de investimentos na área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013, desprovida de análise prévia e fundamentada dos pressupostos que autorizam a modificação contratual no caso concreto, em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos, contemplando pelo menos os seguintes aspectos:
>
> 9.1.3.1. identificação do fato superveniente não previsto inicialmente na avença, não decorrente de culpa do contratado;
>
> 9.1.3.2. demonstração de desequilíbrio materialmente relevante na equação econômico-financeira e que o risco de ocorrência do evento não estava alocado ao contratado;
>
> 9.1.3.3. comprovação de que a realização do investimento não ensejará a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento, mediante a aferição de limites objetivos e subjetivos previstos na avença ou em regulamento;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

9.1.3.4. preservação do uso público das infraestruturas, vedando qualquer preferência ou distinção de tratamento ao arrendatário ou aos seus clientes;

9.1.3.5. avaliação e aprovação prévia do projeto e do orçamento da obra a ser realizada, assegurando que o reequilíbrio decorrente da realização de investimentos ocorra a preços de mercado;

9.1.3.6. motivação, pela autoridade portuária, de que a realização de investimentos pelo arrendatário naquele caso é solução mais adequada do que sua execução pela própria autoridade;

9.1.4. a substituição de áreas, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013, desprovida de análise prévia e fundamentada dos pressupostos que autorizam a modificação contratual no caso concreto, em obediência ao princípio da motivação dos atos administrativos, contemplando, pelo menos, os seguintes aspectos além daqueles ordinariamente previstos no regulamento:

9.1.4.1. identificação do fato superveniente não previsto inicialmente na avença, caracterizador da situação que impossibilite a utilização da área original, não decorrente de culpa do arrendatário, na hipótese de substituição de área por empecilho superveniente;

9.1.4.2. comprovação de que o risco de ocorrência do evento não estava alocado ao contratado, na hipótese de substituição de área por empecilho superveniente;

9.1.4.3. demonstração de que a substituição de área é a melhor alternativa com vistas ao atendimento do interesse público, dentre outras possíveis, a exemplo da rescisão contratual ou de outras hipóteses de reequilíbrio, conforme art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014, inclusive na hipótese de substituição de área por empecilho superveniente;

9.1.4.4. realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

9.1.4.5. ponderação da alternativa em relação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, assegurando a equivalência econômica entre as áreas permutadas;

9.2. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250 do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, no âmbito de suas competências, adotem medidas concernentes à regulamentação do Decreto 8.033/2013, assegurando que:

9.2.1. em relação à implementação do art. 2°, § 1°, do Decreto 9.048/2017:

9.2.1.1. vedar a possibilidade de ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo;

9.2.1.2. restringir a hipótese de prorrogação contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de arrendamento portuário às situações em que restar demonstrado que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato:

9.2.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente;

9.2.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;

9.2.1.2.3. demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014;

9.2.1.3. vedar a possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, inclusive no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como em relação aos padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

9.2.1.4. incluir condição resolutiva a fim de impedir a eficácia da prorrogação nas hipóteses de descumprimento da nova obrigação de investimento assumida pelo arrendatário;

9.2.1.5. avaliar a imposição de limite temporal com vistas a vedar a utilização do instituto no período final do contrato;

9.2.1.6. avaliar a definição de limites que assegurem que o prazo admissível para a prorrogação guarde razoável relação de proporcionalidade com o prazo inicial do contrato;

9.2.1.7. estabelecer metodologia de avaliação e aprovação prévia de projetos e do orçamento do investimento a ser realizado, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação, de modo a assegurar que o reequilíbrio pelo investimento ocorra a preços de mercado;

9.2.2. em relação à execução de investimentos em área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013:

9.2.2.1. fixar limites objetivos, com vistas a evitar a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento e potencial comportamento oportunista dos arrendatários;

9.2.2.2. preservar o uso público das infraestruturas, não gerando qualquer preferência ou distinção de tratamento aos arrendatários ou seus clientes;

9.2.2.3. estabelecer mecanismos de fiscalização da utilização do instituto;

9.2.2.4. estabelecer parâmetros e critérios que possibilitem utilizar o cumprimento das obrigações ordinárias do arrendatário (obrigações contratuais) como subsídio para o emprego do instituto;

9.2.2.5. assegurar que o investimento tenha relação, ainda que indireta, com o serviço prestado pelo arrendatário;

9.2.2.6. incorporar o componente "planejamento" na utilização do instituto, avaliando a possibilidade e a conveniência de limitar o seu uso a casos de investimentos previstos nos instrumentos de planejamento da autoridade portuária, e de estabelecer marcos temporais para a inclusão desses investimentos nos contratos de arrendamento;

9.2.2.7. estabelecer metodologia de avaliação e aprovação prévia de projetos e do orçamento da obra a ser realizada, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação, de modo a assegurar que o reequilíbrio pelo investimento ocorra a preços de mercado;

9.2.2.8. instituir mecanismos de transparência, promovendo-se especial publicidade das propostas e da formalização de termos aditivos que incluam investimentos dessa natureza nos contratos de arrendamento, evidenciando custos considerados e impactos para os usuários dos serviços;

9.2.2.9. instituir mecanismos que coíbam potencial comportamento oportunista da autoridade portuária no dever de implantar e manter as áreas e instalações sob seu encargo, a exemplo da exigência de motivação, pela autoridade portuária, de que a realização de investimentos pelo arrendatário naquele caso é solução mais adequada do que sua execução pela própria autoridade;

9.2.2.10. instituir mecanismos de regulação tarifária e contabilidade regulatória destinados eliminar a possibilidade de incremento indevido de custos para os usuários dos serviços portuários;

9.2.2.11. vedar a utilização combinada com a prorrogação de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro;

9.2.3. em relação à possibilidade de substituição de áreas de arrendamento, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013:

9.2.3.1. instituir mecanismos que mitiguem o risco de desvirtuamento do objeto original do arrendamento, assegurando-se de manter a equivalência econômica entre as áreas permutadas e a finalidade do arrendamento;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

> 9.2.3.2. adotar medidas que coíbam potencial comportamento oportunista de arrendatários e o tratamento favorável ou desfavorável a grupos com maior ou menor poder de influência, a exemplo da utilização de instrumentos de planejamento e ampla transparência;
>
> 9.2.3.3. instituir mecanismos de participação e controle social contemplando, pelo menos, a realização de audiências públicas e a formalização de canais institucionais para denúncias e impugnações por parte de terceiros;
>
> 9.2.4. apresentem ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias, plano de ação com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos relativos aos subitens 9.2.1, 9.2.2 e 9.2.3 deste acórdão;
>
> 9.3. dar ciência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil de que a redação da Cláusula Sexta, parágrafo terceiro, da minuta-padrão de termo aditivo objeto do Parecer 706/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, ao disciplinar o disposto no art. 42-A do Decreto 8.033/2013, contraria o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira disposto no art. 9º, §§ 2º e 4º, da Lei 8.987/1995;
>
> (...)

293. Ou seja, esse precedente fala de mudanças possíveis por haver previsão legal. E mesmo com a possibilidade legal, as alterações somente podem ser feitas se dentro das regras contratuais. Mais um precedente que remete à legalidade e à vinculação ao contrato.

294. A situação atual, ao contrário, não possui fundamento legal, sendo certo que a possibilidade de alterações consideravelmente menores foi rejeitada pelo Poder Legislativo ao não aprovar a Medida Provisória 800/2017. Além disso, as alterações estão sendo realizadas sem qualquer vinculação com as regras de alteração do contrato vigente.

295. Trata-se, assim, de precedente que, ao invés de suportar a proposta apresentada, testemunha em seu desfavor.

V.5. Decisões do STF

296. Menciona-se decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e de arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

297. Veja que a própria natureza das ADI, de avaliação da constitucionalidade de uma lei, já remete à legalidade. De fato, ao julgar a ADI 5.991/DF, o STF afirmou que prorrogações necessárias ao ajuste do contrato poderiam ser feitas **de acordo com a lei** e **seguindo as regras contratuais**.

298. Isso vale também para a ADI 7.048/SP, em que a inclusão de novas linhas e os investimentos cruzados foram feitos com acréscimo ao contrato, justificando a prorrogação antecipada com fundamento na Lei 13.448/2017. Novamente, a **aderência à lei e ao contrato original**.

299. Quanto às ADPF 971, 987 e 992, tratam da confirmação da competência municipal para legislar sobre a regulação de serviços públicos de interesse local. Não se vislumbra como a confirmação da competência municipal poderia validar a proposta resultante da CSC.

V.6. Conclusão

300. Verifica-se que toda a fundamentação legal e jurisprudencial invocada para suportar a proposta negociada remete à observância da lei e a realização de alterações contratuais pelas próprias regras contratuais, ainda que pontual e limitadamente relevadas. São todas alterações que partem do contrato existente.

301. Não há nenhum caso em que o contrato preexistente e suas regras tenham sido ignorados ou que as normas legai gerais tenham sido negligenciadas. Na verdade, as disposições legais e o contrato foram as principais balizas.

302. Isso vale também para as decisões judiciais, que reafirmaram a validade das regras legais condutoras das alterações nela previstas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

303. A **legalidade** e a **vinculação ao contrato** são onipresentes nesses casos.

304. Verifica-se, portanto, que uma solução consensual não necessariamente precisa contrariar a lei nem desconsiderar o contrato existente. Nesse caso, trata-se de uma opção feita pelas partes quando do desenho da solução que foi explorada na CSC.

VI. Pontos positivos da proposta

305. Os itens anteriores abordaram as características da proposta e de seus fundamentos que a tornam de aceitação impossível, por ilegal e descolada das próprias fundamentações invocadas.

306. Entretanto, o processo de discussão e construção da proposta resultante apresentou pontos positivos, que reduzem riscos relevantes e que merecem ser destacados.

307. Importante reforçar que, embora os pontos positivos tragam mais robustez à proposta apresentada, não são suficientes para afastar sua ilegalidade, conforme tratado nos itens II e V.

308. O primeiro ponto a ser destacado foi a postura proativa e transparente da concessionária. Durante todo o processo de discussão, a concessionária foi célere no fornecimento e na produção de informação, mostrou-se disposta a esclarecer as questões levantadas e apresentou as informações de maneira organizada e clara.

309. Os números produzidos, na maior parte, tinham sua origem explicada e demonstrada, e dúvidas a seu respeito puderam ser esclarecidas com a equipe técnica da concessionária. O envolvimento da equipe técnica da concessionária, ao contrário da participação exclusiva de executivos e equipe jurídica, contribuiu para os esclarecimentos das dúvidas e a criação de um ambiente de confiança entre as partes.

310. A disponibilização e o esclarecimento de informações também contribuíram para a redução da assimetria de informações, reduzindo os riscos relacionados. Isso porque, mesmo que a concessionária fosse a única detentora da totalidade de informações, todas aquelas que foram requisitadas foram devidamente fornecidas e esclarecidas.

311. Por exemplo, o próprio questionamento sobre a necessidade da extensão de prazo do contrato (item IV.2) somente foi possível porque a concessionária apresentou informações sobre os anos de acionamento do gatilho de tráfego.

312. O segundo ponto foram condições particulares proporcionadas pelo avançado andamento da relicitação, principalmente:

lll) o desenvolvimento dos novos projetos desenvolvidos pela Infra S.A. para a relicitação da rodovia já estavam disponíveis em versões preliminares, um deles inclusive já submetido a audiência pública; e

mmm) o cálculo da indenização já havia sido escrutinado pelo TCU e vários dos questionamentos já haviam sido incorporados na versão que subsidiou as negociações.

313. A proposta de solução consensual, desde o início, se fundamentou nos custos de CAPEX oriundos das versões preliminares dos novos estudos para a relicitação do trecho. Desse modo, evitou-se a adoção de valores genéricos digitados nas células das planilhas e de valores oriundos da própria concessionária, com evidente conflito de interesse, o que reduziu a assimetria de informações.

314. Nas situações em que a concessionária pleiteou a adoção de custos de CAPEX diferentes dos do EVTEA, eles foram justificados e esclarecidos com análises técnicas.

315. O destaque aqui é para a independência dos estudos que serviram de base, e não para sua precisão, considerando que se trata de alterações em contrato existente, e não de estudo a ser levado à licitação – reforçando que o procedimento competitivo para venda da SPE não é propriamente uma licitação e possui características que prejudicam a plena competição em igualdade de condições entre a atual controladora e eventuais interessados.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

316. Os estudos não foram objeto de escrutínio pela ANTT nem pelo TCU. Aliás, nem mesmo foram concluídos pela Infra S.A. Como exemplo, aponta-se que a adoção de custos diferentes dos estudos para os contornos e os acessos se fundamentou em falhas nos cálculos dos custos constantes dos projetos, característica de estudos ainda em fase de desenvolvimento.

317. Pensando-se em alterações contratuais que retiram e que incluem novos investimentos, como é a regra legal, contratual e regulatória para as alterações contratuais, esses números não possuem a precisão necessária para proceder a tais alterações.

CONCLUSÃO

318. Esta instrução destacou o esforço da Comissão de Solução Consensual em dar consistência à proposta originalmente apresentada pelas partes – Ministério dos Transportes (MT), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. (MSVia) – para o que eles chamaram de "proposta de repactuação e reestruturação do contrato de concessão da Rodovia BR-163-MS, celebrado com a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. - CCR MSVia".

319. O esforço da comissão foi no sentido de reduzir assimetrias de informações, corrigir inconsistências em informações e valores, negociar algumas questões em aberto, reduzir riscos e gerar toda a documentação necessária para a execução do acordo, como o novo MEF e o novo PER, as minutas de aditivo e o termo de autocomposição.

320. Nesse caminho, a postura da concessionária merece destaque positivo, pois foi sempre proativa, disponível e transparente. Foi célere no fornecimento e na produção de informação, mostrou-se disposta a esclarecer as questões levantadas e apresentou as informações de maneira organizada e clara.

321. Os números produzidos, na maior parte, tinham sua origem explicada e demonstrada, e dúvidas a seu respeito puderam ser esclarecidas com a equipe técnica da concessionária. O envolvimento da equipe técnica da concessionária, ao contrário da participação exclusiva de executivos e equipe jurídica, contribuiu para os esclarecimentos das dúvidas e a criação de um ambiente de confiança entre as partes.

322. A disponibilização e o esclarecimento de informações também contribuíram para a redução da assimetria de informações, reduzindo os riscos relacionados. Isso porque, mesmo que a concessionária fosse a única detentora da totalidade de informações, todas aquelas que foram requisitadas foram devidamente fornecidas e esclarecidas.

323. Além da postura positiva da concessionária, a disponibilidade de versões preliminares dos projetos que estão em desenvolvimento para a relicitação contribuiu para a redução da assimetria de informações e deu mais consistência aos números adotados na solução.

324. Os valores negociados são oriundos de terceiro independente, com o uso de metodologia já utilizada em diversos outros projetos avaliados pelo TCU e com memória de cálculo. É verdade que se trata de versões preliminares do projeto, ainda sujeitos a correções de erros (alguns identificados durante a negociação), mas, ainda assim, muito melhores do que números exclusivamente produzidos pela concessionária, com conflito de interesse, sem transparência, rastreabilidade e memória de cálculo.

325. Apesar disso, a proposta discutida e aprovada pelas partes na CSC não pode ser aprovada pois sofre de vícios de legalidade insanáveis em razão do formato originalmente escolhido pela Concessionária e pelo Ministério dos Transportes como resultado do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 373, de 28/4/2023, do Ministério dos Transportes.

326. A proposta parte da premissa da formatação de um projeto completamente novo, exatamente nos mesmos moldes dos projetos que são levados à licitação pelo poder público, com um modelo econômico-financeiro novo, cujas obrigações são orçadas a novos preços, independentemente de já constarem do contrato original, um novo PER, novas cláusulas contratuais, nova TIR, novo prazo a contar da assinatura do termo aditivo e a tarifa calculada a partir desses parâmetros, independente da tarifa já existente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

327. A existência de um contrato anterior foi quase totalmente ignorada, dele aproveitando-se, quase exclusivamente o trecho rodoviário concedido e a concessionária.

328. A instrução aborda as questões legais envolvidas, demonstrando como a assinatura de um denominado termo aditivo de repactuação, que na prática cria um novo contrato, desvinculado da licitação que deu origem ao contrato, do lance vencedor da licitação e das regras contratuais de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, afronta a obrigação de licitar, que tem estatura constitucional e legal (art. 175 da CF88 e art. 2°, inciso II, da Lei 8.987/1995), a vinculação ao instrumento convocatório (art. 14 da Lei 8.987/1995), ao lance ofertado na licitação (art. 9° da Lei 8.987/1995) e às regras de revisão previstas em lei, no contrato e no edital (art. 9° da Lei 8.987/1995).

329. Chamou-se a atenção para o fato de a lei e os precedentes do TCU que permitem a negociação consensual em contratos administrativos não abrem brecha para a ilegalidade. Pelo contrário, **exigem explicitamente** o cumprimento das leis aplicáveis. (item II.1)

330. A violação do equilíbrio econômico-financeiro também foi destacada, demonstrando como o voto complementar do Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário exigiu sua manutenção nos casos de repactuações contratuais. (item II.2)

331. A extensão de prazo também não tem suporte legal, não atendendo nenhum dos requisitos previstos nos arts. 4°, incisos I e II, e 32, da Lei 13.448/20107, e no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995, c/c a Resolução-ANTT 6.032/2023 (RCR-3). (item II.3)

332. Durante o funcionamento da CSC, a Unidade Técnica provocou as partes a buscarem uma solução diferente, que, partindo do contrato original, atacasse as causas dos problemas que teriam levado à inviabilidade do contrato. Entretanto essa proposta não foi bem recebida pelas partes e não foi explorada.

333. A instrução apresenta a estimativa do impacto causado pelos fatores que alegadamente teriam causado a inviabilidade do contrato e demandado a solução consensual. Nove fatores foram avaliados. (itens III.1.1 a III.1.8)

334. Sem entrar no mérito sobre a legalidade das alterações, concluiu-se que a compensação tarifária para mitigar tais impactos, seria significativamente menor do que o aumento tarifário que está sendo promovido na proposta que foi discutida pelas partes. E, ainda que a mitigação dos impactos demandasse extrema flexibilização das regras contratuais vigentes, essas alterações seriam ainda menores do que a formatação de um contrato absolutamente novo, como se está pretendendo com a solução negociada.

335. Partiu-se do princípio de que o contrato era viável no início, ou seja, de que a proposta apresentada pela concessionária quando da vitória da licitação não era causa da inviabilidade, ou parte dela. Assim, a mitigação dos impactos dos fatores invocados deveria ser suficiente para retornar o contrato à viabilidade. Do contrário, teria sido uma proposta aventureira, que não levou em conta cenários realistas nem considerou a assunção futura dos riscos alocados à concessionária. Nesse cenário, uma repactuação que desfizesse a proposta apresentada iria além de buscar o retorno à viabilidade do contrato, mas premiaria uma empresa irresponsável, o que não seria aceitável. (item III.1.9)

336. No item IV destacou-se alguns pontos negativos da proposta, a partir do que o relatório da comissão aponta como se fossem pontos positivos.

337. O item IV.1 indica que a modicidade tarifária, demonstrada a partir da comparação entre a tarifa da negociação e as tarifas das versões preliminares dos projetos da relicitação, não está de fato demonstrada.

338. Primeiro porque desconsidera que a comparação se faz entre uma tarifa proveniente de um processo de negociação que se afastou deveras de qualquer regra legal, regulatória ou contratual, e uma tarifa teto de um processo relicitatório legalmente fundado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

339. Segundo porque considera que as tarifas dos projetos serão mantidas em suas versões finais.

340. Terceira porque desconsidera um provável desconto que será obtido na licitação. A média de descontos dos leilões que tiveram limitação de desconto (desde 2021 foram 7) é de 10,33%. Ou seja, a tarifa esperada no leilão cerca de 8% inferior à tarifa da negociação. Ainda que se argumente que não se pode garantir desconto numa licitação, o comportamento recente do mercado reforça que a expectativa de desconto zero é que é seria o cenário mais surpreendente.

341. Por fim, porque ignora que a compensação dos efeitos que teriam levado à inviabilidade do contrato, ou seja, a retomada da viabilidade do contrato atual, no prazo remanescente e com as obrigações originais, resultaria em uma tarifa ainda menor de cerca de R$ 11,28/100km. Em se mantendo as obrigações do projeto da repactuação, que são inferiores à do contrato, a tarifa seria ainda menor e a viabilidade do contrato, mantendo-se a proposta que levou à sua assinatura, estaria garantida.

342. No item IV.2 ficou demonstrado que a extensão contratual de 10 anos – o que levou ao prazo do novo contrato para 29 anos – foi desnecessária. De acordo com as negociações e o relatório da Comissão de Solução Consensual, a extensão de 10 anos teria sido necessária para permitir a amortização dos investimentos sob uma tarifa inferior à da relicitação e num prazo razoável.

343. Acontece que, no desenho em que a proposta foi discutida, esse prazo somente se tornou necessário em razão do volume de investimentos previstos.

344. A instrução, no entanto, contesta essa afirmação, ao avaliar os trechos de duplicação previstos no novo contrato em função do ano em que haveria o disparo do gatilho, ou seja, do ano em que aquela ampliação seria necessária para se manter o nível de serviço.

345. Concluiu-se que a maior parte das obras de duplicação, em extensão e em valor, somente seriam necessárias após o prazo original do contrato. No entanto, como a premissa sempre foi a extensão contratual, as obras foram incluídas e a extensão se tornou necessária. Se somente as obras necessárias no prazo original tivessem sido incluídas, então a extensão contratual não seria necessária.

346. Assim, a extensão contratual não é uma necessidade surgida pela exigência das obras, mas uma premissa que se justifica exatamente pela consequência da adoção dessa premissa.

347. No item IV.3 analisou-se a conclusão da comissão pela vantajosidade. De acordo com o relatório da comissão, ela teria vários aspectos, mas foi avaliado que poucos deles se confirmam.

348. A suposta antecipação de obras em 3 anos, que na verdade é uma postergação de obras em relação ao contrato vigente – deve-se ter em mente que a proposta deveria ser em torno de modificações em um contrato existente – com o resultado – duplicação da tarifa – oposto ao que se espera de uma alteração dessa natureza.

349. Na comparação com os novos projetos, a dita antecipação decorre exatamente na não realização de licitação – tendo em mente que a proposta é materialmente a assinatura de um novo contrato, sem relação com o contrato original. Trata-se de uma suposta vantagem que poderia sustentar que a Administração adote como padrão a contratação direta sem estudos preliminares e projetos, que sempre resultará em uma assinatura do contrato em prazo inferior. Ora, se esse argumento vale para o projeto de relicitação em estágio mais avançado (excluindo Via040, já licitado, e Concebra, já em análise pelo TCU), quanto mais para projetos que ainda precisam ser elaborados.

350. Ponderou-se esse tipo de argumentação com a realidade, nos casos das recentes licitações da BR-116/101/RJ/SP (vencida pela CCR RioSP) e da Ponte Rio-Niterói (vencida pela EcoPonte), cuja vantagem da prorrogação contratual sobre a realização de uma licitação

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

foram intensamente defendidas por argumentos também genéricos, mas cujos resultados mostraram uma realidade inversa.

351. Invocou-se também, a racionalidade e o planejamento amplo, não focado em um só contrato, para a oferta de uma infraestrutura eficiente. Num ambiente de visão de longo prazo e destinado a oferecer uma infraestrutura adequada, o poder público apresentou um desenho diferente para a rodovia, separando-a em dois trechos e incorporando a BR-267/MS. No entanto, com uma visão fechada para um contrato e visando benefícios de curto prazo, que avalia um esperado adiantamento de apenas 3 anos em um contrato de 30 anos, as partes optam por desconsiderar a opção que ofertaria a melhor infraestrutura para o estado.

352. O suposto aumento de CAPEX também desconsidera que a adaptação do contrato atual para fazer frente aos impactos das alegadas causas de inviabilidade resultaria em maior valor a ser investido. Na comparação realizada com os novos projetos, o maior CAPEX provém, na verdade, da execução de obras não necessárias para o atingimento do nível de serviço desejado e da adoção de valores mais caros para os mesmos investimentos.

353. Invoca-se que a solução negociada elevaria a percepção de institucionalidade, diminuição da percepção de risco e sinalização de um ambiente de diálogo capaz de atrair mais investidores nas próximas rodadas de concessão.

354. Contesta-se invocando a legalidade como pressuposto da institucionalidade e da segurança jurídica. A ação governamental contrária à lei, ao invés de promover, enfraquece a institucionalidade.

355. Do mesmo modo, a demonstração de que as regras que regem a relação de longo prazo podem ser negligenciadas para atingir objetivos de curto prazo cumpre o objetivo diverso, de criação de um ambiente negativo para os investidores.

356. Na verdade, um fenômeno estudado em relação a concessões é o tipo de investidor que as regras legais, editalícias, regulatórias e que o ambiente de negócios de um país atrai.

357. O poder público, para fazer frente às grandes e recorrentes inexecuções contratuais nas concessões rodoviárias federais tem tomado medidas, nos novos leilões e na regulação, para atrair cada vez mais investidores eficientes em executar contratos que ganhem com a execução contratual.

358. A promoção de soluções que indiquem que o poder concedente se dispõe a realizar alterações independentemente das regras contratuais e legais atrai exatamente o investidor oposto, que é eficiente em produzir ganhos com renegociações a despeito da inexecução contratual.

359. A vantagem decorrente da redução do passivo regulatório foi reconhecida, embora relativizada.

360. Por fim, concluiu-se que as supostas vantagens são menores do que as alegadas, e não compensam as desvantagens. Além do que não seriam suficientes para justificar o nível de descumprimento legal que a proposta atinge.

361. No item IV.4 foi reforçado que o processo competitivo não significa um processo licitatório. Nem mesmo o prazo mínimo de um processo licitatório comum foi seguido, muito embora se trate aqui de uma situação bastante mais complexa por envolver a apresentação ao mercado de um projeto com o qual nenhum *player* jamais teve acesso anterior (deferentemente de uma licitação comum, quando o projeto já é apresentado e discutido com mais de um ano de antecedência) e que envolve a compra de uma empresa que carrega diversos passivos e ativos (o que levaria alguns meses num processo de M&A).

362. Além disso, o processo de relicitação legalmente instituído impede a participação da atual concessionária, enquanto o processo competitivo lhe dá vantagens. Sobre essa vantagem, no caso concreto trata-se principalmente da assimetria de informações entre os potenciais concorrentes. Ainda que absolutamente toda informação viesse a ser disponibilizada, o prazo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

reduzido não permite que essa assimetria seja superada. No caso de haver ainda algum preço de compra pelo controle da SPE (o que não é o caso, pois o valor acordado foi zero), haveria, ainda, um importante barreira de entrada para os concorrentes que não afetaria a controladora atual.

363. Por fim, o item IV.5 trata da consolidação de comportamento oportunista pela concessionária e do estímulo para que outros atores, tanto os que atualmente possuem contratos ativos quanto os que venham a ingressar no mercado de concessões rodoviárias federais, adotem comportamentos oportunistas.

364. Explicou-se como um comportamento oportunista é materializado – obtenção do contrato + obtenção de melhores condições através de renegociações. Demonstrou-se como a renegociação nos moldes da proposta apresentada pela Comissão de Solução Consensual coroa esse comportamento por parte da concessionária e estimula novos *players* a adotarem comportamentos semelhantes. Afinal, não há disposição legal ou contratual que seja capaz de frear esse tipo de comportamento quando se indica que as disposições legais e contratuais não são limitadores para as possíveis negociações.

365. Ademais cria-se um ambiente que atrais investidores menos eficientes em executar contrato e mais eficientes em obter ganhos de negociações, o que resulta na oferta de uma infraestrutura mais cara e ineficiente.

366. Por fim, no item V, demonstrou-se que nem mesmo as fundamentações legais, a jurisprudência e os precedentes do TCU e a jurisprudência do STF invocada para sustentar a solução consensual dão suporte a tal acordo.

367. Isso porque a proposta resultante da comissão desatende os mais importantes requisitos de todas as fundamentações.

nnn) LINDB: proporcionalidade e legalidade;

ooo) Princípio da mutabilidade dos contratos: vinculação e proporcionalidade com as causas que demandam a mutabilidade; vinculação ao contrato;

ppp) Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário: manutenção da proposta; manutenção do contrato;

qqq) TAC da CRO: manutenção do contrato; alterações promovidas naquele contrato, de monta muito inferiores, não são admitidas em outros contratos;

rrr) Prorrogação de concessões portuárias: autorização em lei; limitando-se às regras do contrato; e

sss) Decisões do STF: ADI reafirmam que prorrogações necessárias ao ajuste do contrato podem ser feitas **de acordo com a lei** e **seguindo as regras contratuais**; ADPF não têm relação com a questão, pois somente confirmam a competência municipal para legislar sobre a regulação de serviços públicos de interesse local.

368. Á única disposição comum em todos os fundamentos invocados é a permissão para a realização de alterações contratuais. Não há, no entanto, **nenhuma** afirmação em qualquer desses fundamentos que possam levar ao entendimento que tal permissão é absoluta e afasta até a observância da Constituição Federal. Na verdade, todas apontam para balizas, limitadores, relacionados à legalidade e à observância das regras contratuais de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

369. Assim, afirma-se que a proposta aprovada pela CSC não possui amparo legal, nem mesmo nos dispositivos que supostamente a ampararam, sendo certo que descumprem, além dos próprios supostos fundamentos, outros dispositivos legais e constitucionais (questão tratada no item II).

370. Por isso, entende-se que o Tribunal deve rejeitar a proposta de solução consensual e arquivar o presente processo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

371. Encaminho à consideração superior, propondo:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

ttt) recusar a proposta de solução consensual elaborada pela Comissão de Solução Consensual no âmbito de solicitação formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres em relação ao contrato com a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A., nos termos do art. 10 da Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22/12/2022;

uuu) arquivar os presentes autos.

5. Após Ministro Presidente (peça 107) ter definido a relatoria do presente processo, os autos foram encaminhados para, nos termos da IN TCU 91/2022, a manifestação (peça 111) do Ministério Público junto ao TCU, cujo teor transcrevo a seguir:

> Trata-se de Solicitação de Solução Consensual (SSC), formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e endereçada a este Tribunal, nos termos da Instrução Normativa-TCU 91/2022. O objetivo da presente SSC é o de resolver controvérsias relacionadas ao Contrato de Concessão de Serviço Público celebrado em 12 de março de 2014 entre a ANTT e a Concessionária de Rodovias Sul-Matogrossense S.A. (MSVia) e oriundo do Edital de Concessão nº 005/2013 - Parte VII.
>
> Esse contrato tem por objeto a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do Sistema Rodoviário constituído pela BR-163/MS, cujo trecho corresponde a 847,2 km, tendo início na divisa com o estado do Mato Grosso e fim na divisa com o estado do Paraná.
>
> A Comissão de Solução Consensual (CSC) constituída para atender ao objetivo deste processo foi composta por representantes das partes diretamente envolvidas nas controvérsias – ANTT, Ministério dos Transportes e concessionária MSVia –, além de representantes da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação) e da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), sendo esta última a responsável pela coordenação e supervisão dos trabalhos.
>
> Com o término dos trabalhos da CSC, foi produzido o relatório final da comissão (peça 62), bem como uma minuta de termo de autocomposição (peça 63). Esse relatório e a minuta de termo de autocomposição contaram com a concordância dos representantes da ANTT (peças 89 a 96), do Ministério dos Transportes (peça 86), da concessionária MSVia (peça 68) e da SecexConsenso (peças 104 a 106), que propuseram a assinatura do termo para resolução das controvérsias. A AudRodoviaAviação, por sua vez, apresentou posicionamento divergente do restante da CSC, propondo recusar a proposta de solução consensual (peças 87 e 88).
>
> Considero relevante destacar que a manifestação deste Ministério Público junto ao TCU decorre do art. 8º da IN-TCU 91/2022, que define que este *parquet* deve se manifestar em sede de processos de SSC, no prazo de até 15 dias, sobre a proposta apresentada pela respectiva CSC.
>
> De início, passo a expor breve contexto da concessão objeto da discussão destes autos. Conforme dito, trata-se de concessão da exploração da BR-163/MS, atualmente sob gestão da concessionária MSVia. Tal avença foi firmada em 12/3/2014, com o prazo de 30 anos, prorrogáveis por outros 30, tendo a concessionária oferecido desconto de 52,74% sobre a tarifa-teto de R$ 0,09720/km e com a tarifa básica de pedágio (TBP) sido fixada em R$ 0,04381/km (data-base março/2012).
>
> Conforme delimitado pela ANTT em seu relatório de acompanhamento de obras (peça 75), previamente à cobrança de pedágio pela concessionária era necessária a duplicação de 10% da rodovia (cerca de 85 km) até o 18º mês após a data de assinatura do Termo de Arrolamento e Transferência de Bens, que ocorreu em 11/4/2014. Até dezembro/2015, a concessionária teria duplicado 90 km ao longo de dez trechos da rodovia, além de ter implantado 17 bases operacionais e 9 praças de pedágio.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Por além dessa obrigação inicial para o início da cobrança de pedágio, o Programa de Exploração da Rodovia (PER) também definia outras obrigações a serem cumpridas durante a vigência contratual. Dentre essas obrigações, destaco a de realização de intervenções para duplicação dos seguintes trechos da rodovia (peça 74, p. 32):

	Trecho a ser duplicado	%
Ano 1	129,0 km	16%
Ano 2	193,5 km	24%
Ano 3	274,1 km	34%
Ano 4	209,7 km	26%
Total	**806,3 km**	**100%**

O relatório de acompanhamento da ANTT quanto às principais obras deixa assente que 150,44 km de rodovia chegaram a ser efetivamente duplicados e liberados ao tráfego (peça 75, p. 6). O que se tem, portanto, é que dos 806,3 km de trechos rodoviários que já deveriam ter sido duplicados pela concessionária, apenas 18,66% efetivamente o foram.

Ademais, o Programa de Exploração da Rodovia definia a obrigação da concessionária de realizar uma série de intervenções em diferentes frentes. Dentre essas intervenções constavam obras em trechos urbanos, obras emergenciais, recuperação de canteiros centrais, faixas de domínio, edificações e instalações operacionais, além de implantação de passarelas, contornos e interconexões. Tais intervenções, de forma similar às obrigações de duplicação da rodovia, também não foram cumpridas em sua integralidade, conforme se verifica no relatório de acompanhamento de obras da ANTT.

Destacou-se no relatório da CSC que, à época do leilão da BR-163/MS, foi oferecido desconto de 52,74% pela concessionária vencedora diante de cenário de otimismo econômico. Todavia, esse cenário não se concretizou e o contrato passou a enfrentar desafios para se manter economicamente. Segundo o relatório da CSC (peça 62, p. 3), (i) as taxas de juros oferecidas pelo BNDES subiram; (ii) a demanda não se concretizou; (iii) o preço do principal insumo das rodovias, o asfalto, derivado do petróleo, subiu muito mais do que o IPCA (índice de correção das tarifas); e (iv) houve atraso e fragmentação no processo de obtenção das licenças ambientais, a cargo do Poder Concedente.

Diante disso, em 2019 a concessionária MSVia solicitou, nos termos da Lei 13.448/2017, a relicitação da concessão da BR-163/MS, a partir da devolução amigável do trecho ao poder público. A partir daí, a rodovia passou a não mais receber investimentos e se estagnou com manutenção reduzida.

Insta destacar que a relicitação foi instituída pela Lei 13.448/2017, tendo por objetivo extinguir amigavelmente uma concessão e licitar novamente o objeto de contratos cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Todavia, segundo a CSC, a relicitação passou a se mostrar como um cenário não vantajoso para as tratativas dos problemas na concessão da BR-163/MS, tendo em vista que aguardar um leilão pelas vias da relicitação faria com que houvesse demora de vários anos para que investimentos voltassem a ser realizados por um novo concessionário.

A CSC estimou em seu relatório que, na hipótese da relicitação da Lei 13.448/2017, um novo leilão levaria, no melhor cenário, 2 anos para ser concluído, com outros 3 anos sendo necessários até que se desse início ao cumprimento de obrigações de realização de investimentos por eventual novo concessionário. Além disso, a CSC definiu que a declaração de caducidade da concessão também seria inviável, considerando se tratar de processo litigioso e com riscos de judicialização.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

Assim, entendeu a CSC que, para a concessão ora em análise, a melhor solução seria a reformulação do contrato original. Para isso, seria necessário renegociar e redesenhar o contrato, em caráter excepcional, para que a avença passasse a ser viável e sustentável financeiramente, para que novos investimentos fossem feitos na rodovia e para que fossem incorporadas melhores práticas regulatórias no contrato.

Considero relevante colacionar o seguinte trecho do relatório da CSC, que traz de forma resumida as alterações tidas como necessárias ao contrato para solução das controvérsias levantadas neste processo de solução consensual (peça 62, p. 5):

> 17. O novo desenho contratual propõe a reprogramação de investimentos, com 203 km de obras de duplicação, execução de 5 contornos urbanos, 147 km de terceiras faixas, 23 km de vias marginais e diversos outros tipos de investimentos no sistema viário, concentrando investimentos exequíveis nos próximos 3 anos. Os valores dos investimentos foram atualizados para refletir o aumento do valor de insumos e corresponder aos valores de mercado. Assim, a equação econômico-financeira foi reequilibrada. Haverá revisão da tarifa, e para adequação da modicidade tarifária, haverá degraus tarifários crescentes. A tarifa final e média estão abaixo do estimado para um novo leilão. Por fim, para que a tarifa comporte todos os investimentos, a proposta de Solicitação de Solução Consensual, considera que, a partir da celebração do Termo Aditivo de Modernização, haverá a ampliação do prazo por 10 (dez) anos, ou seja, o prazo remanescente do Contrato de Concessão será de 29 (vinte e nove) anos, atendendo ao previsto nas premissas da Portaria MT n. 848/2023 (art. 3º, XIX).
>
> 18. A atualização nas cláusulas de gestão do contrato com padronização aos moldes regulatórios atuais da ANTT, que incluem descontos para usuários frequentes, isenção para motos, adequação do nível de serviço e o atendimento a padrões de ESG. As modernizações regulatórias se devem muito à curva de aprendizado do poder público nas concessões de rodovias, de modo que mudanças robustas ocorreram na elaboração dos contratos ao longo dos anos, como as travas para os altos deságios nos leilões, criação de contas vinculadas, compartilhamento de riscos mais equânimes e proporcionais, introdução de Fluxo de Caixa Marginal e fatores: frutos de erros e acertos do Estado Brasileiro enquanto regulador de serviços públicos concedidos.
>
> 19. Para garantir a execução dos investimentos propostos, haverá um Período de Transição de 3 (três) anos, quando a fiscalização será trimestral. No caso de descumprimentos há previsão de Extinção Antecipada Consensual, no prazo máximo de 120 dias. Esta cláusula de extinção é importante porque o peso pelo descumprimento das cláusulas aqui propostas recai tão-somente para a concessionária. Ou seja, está sendo dada uma oportunidade para redesenhar o contrato, sob a condição estrita da concessionária cumprir com o cronograma de investimentos em um prazo de 3 anos. As obras deverão ter, portanto, o seu início de forma imediata, não havendo solução de descontinuidade na prestação dos serviços e execução de obras.
>
> 20. Por fim, em busca da isonomia, do dever de licitar em sentido amplo, da seleção de proposta mais vantajosa e da calibração desse novo desenho, será promovida a possibilidade de uma troca de controle acionário em formato de leilão (levando a mercado concorrencial o ativo remodelado), implementado em forma de *sandbox* regulatório. O mecanismo competitivo visa mitigar os riscos de legalidade, risco moral e risco sistêmico identificados pela comissão.

Vê-se, portanto, que a proposta de solução consensual traz uma série de alterações contratuais que deverão ser procedidas com o objetivo de dar viabilidade econômico-financeira à concessão da BR-163/MS. Haverá mudança nas obrigações de investimentos, como, por exemplo, na redução dos trechos a serem duplicados de 806,3 km previstos no contrato original frente a 203 km previstos nos novos termos. Também haverá atualização nos custos relacionados aos investimentos a serem feitos, além de revisão do valor da tarifa.

Também está prevista a flexibilização do prazo da concessão, com a sua ampliação por mais 10 anos, passando o prazo remanescente do contrato a ser de 29 anos, frente aos 19 anos ainda previstos no contrato original. Serão adicionados ao contrato mecanismos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

regulatórios mais recentes e alinhados com práticas atuais da ANTT, bem como cláusula de extinção em caso de descumprimento das obrigações de investimentos.

Finalmente, o relatório da CSC destaca que será dada a possibilidade de troca do controle acionário da concessionária em formato de leilão, levando a mercado concorrencial o ativo remodelado, visando mitigar riscos de ilegalidade, risco moral e risco sistêmico.

A CSC destaca que, dentre os ganhos mais relevantes com a formalização das alterações contratuais, estão, no mínimo, o adiantamento de obras em aproximadamente 5 anos, o que representaria aproximadamente R$ 9,31 bilhões de investimentos totais em *Capex* (*Capital Expenditure*) e R$ 7,15 bilhões em *Opex* (*Operational Expenditure*), data-base janeiro/2022. Ademais, também está prevista a renúncia da concessionária a todos os litígios pré-existentes com pleitos da ordem de R$ 765 milhões, incluindo valores discutidos em arbitragem.

Feita essa breve contextualização, passo a expor o entendimento deste representante do MPTCU quanto à proposta de solução consensual aventada pela comissão.

Conforme exposto no relatório da CSC, as controvérsias que desencadearam a necessidade de solução consensual referem-se à necessidade de investimentos imediatos no trecho concedido diante do cenário de solicitação, por parte da concessionária, de relicitação da concessão e da inviabilidade econômico-financeira do contrato nos moldes atuais.

Aqui considero relevante ressaltar que a Lei 13.448/2017 definiu de forma clara os conceitos relativos à relicitação. Segundo o art. 4º, inciso III, desse normativo, a relicitação é 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 art. 13 da Lei 13.448/2017 estabelece que a relicitação visa assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos nas concessões em que disposições contratuais não estão sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente. Ao se formalizar uma relicitação, é assinado termo aditivo com o atual contratado, no qual ele adere irrevogavelmente à relicitação e à posterior extinção amigável do ajuste originário.

No cenário de relicitação, o art. 16 da Lei 13.448/2017 define que são impedidos de participar do certame licitatório de relicitação (i) o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução da parceria; e (ii) os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria titulares de, no mínimo, 20% do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação.

No caso de não haver interessados no processo de relicitação, o art. 20 da Lei 13.448/2017 estabelece que o contratado deve dar continuidade à prestação dos serviços públicos até a realização de nova sessão para recebimento de propostas. Persistindo o desinteresse de potenciais licitantes, os órgãos competentes devem instaurar processo de caducidade da concessão.

É possível observar que a Lei 13.448/2017 estabeleceu todos os procedimentos aplicáveis a um cenário em que um concessionário não consegue dar cumprimento ao contrato de concessão a que está vinculado. Foi normatizada pelo Congresso Nacional a hipótese de relicitação de um contrato, com todos os trâmites que permitem com que um contrato seja extinto amigavelmente, relicitado a novos interessados e, nesse ínterim, permaneça com os serviços públicos referentes a ele sendo prestados pelo concessionário que optou por extinguir seu próprio contrato, de modo a dar continuidade aos serviços prestados à sociedade.

No que se refere à concessão da BR-163/MS, a concessionária MSVia, seguindo os devidos trâmites legais aplicáveis, solicitou ao poder público, em 2019, a relicitação de seu contrato. Conforme bem explanado no relatório da CSC (peça 62, p. 13), o pedido de relicitação chegou a ser qualificado pelo então Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e, após isso,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

houve a formalização de três termos aditivos prorrogando o prazo para conclusão da relicitação. Atualmente, o último termo aditivo firmado obriga a atual concessionária a manter a continuidade da prestação dos serviços públicos até 11/3/2025.

Contudo, a CSC ressaltou que a decisão pela relicitação faria com que os investimentos na BR-163/MS só fossem efetivamente concluídos no ano de 2032. Diante disso, um grupo de trabalho foi criado para que fossem discutidos cenários possíveis e viáveis para a solução consensual da concessão, tendo em vista a necessidade de investimentos imediatos, visualizada a partir do descontentamento de usuários da rodovia.

De modo a confirmar essa premissa do atraso em relicitações, a CSC trouxe em seu relatório exemplos de outros pedidos de relicitação que apresentaram morosidade. De acordo com a Comissão (peça 62, p. 14), as concessões da Via 040 e da Autopista Fluminense tiveram seus decretos de qualificação para relicitação publicados em 2020 e 2022, respectivamente, e, até o momento não tiveram seus processos concluídos. O Ministério dos Transportes teria apontado, segundo a CSC, que se pode considerar que 5 anos, contados a partir da formalização do pedido de relicitação, seriam o prazo até que se verificasse a efetiva realização de investimentos.

No entendimento do Ministério dos Transportes, da ANTT e da SecexConsenso, a maneira de evitar essa morosidade tida como característica dos processos de relicitação, seria a atualização contratual pela via da solução consensual, utilizando como fundamento nas Portarias 372/2023 e 848/2023 do Ministério dos Transportes.

O que se tem em discussão nos presentes autos está relacionado, primordialmente, com a impossibilidade de que o concessionário dê cumprimento ao contrato nas atuais condições econômico-financeiras. Isso, por si só, já caracteriza de forma cristalina a possibilidade de que ele pleiteie a relicitação de seu contrato, já que as condições contratuais não estão sendo atendidas e o concessionário demonstrou incapacidade de adimplir com suas obrigações, consoante o disposto no art. 13 da Lei 13.448/2017.

Tal possibilidade é tão claramente definida pela lei que o próprio concessionário formalizou seu pedido de relicitação, atualmente com previsão para conclusão em 2025. Contudo, a atual discussão de solução consensual visa instituir procedimento mais célere que o instituto da relicitação, este último, frisa-se, normatizado pelo Poder Legislativo. Sob a pretensa alegação de que investimentos serão realizados de forma imediata, a CSC apresenta proposta de reformulação completa do contrato e, mais ainda, de permissão que o atual concessionário participe do processo de seleção da empresa que executará a concessão.

Contudo, vejo que é nítida a incompatibilidade dessa proposta com o ordenamento jurídico vigente. A Lei 13.448/2017 não poderia ser mais explícita ao dizer, em seu art. 16, que estão impedidos de participar do certame licitatório de relicitação o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução da parceria.

A Lei 13.448/2017 também estabelece que, no contexto da relicitação, novos estudos são desenvolvidos, devendo constar, nos termos do art. 17, a modelagem econômico-financeira, as estimativas de custos, o cronograma de investimentos. Tais estudos, posteriormente, subsidiam o projeto que será levado ao mercado via instituto da relicitação.

No presente caso, a CSC pretende realizar alteração contratual na magnitude em que a Lei 13.448/2017 permite no contexto de relicitação, que, repiso, é oferecida ao mercado e tem riscos dirimidos por meio da competição entre interessados. Todavia, com o importante detalhe de que o atual contratado poderá seguir com explorando o contrato. Entendo como inadmissível que haja um descumprimento tão latente do que fora definido anteriormente pelo legislador.

Por óbvio, concordo com a CSC que a necessidade de investimentos de forma imediata é fato relevante a ser considerado nas análises regulatórias. Todavia, não pode tal necessidade prevalecer sobre o cumprimento da lei. Não vislumbro qualquer benefício à segurança jurídica com a formalização do termo de autocomposição trazido pela CSC. Pelo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

contrário, entendo que se está criando precedente perigoso no qual um contrato está sendo alterado em aspectos relevantes e, inclusive, dando mais prazo para que um concessionário inadimplente preste serviços públicos.

Caso seja formalizado o termo de autocomposição proposto pela CSC, vislumbro também prejuízos ao princípio basilar de obrigatoriedade de licitação e ao princípio da impessoalidade. Ora, um novo contrato será outorgado à MSVia sem que esta tenha a permissão legal de participar de um eventual certame quanto a esse objeto. Saliento, mais uma vez, que a Lei 13.448/2017 vedaria a participação da atual concessionária no certame de relicitação.

Ademais, a magnitude das alterações contratuais pretendidas pela CSC denota atenção não apenas deste *parquet*, mas de todas as instâncias do Tribunal. Insisto que, por além da inclusão de novas obrigações de investimentos e da atualização de custos na modelagem, serão dilatados prazos contratuais em 10 anos. A atual concessionária, que venceu certame para exploração de serviço público por 30 anos, prorrogáveis por outros 30, poderá se beneficiar com contrato de duração ainda maior.

Ainda que o relatório da CSC alegue que se pauta "pela preservação dos princípios da transparência, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, legalidade, moralidade, segurança jurídica e efetividade" (peça 62, p. 24), entendo, com as devidas vênias, que diversos desses princípios estão deixando de ser observados para que se proceda à alegada obtenção de benefícios com a antecipação de investimentos.

De certo, soluções consensuais podem ser melhores e mais eficazes que atos unilaterais do Poder Público – considerando que não são objeto de recurso, por exemplo; contudo da forma como vem ocorrido nestes autos, a meu ver, há elevado risco diante da possível inovação jurídica.

Interessante considerar que esta Corte de Contas já analisou aspectos relativos à relicitação de contratos de concessão no âmbito do TC 008.877/2023-8, que tratou de consulta formulada pelo Ministro dos Transportes e pelo Ministro de Portos e Aeroportos. A consulta versava acerca da irrevogabilidade e da irretratabilidade de pedidos de relicitação por parte de concessionários e as balizas que deveriam ser levadas em consideração quando de eventual encerramento de processo de relicitação.

Naqueles autos foi prolatado o Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo. Esse *decisum* trouxe, em seu subitem 9.4.4., a seguinte resposta aos consulentes:

> 9.2. responder aos consulentes que:
>
> (...)
>
> 9.2.4. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:
>
> (...)
>
> 9.2.4.4. a formalização de novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, **mantendo-se, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor**, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019; (grifos meus)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

É possível observar a clareza com a qual esta Corte deliberou no sentido de que um novo termo aditivo que substitua um termo aditivo de relicitação deve manter, quanto ao contrato em vigor: (i) a natureza do objeto contratual; (ii) o equilíbrio econômico-financeiro da avença; (iii) os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos; e sempre (iv) durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor. Conforme explicitado neste parecer, o termo de autocomposição alterou completamente a modelagem econômico-financeira do contrato de concessão da BR-163/MS e o seu próprio prazo de vigência contratual.

Mais claro ainda é o voto complementar apresentado pelo Ministro Relator nos autos do TC 008.877/2023-8 (peça 19 daquele processo):

> 48. No setor rodoviário, o resultado obtido nos leilões foi a menor tarifa básica de pedágio em razão do deságio ofertado à época. Essa tarifa compõe a equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente, de maneira que esse equilíbrio deve ser mantido ao longo da duração do contrato.
>
> (...)
>
> 50. Assim sendo, uma eventual repactuação das condições contratuais não pode servir de azo para descaracterizar o contrato de concessão oriundo de certame competitivo.
>
> (...)
>
> 55. Os contratos de concessão vigentes possuem cláusulas específicas sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira que sempre que forem atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Além disso, os contratos de concessão preveem meios, critérios e princípios para a recomposição, entre outros aspectos.
>
> 56. Nesse escopo, a repactuação das condições de contratos de concessão vigentes não pode servir para rasgar o atual contrato oriundo de processo licitatório competitivo para substituí-lo por um novo contrato sem licitação.

Ou seja, é entendimento do douto relator, acompanhado pelo Pleno do Tribunal, de que uma repactuação contratual não pode fazer com que seja descaracterizado o contrato oriundo de certame licitatório. Além disso, uma repactuação não pode ser utilizada como justificativa para que seja rasgado o atual contrato e para que este seja substituído por um novo contrato sem licitação.

Também considero relevante trazer à baila a discussão realizada neste Tribunal no âmbito do TC 030.098/2017-3. Aqueles autos trataram de acompanhamento dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) decorrentes de alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017, que alterou o Decreto 8.033/2013 e regulamentou a Lei 12.815/2013.

Em síntese, o Decreto 9.048/2017 havia trazido uma série de inovações ao setor portuário, permitindo, por exemplo, a extensão do prazo inicial de contratos de arrendamento portuário para até 35 anos, podendo ser prorrogados por sucessivas vezes até o limite máximo de 70 anos. Esse decreto permitia, inicialmente, a adaptação de contratos de arrendamento às novas regras, aumentando a duração dessas avenças.

Em detida análise por parte desta Corte de Contas, contudo, tais inovações trazidas pelo decreto foram rebatidas, tendo em vista suas afrontas a princípios e leis. O Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, diante disso, determinou, em seu item 9.1, que o MTPA se abstivesse de celebrar termos aditivos de adaptação ou, conforme o caso, termos aditivos de prorrogação, dos contratos de arrendamento vigentes às regras do Decreto 8.033/2013, com a redação conferida pelo Decreto 9.048/2017, contendo cláusulas que possibilitem:

> 9.1.1. a ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise **que considere como**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo;

9.1.2. a extensão do prazo de vigência máximo originalmente previsto, mediante prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, desprovida de análise que demonstre que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato de arrendamento:

9.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente;

9.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante;

9.1.2.3. demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014.

No voto condutor do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, o Ministro Relator trouxe as seguintes reflexões (peça 75, p. 10 do TC 030.098/2017-3):

> 54. Para além disso tudo, no meu entender, a pretensão de adaptar os contratos atuais às novas regras do regulamento opera duas gravíssimas irregularidades. Em primeiro lugar, permitiria suprimir, por via regulamentar, o dever constitucional de licitar, pois nada impediria que subsequentes decretos sejam sendo editados de forma a estender ainda mais os prazos de vigência dos atuais contratos.
>
> 55. Refuto com veemência o argumento retórico de que a licitação não deve ser utilizada como um fim em si mesmo. Além de assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa, esse instituto visa a garantir o princípio constitucional da impessoalidade e o da isonomia, os quais se tornariam letra morta caso se permitisse que, genérica e deliberadamente os contratos de arrendamento atuais pudessem ser prorrogados até o limite de setenta anos, em desacordo com as suas cláusulas originais.
>
> 56. Aceitar essa situação equivaleria a beneficiar o seleto grupo de arrendatários que já dispõem de contratos junto ao poder público, em detrimento da potencial entrada de novos agentes, ao arrepio do princípio da impessoalidade.
>
> 57. A segunda irregularidade gravíssima é que tal medida também possibilitaria fulminar a obrigação de celebrar contratos de concessão por prazo determinado, consoante o art. 2°, inciso II, da Lei 8.987/1995, c/c o art. 23, inciso I, da referida lei. Nada impediria que, de tempos em tempos, a via regulamentar fosse utilizada para modificar a vigência dos ajustes.

Entendo que todos os trechos que colaciono acima são perfeitamente aplicáveis à presente discussão. Ora, o instituto da relicitação visa, justamente, possibilitar que concessionários inadimplentes venham a extinguir suas avenças de forma amigável com a administração para que, então, seja obedecido o princípio do dever de licitar ao se buscar novo interessado em cumprir com as obrigações contratuais atualizadas.

Importante trazer também trecho do voto condutor do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, que define (peça 75, p. 12, do TC 030.098/2017-3):

> 65. Deve ser ainda rechaçada qualquer possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, especialmente no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como com os padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço. É evidente que não há fundamentação adequada que justifique premiar com maior prazo o concessionário que não fez os investimentos inicialmente previstos na expectativa de que, agora, ele fará outros investimentos.

Também entendo que essa análise está diretamente ligada à discussão destes autos. Conforme bem delimitado pela CSC em seu relatório, a concessionária MSVia, ainda que justifique seus descumprimentos com base no cenário macroeconômico, não deixa de ser concessionária inadimplente com a administração pública. Esse inadimplemento, inclusive, é

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

assumido pela própria concessionária quando esta pleiteia, ainda em 2019, a relicitação de seu contrato.

Por além disso, vejo que aquela discussão do TC 030.098/2017-3 continha elemento atenuante. Tratava-se de possibilidade de mudança de duração de contratos por meio de autorização de um decreto do Poder Executivo. Na discussão dos presentes autos, a mudança da duração do contrato não está avalizada sequer por decreto. Não há qualquer permissão legal ou mesmo infralegal que autorize que a Comissão de Solução Consensual venha a definir termo de mudança no contrato tão significativa que lhe concede até mesmo mais prazo do que o previsto na avença original.

Adaptando-se palavras do voto condutor do Acórdão 1.446/2018-TCU-Plenário, nada impede que, de tempos em tempos, a via consensual venha a ser utilizada para modificar a vigência de ajustes. Ora, se esta Corte decidir por autorizar a alteração da duração do contrato de concessão da MSVia na instância de solução consensual, não vejo o que poderia impedir que isso venha a ser utilizado futuramente para que o atual concessionário continue operando por período ainda mais longo. Bastaria um novo cenário macroeconômico desfavorável à concessão para que fosse pleiteado mais prazo para cumprimento de obrigações.

A modernização do contrato pretendida pela CSC, nas palavras da própria comissão (peça 62, p. 35), visa "construir um novo projeto de parceria, pautado por uma nova equação econômico-financeira, partindo de dados e informações reais coletados ao longo dos anos de concessão existentes". Está sendo criado, claramente, um novo projeto que, por óbvio, deveria ser licitado.

No âmbito da solução desenvolvida pela CSC, a tentativa de não burlar o princípio da obrigatoriedade da licitação passa por oferecer o controle acionário da concessionária atual ao mercado, por meio de leilão. Foi definida a possibilidade da Transferência Definitiva de Controle da SPE (concessionária MSVia) do grupo CCR para outro grupo controlador, tendo em vista as profundas atualizações na modelagem econômico-financeira desenvolvidas pela solução consensual.

De modo a buscar dar atendimento aos dispositivos legais referentes ao necessário procedimento licitatório que deveria ser conduzido, a CSC definiu em seu relatório (peça 62, p. 52) que será realizado "processo competitivo para seleção de proponente interessada em assumir o controle da concessão, com oferta da Transferência Definitiva de Controle da SPE da Concessão da MSVIA ao mercado".

A CSC definiu que esse processo de adequação contratual para troca total ou parcial de acionistas seria alternativa eficaz e legal ao processo de repactuação em curso, para fins de mitigação dos riscos morais e sistêmicos e das assimetrias de informação. No entendimento da CSC, esse processo competitivo seria célere, a realizar-se em menos de 6 meses e haveria a continuidade da prestação do serviço público mesmo em caso de uma nova concessionária assumir o controle da atual.

No relatório a CSC utiliza como fundamento jurídico para realização desse processo competitivo a Resolução-ANTT 5.927/2021, que estabelece procedimentos a serem observados por concessionários para análise de transferência de concessão ou de controle acionário de concessionária. Também traz discussões realizadas no Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.946/2022, nas quais teria sido decidido que não é necessária a realização de licitação prévia para transferência de concessão ou do controle societário da concessionária.

Não obstante, tenho ressalvas quanto a estes fundamentos jurídicos trazidos pela CSC. De início, a Resolução-ANTT 5.927/2021 trata especificamente de casos em que pode haver a transferência de controle societário de concessionárias. Tal normativo, contudo, foi instituído para definir que é necessária a anuência prévia da ANTT para esse tipo de operação e, justamente, para evitar com que concessões viessem a ser negociadas entre grupos empresariais e houvesse, durante a execução contratual, a transferência de controle de uma concessionária a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

outras empresas que não tivessem, de forma devida, vencido o respectivo procedimento licitatório.

Esse normativo da ANTT visa, em síntese, dar força à necessária vinculação entre o vencedor do certame licitatório e a gestão do contrato de concessão. Cabe à ANTT dar anuência prévia a essas operações, de modo a não permitir com que terceiros venham a se beneficiar de forma indevida com a operação de um contrato de concessão de serviço público.

Já quando o relatório da CSC utiliza conclusões do julgamento da ADI 2.946/2022 para tentar fundamentar a legalidade do denominado "processo competitivo", também entendo caber uma série de ressalvas. Ora, naquele âmbito não houve qualquer discussão que traga conclusões de que o poder público pode definir procedimento que substitua aqueles já definidos legalmente e que venha a dar cumprimento ao princípio do dever de licitar.

De acordo com as conclusões daquele julgado, a visão do STF foi a de que a anuência prévia da administração pública quanto à transferência do controle de uma concessionária visa justamente assegurar que a exigência constitucional de licitação prévia está sendo observada, sendo a anuência prévia a ferramenta para preservar os efeitos jurídicos da licitação.

Nessa toada, foi bem destacado pelo Ministro Dias Toffoli que em uma transferência de controle societário, é mantido o contrato original, procedendo-se apenas uma modificação contratual subjetiva. Na discussão, o Ministro inclusive menciona que a transferência se diferencia de uma subconcessão pois nesta última é instaurada uma nova relação jurídico-contratual nova e distinta da anterior. Entendo que, no caso da concessão da BR-163/MS, são trazidas mudanças tão significativas que não há qualquer possibilidade de se dizer que o contrato original está mantido.

O STF foi claro em suas discussões quanto à constitucionalidade da transferência de controle societário de concessionárias. Contudo, tal constitucionalidade está vinculada à anuência prévia que será dada pela administração pública e, mais importante ainda, vinculada à necessidade de manutenção do mesmo objeto contratual, das mesmas obrigações contratuais e da mesma modelagem econômico-financeira, o que, claramente, não é o caso das mudanças pretendidas pela CSC no contrato da concessão da BR-163/MS.

Ademais, considero relevante trazer também os aspectos levantados pela AudRodoviaAviação quanto aos prejuízos que um eventual novo interessado teria ao participar do "processo competitivo". Conforme bem delimitado por aquela unidade técnica no parecer divergente das conclusões da CSC (peça 87, p. 34), um novo interessado que não a atual concessionária, MSVia, deveria realizar seus estudos e projeções baseado apenas em estudo realizado pela própria MSVia.

Ainda, a celeridade que se busca dar com o "processo competitivo" impediria que eventuais novos interessados pudessem estudar as premissas da atual concessionária para verificar sua procedência e fidedignidade. Como colocado pela AudRodoviaAviação, a assimetria informacional está claramente posta em prejuízo a novos entrantes.

Em um processo regular de licitação (ou até mesmo de relicitação), os procedimentos foram pensados pelo legislador para que não haja prejuízos à competição que deve ser buscada numa situação como a que está em discussão. Quando se trata de concessões de serviços públicos, há extensa lista de normativos nos quais o legislador estabeleceu procedimentos aplicáveis, dentre os quais destaco a Lei 8.987/1995.

Em seu cap. V, a Lei 8.987/1995 estabelece a obrigatoriedade de que a concessão de serviço público seja precedida de licitação. Ali o legislador estabeleceu uma série de procedimentos relativos aos critérios de julgamento, aos critérios de classificação de propostas, aos necessários termos dos editais licitatórios e às características das empresas e consórcios que podem participar de certames. Não vislumbro a correspondência exata entre os termos legais e o novo instituto do "processo competitivo" definido pela CSC, que, em verdade, busca celeridade,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

mas traz assimetrias de informação relevantes ao processo, além de risco moral que pode vir a beneficiar a atual concessionária.

Vejo a discussão dos presentes autos como uma tentativa de inovação jurídica sem precedentes por parte da SecexConsenso. Conforme já destacado previamente, as alterações contratuais são tão relevantes que a modelagem só se sustenta com a inclusão de 10 anos adicionais ao contrato, prazo este superior ao definido na avença inicial. A modelagem sofreu tantas mudanças que somente com um novo contrato de 10 anos de maior duração será possível que um concessionário dê cumprimento às novas obrigações.

Tais alterações contratuais passam por:

1) Alteração no *Capex* previsto na modelagem econômico-financeira: 203 km de duplicação em até 9 (nove) anos contados da assinatura do Termo Aditivo de Modernização (sendo 75 km de duplicações nos três primeiros anos); 150 km de faixas adicionais, 23 km de vias marginais, 467 km de acostamento, 28,8 km de contornos, referente aos Contornos de Mundo Novo, Eldorado, Itaquiraí, Vila São Pedro e Vila Vargas;

2) Alteração no *Opex* previsto na modelagem econômico-financeira: atualização de parâmetros de desempenho de pavimento, aos tempos de atendimento médico e mecânico, às obrigações relacionadas aos sistemas de monitoramento e à introdução de padrões de desempenho socioambientais do *International Finance Corporation* (IFC);

3) Atualização da projeção de tráfego durante o período da concessão: a projeção passa a considerar crescimento anual de 1,44% na demanda de tráfego;

4) Alteração do prazo do contrato original: a proposta de Solicitação de Solução Consensual considera que, a partir da celebração do Termo Aditivo de Modernização Definitivo, o prazo remanescente do Contrato de Concessão será de 29 anos;

5) Atualização da tarifa: para assegurar a viabilidade econômico-financeira, foram definidos novos parâmetros para cálculo e atualização da tarifa.

Tem-se, portanto, que a modelagem econômico-financeira da concessão da BR-163/MS foi substancialmente alterada, com a inclusão de novos valores de investimentos em *Capex*, novas despesas de *Opex* e, mais preocupante, a concessão de prazo adicional ao previsto na avença original.

Esta Corte de Contas estaria autorizando não apenas a definição de um novo contrato por uma comissão de solução consensual, mas também permitindo que uma nova modelagem seja outorgada sem a observância do princípio do dever de licitar. Saliento aqui, novamente, todas as críticas ao "processo competitivo" pensado pela CSC. Mesmo com essa inovação, entendo que se está ferindo de morte o princípio do dever de licitar.

Além disso, vejo com grande preocupação uma eventual permissão deste Tribunal à possível burla aos procedimentos afetos ao instituto da relicitação, nos termos da Lei 13.448/2017. Ora, a MSVia, que solicitou formalmente a relicitação da concessão sob sua gestão, estaria, caso seguidos os devidos ditames da Lei 13.448/2017, impedida de participar do processo de relicitação.

Agora, em instância de solução consensual, a concessionária terá seu contrato alterado e, mais ainda, poderá participar do denominado "processo competitivo" e poderá continuar a operar a concessão. Vejo isso como uma inovação que vai de encontro à vontade do legislador, este sim apto a definir procedimentos para outorgas de concessões de serviços públicos.

Entendo que, atualmente, já há institutos legais definidos para a solução dos problemas da concessão da BR-163/MS. Vejo como louvável a tentativa da CSC de dar solução

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

às controvérsias que prejudicam a execução do contrato da MSVia, tendo em vista as inexecuções contratuais de responsabilidade da atual concessionária. Todavia, também vejo que o poder público está se vendo submisso à suposta vantajosidade na antecipação de investimentos, chegando a afrontar leis e princípios.

Aprovado o termo de autocomposição, a MSVia receberá vantagens relativas à possibilidade de continuidade da exploração do contrato (situação que não ocorreria em nenhum dos outros cenários, quais sejam, o de relicitação e o de caducidade) e com uma equação econômico-financeira completamente renovada. Por além disso, a concessionária ainda fará jus a 10 anos de execução contratual que sequer estavam previstos na avença original.

Em meu entendimento, o que se tem nos autos são premissas completamente desequilibradas e que trazem muito mais benefícios para a concessionária. Sob uma suposta vantajosidade no recebimento de investimentos imediatos, põe-se em xeque o cumprimento de princípios fundamentais que devem reger a atuação da administração pública. Isso, por si só, já desacredita a mencionada vantajosidade tida como certa pelo relatório da CSC.

Além disso, conforme expus anteriormente, há jurisprudência recente desta Corte em que foi discutida e concluída a impossibilidade de alteração ilimitada de termos contratuais em sede de repactuações de contratos administrativos, conforme se verifica nos Acórdãos 1.593/2023-TCU-Plenário e 1.446/2018-TCU-Plenário.

Assim, entendo que não cabe a esta Corte autorizar as inovações trazidas pela CSC, considerando a clara desobediência a princípios basilares, como o do dever de licitar e o da impessoalidade, e a todos os normativos que regem as concessões de serviços públicos. Destaco que eventual autorização do Pleno deste Tribunal nestes autos criará precedente cujos impactos considero como imensuráveis, permitindo que, a partir deste momento, novas instâncias venham a poder desenvolver novos contratos e a outorgá-los a empresas sem a devida observância de trâmites licitatórios que protegem a coisa pública.

Entendo que o relatório da CSC traz pertinente tentativa de se resolver as controvérsias que assolam o contrato de concessão da BR-163/MS. Contudo, as inovações ultrapassam os limites de mutabilidade contratual sem que os devidos procedimentos licitatórios sejam observados.

Saliento, com as devidas vênias, que apenas o parecer divergente da AudRodoviaAviação, acostado à peça 87 e com o qual me alinho, tratou devidamente de todos os riscos afetos às ilegalidades e à insegurança jurídica que passarão a fazer parte da avença contratual após a assinatura da minuta do termo de autocomposição à peça 63.

Entendo ser de suma importância a transparência deste processo e a participação deste Ministério Público a fim de assegurar – ou ao menos tentar – uma decisão democrática.

Diante disso, este representante do Ministério Público, com fulcro no art. 8.º da IN/TCU 91/2022, manifesta-se no sentido de desaprovar o termo de autocomposição sugerido e de que sejam arquivados os presentes autos.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096646.

VOTO

Trago à apreciação deste Colegiado a Solicitação de Solução Consensual apresentada, nos termos da IN TCU 91/2022, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com o objetivo de resolver controvérsias relacionadas ao Contrato de Concessão de Serviço Público celebrado em 12 de março de 2014 entre a Agência Reguladora e a Concessionária de Rodovias Sul-Matogrossense S.A. (MSVia), oriundo do Edital de Concessão nº 005/2013 - Parte VII.

2. O referido contrato tem por objeto a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do Sistema Rodoviário constituído pela BR-163/MS, cujo trecho corresponde a 847,2 km, tendo início na divisa com o estado do Mato Grosso e fim na divisa com o estado do Paraná.

3. A Concessionária MSVia sagrou-se a vencedora do leilão ao oferecer um desconto de 52,74% sobre a tarifa-teto de R$ 0,09720/km, firmando o contrato de concessão que fixou a tarifa básica de pedágio (TBP) em R$ 0,04381/km (data-base em março/2012).

4. O contrato de concessão, celebrado em 12/3/2014, tem a previsão de viger pelo prazo de 30 anos (até 11/4/2044) com a possibilidade de prorrogação por igual período.

5. As principais obrigações de investimentos de ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço presentes no contrato de concessão são:

a) duplicação de 806,3 km até o 4º ano de concessão;

b) implantação de 35,3 km de vias laterais em até 12 meses após a duplicação do respectivo trecho;

c) melhoria de 3 acessos;

d) implantação de 16 passarelas;

e) implantação de 55 interconexões tipo diamante, 2 trevos completos, 5 trombetas e 13 retornos em desnível; e

f) implantação de 4 contornos em pista dupla num total de 19,4 km até o 5º ano de concessão.

6. Durante a execução do contrato, **apenas 150 km (18,5%) dos 806,6 km previstos foram duplicados, 73,7% das restaurações foram feitas, nenhum dos contornos foi executado, poucas ou nenhuma via lateral foi implantada e as pontes, os retornos e os dispositivos dos trechos duplicados foram construídos**.

7. O relatório da Comissão de Solução Consensual (CSC) (peça 62, p. 3) elencou as seguintes causas para o desempenho da concessionária: (i) as taxas de juros oferecidas pelo BNDES subiram; (ii) a demanda não se concretizou; (iii) o preço do principal insumo das rodovias, o asfalto, derivado do petróleo, subiu muito mais do que o IPCA (índice de correção das tarifas); e (iv) houve atraso e fragmentação no processo de obtenção das licenças ambientais, a cargo do Poder Concedente.

8. Os relevantes descumprimentos contratuais deram origem ao pedido, pela concessionária, de abertura do processo de relicitação do seu contrato, conforme previsto na Lei 13.448/2017. O contrato de concessão foi qualificado no âmbito do Programa de Parceria em Investimentos (PPI) por meio do Decreto 10.647/2021 e o início do processo se deu com a assinatura do 1º Termo Aditivo em 10/6/2021, com prazo inicial até 11/3/2023. Posteriormente, o 3º Termo Aditivo prorrogou a vigência da relicitação por mais 24 meses até 11/3/2025.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

9. Em 14/6/2021, o TC 016.420/2021-7, que é da minha relatoria, foi autuado com vistas a acompanhar o processo de relicitação da rodovia em questão.

10. O Ministério dos Transportes e a ANTT passaram a desenvolver estudos da nova licitação, prevendo a divisão do trecho concedido em dois segmentos independentes, a seguir descritos:

g) Rota Pantanal: referente ao trecho norte da BR-163/MS, situado entre Campo Grande/MS e a divisa MT/MS, com 379,6 km de extensão, TBP de R$ 14,20/100km (pista simples) e R$ 19,88/100km (pista dupla), data-base jan/2022;

h) Rota Tuiuiú: referente ao trecho sul da BR-163/MS e BR-267/MS, com 714 km de extensão. A versão da Modelagem Econômico-financeira (MEF), que não foi concluída (outubro/2023), indicava uma TBP da ordem de R$ 16,26/100km (pista simples) e R$ 21,14/100km (pista dupla), data-base jan/2022.

11. Atualmente, nos termos do art. 6º, §2º, da IN TCU 91/2022, após a formação da CSC, determinei o sobrestamento do TC 016.420/2021-7, que deve aguardar pelo menos o julgamento deste processo para avaliar o impacto naquele.

**

12. A Comissão de Solução Consensual (CSC) foi constituída por meio da Portaria SEGECEX 6, de 1/2/2024 e contou com a participação de representantes das partes diretamente envolvidas: ANTT, Ministério dos Transportes e Concessionária MSVia, além de representantes da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação) e da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), na condição de coordenador e supervisor dos trabalhos.

13. Ao final dos trabalhos de mediação, a SecexConsenso produziu extenso relatório (peça 62) e minuta de Termo de Autocomposição (peça 63), que foi encaminhada para os participantes para exame final.

14. Em síntese, a comissão propõe uma reformulação completa do contrato. Em relação ao contrato vigente, serão alterados: a tarifa de pedágio e de seus gatilhos de incremento de valor, o prazo de concessão, que será estendido em 10 anos, a lista de investimentos obrigatórios e os valores de CAPEX e de OPEX.

15. Além disso, as cláusulas contratuais serão totalmente substituídas por novas regrais semelhantes às que constam do modelo da 5ª Etapa do PROCROFE, que incluem a previsão de:

i) estrutura de contas vinculadas;

j) benefícios de isenções para motos;

k) descontos para usuários frequentes;

l) descontos para usuários que adotam o pagamento automático por *tag*;

m) certificação de projetos;

n) mecanismos de compartilhamento de riscos de demanda, de risco de insumos e de proteção cambial;

o) novas regras de compartilhamento de riscos geotécnicos, de desapropriações e de condicionantes ambientais;

p) reclassificações tarifárias conforme a entrega de investimentos em melhoria e ampliação de capacidade;

q) previsão de Pontos de Parada e Descanso de caminhoneiros (PPD) e de postos de pesagem automáticos; e

r) flexibilização de parâmetros operacionais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

16. A reformulação integral do contrato, que implicará em um novo equilíbrio econômico-financeiro, foi justificada pela preponderância dos benefícios aos usuários em relação à realização de um novo certame.

17. Para tanto, os membros da Secretaria de Solução Consensual defenderam a escolha do princípio da eficiência sobre o princípio da legalidade, além disso apresentaram que os riscos dessa solução, que incluem o risco moral e o risco sistêmico, poderão ser mitigados pela realização de "procedimento competitivo" para transferência do controle acionário da atual concessionária.

18. Por concordarem com a solução proposta, os representantes da ANTT (peças 89 a 96), do Ministério dos Transportes (peça 86), da concessionária MSVia (peça 68) e da SecexConsenso (peças 104 a 106) propuseram a assinatura do termo para resolução das controvérsias, todavia a AudRodoviaAviação e o Ministério Público junto ao TCU apresentaram posicionamento divergente no sentido de recusar proposta de solução consensual (peças 87 e 88).

19. Na visão da AudRodoviaAviação, a despeito do esforço da comissão no sentido de reduzir a assimetria informacional e da postura da concessionária em apresentar esclarecimentos sobre os dados utilizados como base no novo modelo econômico-financeiro, ressaltou que a solução está eivada de ilegalidades porque, em síntese, criará uma nova relação totalmente desvinculada da licitação que deu origem ao contrato, do lance vencedor da licitação e das regras contratuais de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, em afronta a obrigação de licitar (art. 175 da CF88 e art. 2°, inciso II, da Lei 8.987/1995), a vinculação ao instrumento convocatório (art. 14 da Lei 8.987/1995), ao lance ofertado na licitação (art. 9° da Lei 8.987/1995) e às regras de revisão previstas em lei, no contrato e no edital (art. 9° da Lei 8.987/1995).

20. Destacou que provocou as partes a buscarem solução distinta por meio de alterações no contrato original que atacassem as causas dos problemas relacionados à sua inexecução, todavia apontou que essa sugestão não foi bem recebida na comissão e acabou não sendo uma alternativa explorada. Ao final, propôs que o Tribunal recuse a proposta de solução consensual em análise.

21. Na mesma linha defendida pela AudRodoviaAviação, o ***Parquet*** especializado emitiu parecer no qual aponta a incompatibilidade da proposta com o ordenamento jurídico vigente, bem como defendeu que a aprovação da solução com as alterações pretendidas não traz qualquer benefício à segurança jurídica.

22. Argumentou que a proposta vai de encontro aos conceitos positivados na Lei 13.448/2017, que criou o instrumento da relicitação, e completou que a proposta da CSC cria um precedente perigoso ao permitir a continuidade da concessão sem licitação.

23. Acerca do procedimento competitivo que poderá resultar na Transferência Definitiva de Controle da SPE para outro interessado, teceu críticas aos fundamentos jurídicos utilizados pela ANTT para justificar a possibilidade de se transferir o controle societário de uma concessionária para outro grupo econômico após a realização de profundas alterações contratuais em vez de promover nova licitação.

24. Diante disso, o MPTCU, nas lavras do Douto Procurador Lucas Rocha Furtado, propôs a rejeição da proposta de Solução Consensual.

25. **Feito esse introito, antecipo que me alinho às conclusões apresentadas pela AudRodoviaAviação e pelo MPTCU e deixo assentado que formei minha convicção no sentido de não aprovar a proposta de solução consensual formulada nos presentes autos, sem prejuízo de realizar os comentários a seguir acerca de pontos que considerei mais relevantes.**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

**

26. A meu ver, a principal questão a ser enfrentada por este Tribunal relativa à Proposta de Solução Consensual da BR-163/MS versa especialmente sobre a legalidade das alterações contratuais propostas. Como já descrito nos parágrafos anteriores, em vez de negociar ajustes no contrato existente, a comissão propõe o redesenho e a modernização por completo da avença e a criação de um procedimento competitivo para troca de controle da concessionária contratada.

27. Para que essa alternativa seja possível, os membros da CSC defenderam a flexibilização do princípio constitucional da legalidade em razão da inviabilidade do atual contrato e das alternativas existentes, que inclui a demora no uso do instrumento da relicitação, em contraposição à obtenção de benefícios à população especialmente no que se refere à antecipação de investimentos em três anos se comparada à realização de uma nova licitação.

28. O relatório sintético da solução consensual discorre sobre a ponderação entre os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência nos seguintes termos:

> 12.De modo que, a busca por solução mais dialógica para problemas complexos surgidos no âmbito de contratações entre a administração e particulares é tema em ebulição no direito administrativo contemporâneo, estando presente em diversos diplomas legais e decretos, **a exemplo do art. 26 da LINDB, que permite a celebração de compromisso entre a administração e os interessados, bem como do art. 13, §1º, do Decreto 9.830/2019, que prevê que "A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.".**
>
> 13.Importante ressaltar que, em nenhum momento, a comissão fechou os olhos ao princípio constitucional da legalidade, previsto na Carta Magna de 1988, que determina que a administração pública só possa agir como expressamente autorizado em lei, objetivando garantir segurança jurídica, previsibilidade das ações do Estado e proteção dos direitos dos cidadãos contra atuação arbitrária dos detentores do poder estatal.
>
> 14.Por outro lado, por uma **questão de ponderação dos princípios constitucionais por parte dos gestores públicos que estiveram na mesa**, aplicadores do direito no caso concreto, **entendeu-se que se tratava de um caso limítrofe que demanda uma atuação eficaz para garantir a preservação de princípios aplicáveis ao tipo do contrato (de concessão) em questão, como o da continuidade do serviço público, do atendimento ao usuário da rodovia e ainda da modicidade tarifária**.
>
> 15.Importa destacar que não se está a tratar de um mero caso de baixa performance contratual, mas de um caso de ruptura total do contrato e a completa insustentabilidade financeira do mesmo, a ponto de a empresa ter pedido relicitação.
>
> 16.Também se deve ressaltar que a decisão tomada pela comissão teve como premissa o reconhecimento de que é o usuário aquele que será mais impactado pela falta de investimentos por muitos anos caso se opte por aguardar o fim da relicitação e uma futura realização de novo leilão.
>
> 17.Com vistas a corrigir tais discrepâncias, a legislação aplicada às concessões, Lei 8.987/1995, previu mecanismos mitigadores de ineficiência, a exemplo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 9º, §2º) e a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, desde que com prévia anuência do Poder Concedente (art. 27).
>
> 18.Desse modo, **quando postos na balança um conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência, o caminho tradicional e conservadoramente adotado caminha para uma interpretação mais restritiva dos dispositivos legais, que engessam a administração pública em tomar uma decisão mais eficiente e que traga retorno mais rápido para o cidadão. Isso não quer dizer, todavia, que a intepretação mais restritiva quando comparada com a adoção de uma solução mais elástica configura qualquer ilegalidade. Pelo contrário, entendeu-se que mesmo uma solução de uma repactuação mais elástica atende o interesse público, na medida**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

> **que garante ao cidadão a prestação de um serviço público com uma qualidade melhor. (grifos meus)**

29. Na sequência, tanto o Supervisor da CSC quanto o Secretário da SecexConsenso (peças 105 e 106) repetiram a mesma linha argumentativa. Ou seja, defendem que a adoção de uma solução elástica que contempla alterações significativas e estruturantes no objeto do contrato licitado não seria ilegal porque atenderia "o interesse público na medida que garante ao cidadão a prestação de serviço público com uma qualidade melhor".

30. Ocorre que o citado art. 26 da LINDB concebeu a autorização para celebrar compromisso com os interessados nos seguintes termos:

> Art. 26. **Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público**, inclusive no caso de expedição de licença, **a autoridade administrativa poderá**, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral**, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável,** o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial
>
> § 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:
>
> I - **buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais**; (grifos meus)

31. Com absoluta clareza, esse dispositivo legal possibilitou que a administração possa firmar acordos com os seus administrados com o fito de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa **desde que respeitada a legislação aplicável**.

32. Nessa mesma linha, o art. 32, §4º, da Lei 13.140/2015, que tratou da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, limitou o cabimento na utilização desse instrumento ao indicar **que não inclui nas competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo**.

33. Maria Sylvia Zanella di Pietro analisa que por meio desse dispositivo "*quer-se evitar que, por meio de acordo, as partes logrem afastar a exigência de autorização legislativa para a prática de determinados atos. **Trata-se de mera aplicação do princípio da legalidade***". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 36ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1060).

34. Como visto, em mais de uma oportunidade, o legislador deixou claro que à administração pública que não é permitido afastar o princípio constitucional da legalidade visando a busca de solução de conflitos nas suas esferas.

35. Em outras palavras, para que um novo acordo tenha validade jurídica exige-se que seja observada a legislação aplicável. Somente após essa etapa é que se deveria buscar, dentre as alternativas legais possíveis, aquela que apresenta maior eficiência. Não é possível, portanto, sopesar ou ponderar o princípio constitucional da legalidade em relação ao princípio da eficiência, como foi defendido na CSC.

36. Chamo a atenção para o fato que a própria CSC fundamenta a sua atuação na mediação de conflitos por meio da previsão legal contida no ***caput*** do art. 26 da LINDB, entretanto propõe a celebração de termo de autocomposição que não respeita a legislação aplicável.

37. Complemento que a LINDB ainda define que o termo de autocomposição deve contemplar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Não é o que está ocorrendo no presente caso. As alterações pretendidas no contrato desrespeitam pontos cruciais da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

legislação relativa aos contratos de concessão, de forma que a proposta, da forma como está, extrapola o conceito de solução jurídica proporcional.

38. Assim como ponderado pela unidade especializada e pelo MPTCU, as alterações contratuais afrontam diversos dispositivos legais e se elas forem implementadas, apenas o vínculo da concessionária com o Estado e o trecho rodoviário onde serão realizados os serviços e obras de competência da União se manterão inalterados.

39. Diante disso é de se concluir que as alterações propostas não se amparam na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na Lei de Concessões (Leis 8.987/1995 e 9.074/1995) ou na Lei de Licitações Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993, revogada pela Lei 14.133/2021).

40. A flexibilização do princípio da legalidade implicará no afastamento de uma série de balizas legais e, portanto, entendo não haver proporcionalidade nessa proposta, razão pela qual proponho, com os argumentos apresentados até aqui, rejeitar a Proposta de Solução Consensual.

**

41. Para mitigar riscos associados à nova modelagem contratual e para validar as condições acordadas, a CSC propôs a criação de processo competitivo para oferta ao mercado das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE.

42. Não posso deixar de reconhecer que a proposta de criação de processo competitivo nos moldes apresentados é criativa, todavia há de se destacar que esse procedimento não possui respaldo legal para ser utilizado nessas condições.

43. Para tanto, recorro aos seguintes argumentos apresentados no parecer do Ministério Público junto ao TCU, proferido nestes autos pelo Douto Procurador Lucas Rocha Furtado (peça 107).

> No relatório a CSC utiliza como fundamento jurídico para realização desse processo competitivo a Resolução-ANTT 5.927/2021, que estabelece procedimentos a serem observados por concessionários para análise de transferência de concessão ou de controle acionário de concessionária. Também traz discussões realizadas no Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.946/2022, nas quais teria sido decidido que não é necessária a realização de licitação prévia para transferência de concessão ou do controle societário da concessionária.
>
> Não obstante, tenho ressalvas quanto a estes fundamentos jurídicos trazidos pela CSC. **De início, a Resolução-ANTT 5.927/2021 trata especificamente de casos em que pode haver a transferência de controle societário de concessionárias**. Tal normativo, contudo, foi instituído para definir que é necessária a anuência prévia da ANTT para esse tipo de operação e, justamente, **para evitar com que concessões viessem a ser negociadas entre grupos empresariais e houvesse, durante a execução contratual, a transferência de controle de uma concessionária a outras empresas que não tivessem, de forma devida, vencido o respectivo procedimento licitatório**.
>
> **Esse normativo da ANTT visa, em síntese, dar força à necessária vinculação entre o vencedor do certame licitatório e a gestão do contrato de concessão**. Cabe à ANTT dar anuência prévia a essas operações, de modo a não permitir com que terceiros venham a se beneficiar de forma indevida com a operação de um contrato de concessão de serviço público.
>
> Já quando o relatório da CSC utiliza conclusões do julgamento da ADI 2.946/2022 para tentar fundamentar a legalidade do denominado "processo competitivo", também entendo caber uma série de ressalvas. **Ora, naquele âmbito não houve qualquer discussão que traga conclusões de que o poder público pode definir procedimento que substitua aqueles já definidos legalmente e que venha a dar cumprimento ao princípio do dever de licitar.**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

> De acordo com as conclusões daquele julgado, **a visão do STF foi a de que a anuência prévia da administração pública quanto à transferência do controle de uma concessionária visa justamente assegurar que a exigência constitucional de licitação prévia está sendo observada, sendo a anuência prévia a ferramenta para preservar os efeitos jurídicos da licitação.**
>
> Nessa toada, foi bem destacado pelo Ministro Dias Toffoli **que em uma transferência de controle societário, é mantido o contrato original, procedendo-se apenas uma modificação contratual subjetiva**. Na discussão, o Ministro inclusive menciona que a transferência se diferencia de uma subconcessão pois nesta última é instaurada uma nova relação jurídico-contratual nova e distinta da anterior. Entendo que, no caso da concessão da BR-163/MS, são trazidas mudanças tão significativas que não há qualquer possibilidade de se dizer que o contrato original está mantido.
>
> O STF foi claro em suas discussões quanto à constitucionalidade da transferência de controle societário de concessionárias. **Contudo, tal constitucionalidade está vinculada à anuência prévia que será dada pela administração pública e, mais importante ainda, vinculada à necessidade de manutenção do mesmo objeto contratual, das mesmas obrigações contratuais e da mesma modelagem econômico-financeira, o que, claramente, não é o caso das mudanças pretendidas pela CSC no contrato da concessão da BR-163/MS.**

44. Em linha com o ***Parquet*** especializado, reforço o entendimento de que a anuência do poder concedente, tratado no art. 27 da Lei 8.987/1995 e na Resolução ANTT 5.927/2021, refere-se exclusivamente à troca de concessionárias mantida as condições contratuais inicialmente avençadas.

45. Não há qualquer correspondência entre os procedimentos previstos na legislação para proporcionar a competição entre os interessados e aqueles previstos no novo instituto do processo competitivo que foi desenvolvido pela CSC.

46. Não respeitar as etapas previstas em lei - como a realização de audiência pública, o prazo mínimo para formular as propostas comerciais e a possibilidade de participação da atual concessionária - pode trazer celeridade na contratação, todavia, como se verá mais adiante, não garante que os investimentos serão entregues no prazo previsto.

47. Diante disso, concluo que o uso do procedimento competitivo em substituição à licitação ou relicitação não encontra guarida legal e, portanto, não deve ser autorizada pelo Tribunal.

**

48. No que tange o risco moral, a possibilidade de substituir as cláusulas contratuais em troca da antecipação de investimentos traz incentivos perversos, uma vez que as concessionárias tenderão a se preocupar menos com a técnica e efetividade na prestação dos serviços públicos e passarão cada vez mais a contratar equipes de lobby e de negociação.

49. O seguinte trecho do relatório da SecexConsenso aborda o risco moral sob o aspecto da **excepcionalidade** da solução (peça 62, p. 66-67):

> 380. O risco mais relevante abordado foi o risco moral que pode se estender e tornar-se um risco sistêmico. Para endereçar esses riscos há vários mitigadores possíveis.
>
> 381. Entende-se que **um remédio efetivo seja o caráter excepcionalíssimo da solução aqui proposta. Está claro que a Portaria MT 848/2023 cria um espaço temporal para admissão de pedidos de otimizações contratuais, que se findou em 31/12/2023, sendo um crivo para impedir novos pedidos, o que mitiga esse risco**. Dessa forma, **parte-se do princípio de que essa janela aberta pelo poder concedente para a repactuação, tendo em vista os altos riscos que carrega, é excepcionalíssima**, **senão única**. **A renegociação só é passível de ser realizada, portanto, devido a uma conjuntura muito particular e prevista em política pública**.
>
> 382. Ademais, a solução aqui proposta deixa claro em suas premissas e ao longo de toda fundamentação que de forma alguma se pretende estabelecer regras a serem adotadas para o caso

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

> geral de contratos em relicitação. Pelo contrário, o fato de se fazer necessária solução consensual para contratos sob a égide do instituto lança luzes sobre a necessidade de aprimoramento do instituto de relicitação.
>
> 383. Nesse sentido, é ainda relevante dizer que essa solução não deve ser replicada em outros casos automaticamente, podendo sim servir de insumo para o aprimoramento normativo e regulatório. Por ser experimental, não é extensível a outros ativos em situação de inviabilidade financeira. (grifo nosso)

50. Discordo que a Portaria do MT 848/2023, por criar um prazo para admissão de pedido de otimizações contratuais, tenha o condão de sequer de remediar o risco moral da solução proposta.

51. Em primeiro lugar porque uma portaria pode ser revogada, estendida ou recriada a qualquer momento pela pasta ministerial responsável. Basta haver interesse e os interesses mudam com frequência.

52. Em segundo lugar porque a motivação utilizada para justificar a edição dessa portaria, qual seja a necessidade de se realizar investimentos na maior brevidade, sempre existirá em um país como o Brasil, que possui déficits de infraestrutura logística há décadas.

53. Ao aprovar a solução consensual que possibilita alterações significativas no contrato inicialmente avençado, o Tribunal contribuirá com a ampliação do risco moral das relações público-privadas brasileiras e, talvez, com a redução do interesse de grupos econômicos que não possuem contrato vigente, em detrimento do interesse público.

**

54. Reconheço que os investimentos que estão sendo propostos são de extrema relevância. Ressalto ainda que na região de influência da rodovia encontram-se diversas indústrias, comércios, fábricas e produtores que contribuem para a economia nacional. Estes serão, de fato, beneficiados com qualquer melhoria da infraestrutura atualmente existente.

55. Acontece que a celebração do Termo de Autocomposição nas condições propostas, seja com a atual concessionária ou com qualquer outra que assumir o contrato, **não garante que os investimentos serão concluídos no prazo previsto ou mesmo que serão concluídos**.

56. A justificativa de que a concessionária irá realizar os investimentos indicados no novo Plano de Exploração da Rodovia (PER) me parece conter uma dose de viés de otimismo. Esse comportamento superestima a probabilidade da ocorrência de eventos positivos futuros enquanto subestimam a possibilidade de ocorrência de eventos negativos.

57. Em suma, o viés de otimismo pelo lado dos governos ocorre pela subestimativa de custos e de prazos para a sua conclusão do projeto e pelo lado da concessionária/empreendedor se manifesta pela oferta de proposta agressiva que na ocorrência de qualquer risco pode torná-lo inviável.

58. Veja que, quando da análise do processo de desestatização da BR-163/MS, que foi vencido pela MSVIA, ocorrido em 2013, o Ministro Walton Alencar no voto condutor do Acórdão 3.033/2013-TCU-Plenário, contrapôs a existência de um otimismo do Governo em relação aos investimentos do Programa de Investimentos em Logística (PIL) e a incerteza quanto ao cumprimento destes objetivos, conforme observa-se do trecho transcrito a seguir:

> Ocorre que, **de acordo com os investimentos esperados, decorrentes do programa de desestatizações, a partir do quinto ano, as rodovias concedidas estarão todas duplicadas, os novos trechos ferroviários estarão construídos e em operação, os aeroportos estarão ampliados e haverá maior números de terminais portuários em operação.**
>
> De acordo com o programa de investimentos em logística, **a partir de 2018 deverão estar sanados os gargalos atualmente apontados como inibidores do crescimento da economia do País**.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

(...).

De fato, **não há, ao menos para o mercado, certeza quanto à plena realização de todos os investimentos do PIL. Por mais que seja essa a intenção do Governo, as concessões, em sua grande maioria, ainda não foram licitadas, os contratos ainda não se encontram assinados e a realização futura desses investimentos ainda é incerta.**

59. É possível concluir que, passados mais de 10 anos desde o lançamento do PIL, o programa não logrou sanar os gargalos logísticos inibidores do crescimento do País.

60. Pelo lado da concessionária, o seu viés de otimismo na época do leilão a levou a ofertar um desconto de mais de 50% na tarifa levada a leilão, em uma clara subestimativa dos riscos do projeto.

61. Não tenho a intenção aprofundar sobre os motivos que levaram esse programa a não atingir seus objetivos, mas a de destacar que, assim como em outras rodadas do PROCROFE, diversos problemas na execução contratual surgiram no caminho e o resultado previsto pelo Governo não se concretizou, deixando um legado de contratos problemáticos com litígios judiciais e administrativos e, para piorar, uma parcela relevante da população carente de infraestrutura.

62. Por essa razão, a meu ver, não se pode motivar a escolha de uma alternativa, cujos limites legais não foram respeitados, em detrimento de outra tendo como justificativa unicamente a expectativa da antecipação da realização de investimentos.

63. A situação se agrava quando se trata de uma empresa privada, que historicamente apenas cumpriu o mínimo das obrigações contratuais. Mesmo que a concessionária esteja hoje em situação distinta, não é possível garantir que o interesse público da proposta, a antecipação dos investimentos, será efetivamente atingido.

64. E mais, no que se refere à inclusão de cláusulas rígidas e resolutivas quanto a inexecução contratual no Termo de Autocomposição, recordo que o contrato original também previa penalidades nos casos de descumprimento dos prazos e dos indicadores de qualidade, que falharam no objetivo de induzir o desempenho da concessionária.

65. As cláusulas 4.28 a 4.31, transcritas a seguir, tratam do assunto da seguinte forma:

4.28. No caso de descumprimento superior a 20% (vinte por cento) das metas acumuladas estabelecidas para o Período de Transição, conforme o relatório trimestral de apuração do adimplemento, a Concessionária será notificada para ajustar seus níveis de adimplemento em um prazo adicional de três meses.

4.29. Persistindo o inadimplemento acima de 20% (vinte por cento) das metas acumuladas, será instaurado pela ANTT processo de extinção antecipada consensual da concessão, independentemente da avaliação de culpa, **ressalvadas as hipóteses de caso fortuito, força maior, fato da administração ou fato de terceiros**, com a imediata comunicação ao Ministério dos Transportes, com o objetivo de apurar as razões para o descumprimento das metas pactuadas, em rito sumário, com prazo máximo de 120 dias, conforme definido no termo aditivo de modernização.

4.30. Instaurado o processo administrativo para extinção antecipada consensual, observado o contraditório e ampla defesa da Concessionária, caberá à ANTT verificar as circunstâncias que ensejaram o descumprimento das metas estabelecidas e decidir se é caso de encerramento do contrato. Sendo o caso, a ANTT proporá a extinção do contrato ao Ministério dos Transportes que decidirá a respeito em 10 dias.

4.31. As partes renunciam ao direito de apresentar pleitos nas vias judicial ou arbitral que questionem o mérito da extinção antecipada consensual, com o objetivo de impedir o encerramento do contrato. As eventuais controvérsias ficarão limitadas aos aspectos patrimoniais, incluindo eventuais indenizações decorrentes de possíveis erros de interpretação da ANTT, após a extinção do contrato.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

66. Observo que nessa situação a saída da concessionária se assemelhará a um processo - célere - de caducidade, no qual a ANTT irá aferir os descumprimentos contratuais e proporá, respeitado o contraditório e a ampla defesa, a extinção do contrato ao Ministério dos Transportes, que decidirá em prazo exíguo.

67. Acontece que somente conheço um único caso de descumprimento contratual que levou a caducidade da concessão rodoviária, que foi a BR 153-TO.

68. Aliás, chamo a atenção que os instrumentos da relicitação e da solução consensual foram criados justamente para contornar a demora e os embates público-privado existentes no processo de caducidade.

69. Desde já, é possível antecipar que, caso necessário, a decisão do Ministério dos Transportes esbarrará na impossibilidade de o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), de supetão, assumir a responsabilidade pela realização de qualquer investimento na rodovia. A transição do privado para o público leva tempo e servirá de justificativa para a continuidade do contrato a despeito dos descumprimentos verificados.

70. Espero profundamente estar errado, mas, se isso ocorrer, os investimentos imprescindíveis a serem realizados na rodovia serão novamente adiados e a população permanecerá carente dessa infraestrutura. Assim, o interesse público existente na antecipação dos investimentos não está comprovadamente demonstrado.

**

71. Sobre a alegação da ineficiência do instrumento da relicitação, a CSC indicou em vários trechos que o instrumento tem apresentado pouco resultado prático no campo das concessões rodoviárias, “deixando de solucionar problemas e passando a ser um caminho tortuoso para a concretização das políticas públicas”, principalmente porque poucas infraestruturas de transporte foram efetivamente relicitadas.

72. Não discordo das críticas feitas ao processo da relicitação, visto que eu mesmo já me manifestei sobre o assunto.

73. Relembro que no voto que embasou o Acórdão 8/2023-TCU-Plenário, que analisou o processo de relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (ASGA), deixei assentado que:

> 115. Ressalto que da forma como o procedimento de relicitação está desenhado hoje, com o início do levantamento da eventual indenização pelos bens reversíveis em momento posterior à assinatura do termo aditivo de adesão a relicitação, **encontrará enormes dificuldades em atender à finalidade para qual foi prevista, qual seja: trazer celeridade ao processo de substituição do parceiro privado sem comprometer a continuidade do serviço público**.
>
> 116. Se a Anac realizasse o acompanhamento frequente da lista e dos valores dos bens considerados reversíveis, seria possível agilizar o processo de quantificação da indenização de forma a garantir a isonomia e a previsibilidade da licitação sem comprometer a celeridade da troca de concessionários e a qualidade da prestação do serviço público. (grifo meu)

74. Naquela oportunidade, destaquei que a velocidade do procedimento ficava comprometida justamente porque a Agência reguladora não mantinha em suas bases de dados as informações atualizadas sobre a lista de bens considerados reversíveis e os valores ainda não amortizados que deveriam ser indenizados antes da saída da atual concessionária.

75. Visando acelerar o processo de relicitação, a administração pública cogitou calcular a indenização devida à atual concessionária em parcelas denominadas de incontroversa e outra de controversa, esta última poderia ser submetida à arbitragem ou outro instrumento semelhante. Não teve efeitos práticos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

76. Fato notório é que o procedimento de relicitação não tem sido célere conforme a expectativa de prazo prevista quando da proposta de Medida Provisória que foi convertida na Lei 13.448/2017.

77. Isso me fez pensar sobre as alternativas possíveis para solucionar esse impasse. Vislumbro que as Agências reguladoras e as pastas ministeriais responsáveis poderiam utilizar o instrumento da solução consensual para resolver possíveis litígios administrativos e judiciais, assim como para apurar o montante a ser indenizado, como forma de acelerar as relicitações de projetos de infraestrutura.

78. Em outras palavras, a solução consensual poderia ser utilizada para acelerar as etapas de discussão das multas, dos processos administrativos e arbitrais existentes e da indenização em relação aos bens reversíveis não amortizados, entre outros.

79. Equacionadas as principais questões e conflitos específicos do contrato, dar-se-ia continuidade ao procedimento de relicitação para escolha do próximo parceiro privado que irá explorar a infraestrutura.

80. Assim, a meu sentir, cada instrumento de gestão contratual poderia ser utilizado para resolver questões específicas, conferindo maior segurança jurídica e desincentivando a participação de concessionárias oportunistas nos certames licitatórios.

81. Nesse sentido, o Tribunal deve tomar precauções em aprovar Termos de Autocomposição tão extensos que possam acabar substituindo a relicitação, instrumento que busca fundamento em lei aprovada pelo Congresso Nacional, pela via consensual.

82. Não tenho dúvidas que a substituição do instrumento da relicitação pela solução consensual reduzirá drasticamente a estabilidade e previsibilidade das relações público-privadas presentes nos contratos de concessão e de PPP, assim como ampliaria a possibilidade de ocorrência de risco moral.

83. Todavia, em razão da ritualística aplicada ao caso das soluções consensuais, deixo de realizar propostas quanto ao tema, sem prejuízo de consignar meu ponto de vista sobre essa questão.

**

84. Para concluir, destaco que a Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul (peças 112-114) encaminhou requerimento pleiteando o seu ingresso nos autos como ***amicus curiae***. Todavia, em razão do rito processual específico aplicado aos casos de Solução Consensual orientadas pela IN TCU 91/2022, entendo não ser pertinente a sua admissão nos autos.

85. Reconheço que a solução apresentada capturou toda a criatividade da CSC e que a presente proposta de consenso teve uma menor assimetria informacional devido à postura da concessionária em apresentar informações e à existência de projetos que seriam relicitados em breve, todavia, por afrontar diversos princípios constitucionais e a legislação aplicável às concessões rodoviárias, por ampliar o risco moral e sistêmico e por não estar plenamente configurado o interesse público na proposta de Solução Consensual, proponho que o Termo de Autocomposição formulado para a BR-163/MS seja recusado pelo Tribunal.

Feitas essas considerações, Voto para que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto ao Colegiado:

"*ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:*

9.1. recusar a proposta de solução consensual elaborada pela Comissão de Solução Consensual no âmbito de solicitação formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres em relação ao contrato com a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A., nos termos do art. 10 da Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22/12/2022;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

9.2. não admitir, com base no art. 139 do CPC, na condição de ***amicus curiae,*** *o pedido formulado pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul em razão do rito processual específico aplicado aos casos de Solução Consensual;*

9.3. arquivar os presentes autos."

.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de novembro de 2024.

AROLDO CEDRAZ
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096650.

VOTO REVISOR

Na Sessão Plenária de 6/11/2024, solicitei vista do presente processo, da relatoria do eminente Ministro Aroldo Cedraz, a quem desde já agradeço, para examinar mais detidamente as relevantes questões em debate.

2. Trata-se da análise da Solicitação de Solução Consensual (SSC) formulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) envolvendo o contrato de concessão celebrado com a Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S/A (MSVia), para exploração de 847,20 km da rodovia BR-163/MS, trecho integralmente inserido no estado do Mato Grosso do Sul, com início na divisa com o estado de Mato Grosso e término na divisa com o estado do Paraná, relativo à 3ª Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias (PROCROFE).

3. Naquela sessão, o Ministro Aroldo Cedraz trouxe à apreciação deste Colegiado, na linha do defendido pela Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação) e pelo Ministério Público junto a este Tribunal, proposta de rejeição da solução consensual apresentada pela Comissão de Solução Consensual (CSC), especialmente ante a alteração substancial das obrigações contratuais estipuladas inicialmente, em condições favoráveis à contratada e sem a realização de processo licitatório, e a criação de um procedimento competitivo para troca de controle da concessionária, em afronta ao ordenamento jurídico vigente.

4. À vista dessa proposta, o nobre Ministro Benjamin Zymler apresentou entendimento divergente, no sentido de que, a fim de prestigiar a estabilidade, a coerência e a integridade da jurisprudência desta Casa, a solução consensual apresentada deveria ter a sua juridicidade reconhecida por este Tribunal, na mesma linha de outras duas solicitações de solução consensual recentemente apreciadas, por meio dos Acórdãos 1.996/2024-Plenário (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) e 2.318/2024-Plenário, de sua relatoria, envolvendo, respectivamente, os contratos de concessão da BR-101/ES (Eco101) e da BR101/RJ (Autopista Fluminense), as quais guardariam absoluta identidade com a solução trazida nesta oportunidade.

5. Segundo o Ministro Benjamin Zymler, a autocomposição endereçaria a situação de inviabilidade do contrato de concessão da BR-163/MS de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não tendo havido, ademais, por parte da AudRodoviaAviação, sérias objeções quanto às premissas econômicas adotadas na modelagem econômico-financeira do contrato remodelado.

6. No caso, sugere a aprovação da autocomposição com determinados condicionantes (prévia realização de consulta pública, aumento do prazo estipulado entre a publicação do edital do procedimento competitivo e da realização da sessão pública e análise de regularidade fiscal e da capacidade econômico-financeira da atual concessionária, por ocasião do processo competitivo), nos mesmos moldes do decidido nos citados precedentes.

7. De início, louvo as análises detalhadas e criteriosas realizadas pelos meus ilustres pares. Ao apresentarem seus Votos, basearam-se em fundamentos sólidos e bem articulados, refletindo suas interpretações e perspectivas distintas sobre o assunto. Ambos os lados trazem argumentos robustos que contribuem para uma compreensão mais abrangente e profunda da questão e uma decisão mais informada e equilibrada.

8. A complexidade inerente ao objeto em discussão naturalmente leva a divergências de opinião, como as observadas entre os Ministros Aroldo Cedraz e Benjamin Zymler.

9. Por ser relativamente nova, a questão do consensualismo conta com um número limitado de deliberações, o que torna essencial a consideração cuidadosa das decisões já existentes. Cada deliberação anterior deve ser analisada à luz das especificidades de cada caso concreto, sabendo-se que as circunstâncias únicas de cada situação podem demandar abordagens distintas. Ao mesmo tempo, é crucial que essas deliberações não sejam vistas como definitivas, mas sim como pontos de partida que podem e devem ser aprimorados à medida que novas informações e experiências se acumulam no

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77119340.

processo decisório, permitindo-se ajustes e inovações que reflitam a complexidade e a evolução do tema.

10. A deliberação atual deverá impactar muitos outros contratos de concessão, estabelecendo precedente que poderá ser considerado em situações futuras semelhantes. Por isso, é crucial que, como de praxe neste Tribunal, o processo deliberativo seja conduzido com cuidado e atenção aos detalhes, com análise minuciosa de cada aspecto da decisão, considerando não apenas as implicações imediatas, mas também os efeitos a longo prazo que poderá ter sobre o setor de concessões como um todo. Sua importância reside, então, não apenas em sua aplicação imediata, mas também em seu papel como referência para a governança de concessões.

11. Dito isso, peço licença para tecer, a seguir, algumas breves ponderações.

12. De pronto, chamam a atenção as peculiaridades do caso em análise: uma empresa com baixa performance contratual, que, por anos, não cumpriu suas obrigações contratuais, formaliza pedido de relicitação da concessão sob sua gestão, ou seja, propôs a devolução do trecho concedido ao poder público para realização de novo leilão de concessão, após uma série de dificuldades em sua operação e diante da sua completa insustentabilidade financeira, e, decorridos mais de 4 anos desse pedido, tendo o poder concedente inclusive desenvolvido estudos da nova licitação, tal empresa tem diante de si uma solução consensual de continuidade da exploração da rodovia, com uma equação econômico-financeira completamente renovada, incluindo a concessão de prazo adicional ao previsto na avença original, em condições que lhe são totalmente favoráveis.

13. Ora, não é de hoje que este Tribunal tem verificado soluções que se aliam à vontade da concessionária em permanecer com o contrato de concessão, que podem, inclusive, ter servido de estímulo a comportamentos oportunistas, quando deveriam prestigiar o interesse dos usuários da rodovia, que esperam serviços de qualidade em troca do pagamento das tarifas de pedágio.

14. Não posso deixar de externar, nesta oportunidade, minhas preocupações quanto à possibilidade de insucesso da solução consensual ora proposta na retomada da concessão de forma sustentável e benéfica para todas as partes envolvidas e, portanto, no alcance dos objetivos previstos na legislação, à luz da política pública pretendida, de continuidade na prestação do serviço público adequado.

15. Dado o histórico de inexecução contratual, não se pode ignorar o risco de a concessionária descumprir as obrigações do contrato de concessão remodelado e, com isso, a rodovia BR-163/MS permanecer sem investimentos e com manutenção reduzida, gerando mais perdas para a população, especialmente os seus usuários, que continuariam arcando com o pagamento da tarifa de pedágio sem a devida retribuição materializada na justa contraprestação do serviço público, com a qualidade e a extensão necessária.

16. É cediço que a falta de investimentos nas concessões rodoviárias tem um impacto abrangente e negativo sobre a sociedade, afetando tanto a segurança e a qualidade de vida dos usuários das rodovias quanto a economia local e nacional, com prejuízos ao desenvolvimento econômico regional e acentuação das desigualdades regionais. Regiões que já são menos desenvolvidas podem ficar ainda mais isoladas, dificultando o acesso a serviços básicos como saúde e educação e limitando as oportunidades econômicas para seus habitantes.

17. Como destacado no processo, do montante necessário de investimentos em infraestrutura estimado para o Brasil (4,25% do PIB), praticamente a metade (45%) dessa lacuna (1,91% do PIB) é atribuível ao setor de transportes, principalmente rodovias, refletindo o grande déficit no setor.

18. Por outro lado, segundo estimativa do poder concedente, somente na 3ª etapa do PROCROFE, que incluiu a concessão em tela, deixaram de ser investidos nas rodovias recursos no montante de R$ 11 bilhões em decorrência de inexecuções contratuais, correspondendo a 72,5% dos investimentos previstos somente em obras de ampliação de capacidade e melhorias que deixaram de ser executados.

19. Ainda que na solução consensual ora proposta tenham sido previstos mecanismos mitigadores dos riscos associados à nova modelagem contratual, tais mecanismos podem não se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77119340.

mostrar suficientes para garantir que os investimentos reprogramados sejam realizados na forma e no prazo pactuados.

20. Devo reconhecer que as outras soluções possíveis (manutenção do procedimento de relicitação ou caducidade do contrato original) também têm riscos associados e podem igualmente não se mostrarem exitosas, com efeitos ainda mais negativos.

21. Diante das necessidades urgentes e crescentes da sociedade por infraestrutura eficiente e serviços de qualidade, urge que, assegurados o atendimento ao interesse público e o respeito aos princípios legais e éticos que regem as concessões públicas, a solução alvitrada seja a mais ágil e a que proporciona o menor custo para os usuários entre as alternativas disponíveis, apresentando benefícios que superem os riscos identificados.

22. O ilustre Relator discordou da solução consensual proposta devido à falta de amparo legal e jurisprudencial das mudanças contratuais propostas, a não comprovação da sua vantajosidade comparativamente à relicitação e a existência de diversos riscos sistêmicos em sua adoção.

23. Já o Ministro Zymler anuiu à celebração da autocomposição, desde que com determinados condicionantes, por vislumbrar a sua juridicidade, frente às disposições constitucionais, aos princípios administrativos, à legislação de regência e, notadamente, à jurisprudência desta Casa (materializada recentemente pelos Acórdãos 1.996/2024-Plenário e 2.318/2024-Plenário, supracitados), além de julgá-la a melhor, entre as alternativas disponíveis, avaliando vantagens e riscos, para que a avença passe a ser viável e sustentável financeiramente, novos investimentos sejam feitos na rodovia e incorporadas as melhores práticas regulatórias.

24. Não obstante comungar com o Relator quanto ao entendimento de que a solução consensual proposta não garante que o interesse público pretendido – a antecipação dos investimentos – será efetivamente atingido, permanecendo parcela relevante da população carente de infraestrutura, entendo que o encaminhamento apresentado pelo Ministro Zymler é o que melhor se amolda ao presente caso, na mesma linha do decidido por este Tribunal mediante os acórdãos já mencionados.

25. Cabe ressaltar que a presente solução consensual decorre da política pública definida pelo Ministério dos Transportes para remodelar e otimizar contratos ineficientes com o objetivo de permitir que contratos em fase de relicitação passem a ser viáveis e sejam cumpridos, com a imediata retomada das obras.

26. Ressalto, também, que, a par dos riscos, as análises evidenciam a existência de inúmeras vantagens na solução proposta, tais como adiantamento relevante de obras, com impacto positivo direto na população (redução de acidentes, melhora da fluidez da rodovia, geração de empregos etc.), provável vantajosidade da tarifa em relação ao contrafactual da relicitação, renúncia a litígios e padronização do contrato com otimização regulatória.

27. Nesse sentido, em que pese as preocupações indicadas acima, mas sensível à necessidade de se buscar alternativas urgentes para a pronta retomada dos investimentos no trecho concedido e a entrega adequada dos serviços prestados aos usuários da BR-163/MS, além da eliminação da incerteza jurídica e da situação contenciosa existentes, entendo que, avaliadas as vantagens e os riscos e reconhecida a juridicidade da readequação contratual proposta, em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, a solução ora em debate se mostra a mais factível, dentre as alternativas disponíveis, para a concretização da política pública pretendida.

Com essas considerações, pedindo vênias ao nobre Relator, acompanho o voto do ministro Benjamin Zymler no sentido de aprovar a presente proposta de solução consensual..

TCU, Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2024.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Revisor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77119340.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Cuidam os autos de Solicitação de Solução Consensual apresentada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com o objetivo de resolver controvérsias relacionadas ao Contrato de Concessão de Serviço Público, celebrado em 12/3/2014, entre a aludida agência e a Concessionária de Rodovias Sul-Matogrossense S.A. (MSVia).

2. O referido contrato tem por objeto a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do sistema rodoviário constituído pela BR-163/MS, trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o estado do Paraná, totalizando 847,2 km.

3. O processo tem o mesmo pano de fundo de outras duas solicitações de solução consensual recentemente apreciadas por este Tribunal, por meio dos Acórdãos 1.996/2024-Plenário e 2.318/2024-Plenário, envolvendo, respectivamente, os contratos de concessão da BR-101/ES (Eco101) e da BR-101/RJ (Autopista Fluminense).

4. A controvérsia central do presente feito gira em torno da baixa performance da MSVia na execução do contrato de concessão da BR-163/MS. Conforme o relatório da Comissão de Solução Consensual (CSC), desde 2014, o ajuste enfrenta desafios financeiros significativos, devido a uma série de fatores que teriam resultado na queda brusca na demanda de tráfego, tornando inviável a concessão nos moldes atuais.

5. Conforme a concessionária, os seguintes aspectos alheios à sua atuação impossibilitaram o atendimento integral das obrigações pactuadas:

a) a drástica alteração do cenário macroeconômico nacional;

b) a relevante alteração das condições de financiamento;

c) o atraso e fragmentação do licenciamento ambiental;

d) o aumento extraordinário dos insumos asfálticos;

e) aumento da tolerância nas balanças de veículos de carga, em razão de alterações legislativas e regulamentares;

f) a pandemia da covid-19;

g) a frustração de tráfego decorrente da deterioração do Produto Interno Bruno (PIB) e das projeções de longo prazo a partir de 2014, o desenvolvimento do corredor de escoamento agrícola da região do Mato Grosso para Arco Norte, com a pavimentação da BR-163 e a instalação de novos terminais portuários em Miritituba/Santarém/Barcarena; e

h) a fusão Rumo ALL, que de imediato colocou um plano de investimento de R$ 7 bilhões para ampliação e destravou capacidade na ferrovia no corredor de exportação de Mato Grosso em direção ao porto de Santos.

6. Ressalto que o contrato em apreço se encontra em processo de relicitação, com estudos em andamento, no âmbito da Infra S.A., prevendo a divisão do trecho concedido em dois segmentos independentes:

a) Rota Pantanal: referente ao trecho norte da BR-163/MS, situado entre Campo Grande/MS e a divisa MT/MS, com 379,6 km de extensão, TBP de R$ 14,20/100km (pista simples) e R$ 19,88/100km (pista dupla), data-base: jan./2022; e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

b) Rota Tuiuiú: referente ao trecho sul da BR-163/MS e BR-267/MS, com 714 km de extensão. A versão da Modelagem Econômico-financeira (MEF), que não foi concluída (outubro/2023), indicava uma TBP da ordem de R$ 16,26/100km (pista simples) e R$ 21,14/100km (pista dupla), data-base jan./2022.

7. Ao final dos trabalhos, a maioria dos membros da comissão concluiu que a solução de otimizar o contrato atualmente vigente seria mais vantajosa que a opção da relicitação, por proporcionar a antecipação de investimentos e ensejar uma tarifa menor que a dos estudos em andamento no âmbito da Infra S.A..

8. Além disso, como forma de endereçar os riscos sistêmicos identificados nessa solução, previu, tal como nos processos envolvendo a Eco101 e a Autopista Fluminense, um período de transição contratual de três anos, com a possibilidade de extinção antecipada consensual, para a realização de uma série de investimentos; e um processo competitivo para oferta do contrato remodelado ao mercado, com possibilidade de troca do controle acionário da concessionária.

9. A Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação) divergiu da aludida análise e alvitrou a rejeição da proposta de solução consensual. Segundo o auditor da unidade técnica, esta sofre de vícios de constitucionalidade e legalidade insanáveis, além de não ter sido demonstrada a sua vantajosidade, comparativamente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato original.

10. O MPTCU emitiu parecer no mesmo sentido, pela recusa da proposta de solução consensual, devido à sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, bem como prejuízos à segurança jurídica.

11. O ilustre Ministro Aroldo Cedraz elaborou voto bem fundamentado, acompanhando o encaminhamento da AudRodoviaAviação e do **Parquet** especializado.

12. Com as devidas vênias, divirjo da análise e da proposta do relator.

II – Análise da juridicidade da solução

13. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2.318/2024-Plenário, entendo que a solução trazida pela maioria da comissão está de acordo com o princípio da juridicidade, porquanto endereça a situação de inviabilidade do contrato de concessão da BR-163/MS de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, conforme o art. 21, parágrafo único, do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

14. Haja vista a absoluta identidade entre a solução trazida nesta oportunidade e apreciada naquele **decisum**, reputo conveniente repisar as considerações que fiz naquela oportunidade:

> "*181. Entendo que o ponto de partida de qualquer processo que envolva uma solicitação de solução consensual é examinar, primeiro, a juridicidade do objeto acordado, o que envolve tanto o exame da legalidade, em si, do acordo como a verificação de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo, além de sua vantajosidade econômica e social.*
>
> *182. No caso específico, cabe analisar se a readaptação e otimização dos contratos de concessão de rodovias federais, instituída pela Portaria 848/2023, e a solução trazida pela CSC estão de acordo com as balizas impostas pela Constituição Federal, pelos princípios administrativos, pela legislação de regência e pela jurisprudência desta Casa, precipuamente o Acórdão 1.593/2023-Plenário, que estabeleceu condições para a desistência da relicitação.*
>
> *183. Por certo, o ambiente da consensualidade admite a busca de soluções que desafiam a estrita literalidade das normas jurídicas. Afinal, se não houvesse dúvida quanto à regra de*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

incidência ou mesmo de sua interpretação, nas circunstâncias do caso em apreço, não faria sentido submeter a controvérsia ao crivo deste Tribunal, uma vez que a decisão poderia ser tomada com segurança jurídica, bastando a submissão dos fatos à norma.

184. Porém, sabe-se que a aplicação do Direito não é tarefa fácil, notadamente em situações de crises em contratos de concessões públicas, quando o ordenamento jurídico e o próprio contrato não são capazes de endereçar os problemas surgidos, de forma eficiente e eficaz. Nesse cenário, mais importante do que perquirir culpas e atribuir responsabilidades é resolver a crise contratual da forma que melhor atenda ao interesse público e aos usuários, respeitando sempre o princípio da juridicidade.

185. A propósito dos limites e condições para a construção de decisões consensuais na administração pública, é preciso enfatizar que a admissão do consensualismo na práxis administrativa implica navegar dentro do espaço de juridicidade permitido aos particulares e ao próprio Estado.

186. Nessa perspectiva, a participação do TCU nesse novo espaço não constitui uma espécie de salvo conduto ao desatendimento da ordem jurídica, ainda que a justificativa adotada seja a satisfação do princípio da eficiência. Dito de outra forma, é preciso que a solução alvitrada esteja ancorada em alguma norma do ordenamento jurídico, ainda que a escolha desta ocorra a partir da aplicação de regras de solução de antinomias ou da ponderação de princípios.

187. Nesse ponto, julgo oportuno destacar que a noção de legalidade estrita se encontra superada na aplicação do Direito Administrativo, estando em voga a incidência do princípio da juridicidade, a reger a práxis administrativa.

188. O princípio da juridicidade implica a submissão do ato não só às leis e aos atos normativos inferiores, como também aos princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Nas palavras do Professor Gustavo Binembojm, fala-se na observância do Direito como um todo sistêmico, na observância do chamado bloco de legalidade (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140-141).

189. Emerge desse substrato teórico a ideia de que, no âmbito dos contratos de concessão, a solução de eventuais antinomias ou de insuficiência da legalidade estrita, frente a circunstâncias incontroláveis, seja resolvida pela interpretação que melhor atenda ao interesse público, sob a perspectiva dos direitos subjetivos dos usuários.

190. Essa é a linha que tenho seguido em processos de solicitação de solução consensual, como ilustra o seguinte trecho do voto que proferi no Acórdão 2.508/2023-Plenário:

"Afora a legalidade estrita, tenho defendido nesses processos de SSC que, bem mais do que aplicar o direito literalmente, fielmente e univocamente, na decisão consensual as partes convergem numa alternativa que se afasta da aplicação pura e simples das regras jurídicas estreitamente postas. [...]

Eminentemente no direito administrativo, no dever primeiro de ultimar a satisfação da coletividade (ou interesse público primário), se a limitação do direito positivo impede a consecução do mais óbvio dos resultados (neste caso, a redução das contas de luz podendo atingir até R$ 1,6 bilhão), a solução consensual pode emergir como a única solução viável."

191. No caso em exame, verifico que a comissão buscou resolver a controvérsia, analisando, inicialmente, as alternativas oferecidas pela Lei 8.987/1995 (caducidade) e pela Lei 13.448/2017 (relicitação). Diante das desvantagens observadas ao interesse

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

público e aos direitos dos usuários, precipuamente pela permanência da situação de falta de investimentos na rodovia, os membros da CSC passaram a analisar a solução instituída pela Portaria MT 448/2023, qual seja a readaptação e otimização do contrato de concessão.

192. Embora o instituto não esteja previsto em nenhuma norma legal atinente às concessões públicas e a outros instrumentos de delegação de serviços públicos à iniciativa privada, a comissão avançou no exame dessa alternativa, sem se debruçar detidamente sobre a sua legalidade, priorizando o exame de suas consequências e de sua vantajosidade.

193. Conforme visto no capítulo II, a maioria da comissão concluiu que o acordo, mediante a celebração de um contrato remodelado, seguido de um processo competitivo para a eventual transferência do controle societário da concessionária atual, era a opção mais vantajosa para o interesse público, por permitir a realização de investimentos com antecedência de cerca de cinco anos e com tarifa de pedágio inferior à média dos estudos de outros projetos de concessão submetidos à audiência pública pela Infra S/A.

194. Dito isso, entendo que a figura do contrato readaptado, otimizado ou remodelado implica verdadeiro contrato novo, pois, embora tenha sido mantido o sítio geográfico onde será prestado o serviço público – a exploração de 320,1 km da Rodovia BR 101/RJ –, houve mudanças substanciais em todos os elementos essenciais de uma concessão pública, a saber: a equação econômico-financeira, o plano de investimentos, a TIR, a curva de demanda de veículos, os custos dos investimentos, a distribuição de riscos, o modelo regulatório e o prazo contratual. Por via de consequência, foi estabelecida uma tarifa totalmente descasada das condições editalícias pactuadas na licitação que deu ensejo ao contrato original e à tarifa proposta pela concessionária.

195. Logo, entendo que, em linha com a AudRodoviaAviação, que o ajuste remodelado vai além do permitido pela mutabilidade dos contratos de concessão, uma vez que não se buscou apenas remediar as causas de eventual desequilíbrio da equação econômico-financeira original, mas implantar verdadeira equação nova, a partir da adoção de novas premissas e parâmetros para a exploração do bem público.

196. Ainda que se considerem todas as teorias aplicadas aos contratos de concessão pública (incompletude, assimetria de informações e contratos relacionais) e todas as causas invocadas pela concessionária para a inviabilidade do contrato atual, a ordem jurídica não autoriza substituir o ajuste anterior por um outro.

197. Nesse sentido, invoco uma das proposições trazidas pelo administrativista Flávio Amaral Garcia, em sua tese de doutoramento na Universidade de Coimbra, acerca dos limites materiais da mutabilidade dos contratos de concessões públicas. Segundo o professor da Fundação Getúlio Vargas/RJ, "mutabilidade não é 'degeneração contratual'. Assim, os princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto desvelam-se como os mais relevantes parâmetros conformadores da mutabilidade". (GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 331).

198. Ainda que esse fundamento não tenha sido usado pela comissão, na prática, a solução trazida usou a teoria da base objetiva do contrato ou do negócio jurídico, o que somente é cabível nas relações consumeristas, como ilustra o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"O requisito de o fato não ser previsível nem extraordinário não é exigido para a teoria da base objetiva, mas tão somente a modificação nas circunstâncias indispensáveis que existiam no momento da celebração do negócio, ensejando onerosidade ou desproporção

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

para uma das partes. Com efeito, a teoria da base objetiva tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. Em que pese sua relevante inovação, a referida teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Ademais, não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microssistema do direito do consumidor. De outro modo, a teoria da quebra da base objetiva poderia ser invocada para revisão ou resolução de qualquer contrato no qual haja modificação das circunstâncias iniciais, ainda que previsíveis, comprometendo em especial o princípio pacta sunt servanda e, por conseguinte, a segurança jurídica." (REsp 1.321.614-SP, Rel. originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015). (grifos acrescidos).

199. Dessa forma, sob a ótica da estrita legalidade, não haveria amparo jurídico para a readaptação e otimização dos contratos de concessão, na extensão admitida pela Portaria MT 848/2023, tampouco para as significativas alterações dos elementos do contrato em apreço sugeridas pela maioria da CSC.

200. Todavia, considerando as consequências práticas adversas das únicas soluções admitidas pela legalidade estrita, a declaração da caducidade ou a continuidade da relicitação, e as razões de interesse público suscitadas pela comissão, compreendo que é possível superar a desconformidade legal da solução trazida pela Portaria MT 848/2023, mediante a aplicação do art. 21, parágrafo único, do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

201. Conforme o dispositivo:

"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos." (grifos acrescidos).

202. Ainda que o dispositivo mencionado fale em invalidação de contrato, compreendo que as suas balizas se aplicam a qualquer medida de desfazimento de um ajuste, a exemplo da decretação de caducidade ou mesmo a extinção amigável no âmbito do processo de relicitação.

203. Isso implica dizer que, em situações excepcionais e justificadas, como parece ser o caso em apreço, de inviabilidade absoluta do prosseguimento do contrato de concessão da Autopista Fluminense, a administração pode buscar alternativas para a regularização de modo proporcional e equânime do ajuste, a fim de evitar ônus ou perdas excessivas aos usuários da rodovia, desde que não imponha prejuízo aos interesses gerais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

204. A solução buscada pela comissão para superar a ampla alteração do contrato de concessão da Autopista Fluminense foi a realização de um processo competitivo para seleção de proponente interessado em assumir o controle da avença, com a oferta da transferência definitiva de controle da SPE da concessão ao mercado.

205. Diferentemente da maioria da CSC, compreendo que o aludido processo competitivo sugerido não se alinha com o art. 27-A da Lei 8.987/1995, nem com a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI 2.946.

206. O dispositivo legal prescreve o seguinte:

"Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

[...]

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizadas na forma do caput deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos." (grifos acrescidos).

207. Diferentemente do disposto na lei, o contrato assumido por um novo controlador, caso haja troca de controle acionário, é completamente distinto do ajuste originalmente submetido à licitação, de forma que, na prática, terá havido ampla modificação das obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos.

208. A propósito, essa foi a premissa principal usada pelo STF, ao decidir pela constitucionalidade do art. 27 da Lei 8.987/1995 e pela desnecessidade da transferência de concessão pública com nova licitação.

209. Nesse sentido, transcrevo o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, na condição de Relator do julgado:

"É preciso observar, outrossim, que a transferência da concessão ou do controle acionário não dá início a uma relação jurídico-contratual nova. Ao contrário. Permanecem o mesmo objeto contratual, as mesmas obrigações contratuais e a mesma equação econômico-financeira. Em suma, a base objetiva do contrato continua intacta. O que ocorre é apenas sua modificação subjetiva, seja pela substituição do contratado, seja em razão de sua reorganização empresarial." (grifos acrescidos).

210. Assim, ainda que o STF tenha decidido pela constitucionalidade da transferência de controle acionário sem licitação, ele o fez sob a premissa de que a base objetiva do contrato era a mesma, o que não é o caso da solução trazida pela CSC. Como dito, o eventual novo controlador irá assumir um contrato de concessão pública, a partir de um processo competitivo, sem que o objeto, a modelagem econômica e as cláusulas pactuadas tenham passado anteriormente pelo crivo de uma licitação pública.

211. Todavia, considerando que o processo competitivo tem o potencial de assegurar o atendimento do princípio da isonomia, como reconheceu o Ministro Walton Alencar no voto condutor do Acórdão 1.996/2024-Plenário, compreendo, a fim de manter a integridade e a coerência da jurisprudência desta Casa, que a solução trazida pela CSC para a regularização proporcional do contrato de concessão está abrigada pelo princípio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

da juridicidade, desde que cumpridas as condições estabelecidas naquela decisão e as especificadas em capítulo próprio adiante.

212. Em suma, entendo que o processo competitivo para a alienação do controle acionário da concessionária constituiu uma iniciativa válida da comissão, no sentido de buscar o saneamento do contrato de concessão em análise, de modo proporcional e equânime, nos termos exigidos pelo art. 21 da LINDB. A solução vai ao encontro da resolução dos problemas da rodovia, estando de acordo com o interesse público, sob a perspectiva dos usuários, e com os princípios da isonomia e da busca pela melhor proposta.

213. Dessa forma, apesar de a ampla reformulação do contrato, analisada isoladamente, não estar amparada em nenhuma norma legal, conforme visto, reputo que a sua combinação com o processo competitivo satisfaz, em tese, o disposto no parágrafo único do art. 21 da LINDB, motivo pelo qual concluo pela juridicidade da solução trazida pela maioria da CSC (otimização + oferta do ativo ao mercado)."

15. Dessa forma, a fim de prestigiar a estabilidade, a coerência e a integridade da jurisprudência desta Casa, conforme prega o art. 926 do Código de Processo Civil, compreendo que a solução apresentada pela maioria dos membros da CSC deve ter a sua juridicidade reconhecida por este Tribunal, na linha do precedente supramencionado.

16. Não obstante, é preciso perquirir, em concreto, se foi devidamente comprovada a vantajosidade da solução proposta, frente às alternativas disponíveis. Para tanto, cabe verificar se a solução alvitrada proporciona o menor custo para os usuários entre as alternativas colocadas na mesa.

III – Análise da vantajosidade da solução

17. Quanto a isso, verifico que, diferentemente do caso tratado no processo de minha relatoria, não houve, por parte da AudRodoviaAviação, sérias objeções quanto às premissas econômicas adotadas na modelagem econômico-financeira (MEF) do contrato remodelado da BR-163/MS.

18. Na situação em apreço, os valores do Capex e do Opex se fundamentaram, principalmente, nos estudos em elaboração pela Infra S.A. para a relicitação do trecho. A Taxa Interna de Retorno ("TIR") está em linha com a metodologia do **Weighted Average Cost of Capital** (WACC) regulatório vigente atualmente, de acordo com o nível de risco indicado nas Resoluções ANTT 6.002/2022, 6.003/2022 e 6.004/2022, alcançando, portanto, uma TIR de 9,45%.

19. A projeção de crescimento de demanda de tráfego pactuada foi de 1,44% por ano em média, tendo se baseado nas taxas de crescimento do PIB estimadas pela FOCUS/BACEN até 2026 e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para longo prazo (2027 a 2048), bem como na elasticidade do crescimento de tráfego com base no fluxo de veículos da BR-163/MS.

20. A escorreita fundamentação das premissas econômicas da MEF do contrato otimizado, comparativamente às demais concessões apreciadas, foi reconhecida pela própria unidade técnica especializada, como se verifica na seguinte passagem da instrução do auditor encarregado:

"*324. Os valores negociados são oriundos de terceiro independente, com o uso de metodologia já utilizada em diversos outros projetos avaliados pelo TCU e com memória de cálculo. É verdade que se trata de versões preliminares do projeto, ainda sujeitos a correções de erros (alguns identificados durante a negociação), mas, ainda assim, muito melhores do que números exclusivamente produzidos pela concessionária, com conflito de interesse, sem transparência, rastreabilidade e memória de cálculo.*"

21. Por fim, a AudRodoviaAviação reconheceu que a tarifa final da proposta de solução consensual, de R$ 0,1513 por km (pista simples), era ligeiramente inferior à dos estudos do projeto das Rotas do Pantanal e do Tuiuiú, calculada em R$ 0,1555 por km.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

22. Todavia, a unidade técnica especializada entendeu que não estava demonstrada a vantajosidade econômica da proposta da maioria da CSC, tendo em vista os seguintes motivos:

a) a comissão desconsiderou um provável desconto que será obtido em eventual leilão, estimada em torno de 8% sobre a tarifa-teto da modelagem da Infra S.A.; e

b) não foi adequadamente discutida a solução alternativa de alterar o contrato, remediando as causas de suas inviabilidades, mantendo a vinculação com a proposta vencedora da licitação.

23. A despeito disso, observo que a maioria da comissão analisou a alternativa mais conservadora, de promover o mínimo de mudanças contratuais, nos moldes de uma revisão quinquenal, o que foi rechaçado maioria de seus membros, tendo em vista a insustentabilidade financeira dessa solução.

24. Transcrevo a seguir o trecho que trata da matéria:

> "*168. Ademais, foi levantada a hipótese de se realizar alterações mais amplas, em decorrência de eventual reconhecimento de eventos imprevisíveis e de impactos extraordinários, mas, ainda assim, buscando-se preservar a essência das condições econômico-financeiras pactuadas no certame original.*
>
> *169. Por exemplo, no cenário de ajustes mais conservadores, buscou-se endereçar os principais fatos extraordinários alegados pela concessionária e poder concedente, que teriam impactado negativamente na execução contratual: aumento de insumos; e diminuição do tráfego em razão de fatores macroeconômicos. Nesse sentido, buscou-se reproduzir no contrato original o efeito desses fatos na tarifa para avaliar qual seria o impacto na sustentabilidade financeira do ativo. Esse caminho não teve prosseguimento pois acabou por gerar VPL negativo, de modo que o projeto continuaria inviável economicamente. Chegou-se à conclusão de que para que o contrato fosse sustentável financeiramente e o volume de investimentos exequível, o mero rearranjo ficaria muito aquém do necessário, sendo necessária a remodelação profunda do projeto.*"

25. Sendo assim, compreendo que foi devidamente comprovada a vantajosidade da solução proposta pela maioria da Comissão, frente às alternativas disponíveis, no caso em apreço.

26. Todavia, entendo que o termo de autocomposição não pode ser aprovado integralmente nesta oportunidade, haja vista as desconformidades listadas adiante.

IV - Sobre a necessidade de prévia realização de consulta pública

27. Conforme visto, a otimização contratual pretendida afeta substancialmente o direito dos usuários, uma vez que envolve simultaneamente o incremento substancial do valor da tarifa, a prorrogação contratual de 10 anos e a alteração dos investimentos pactuados.

28. Na situação em apreço, adoto encaminhamento similar ao do Acórdão 2.318/2024-Plenário, no sentido de condicionar a assinatura do termo de autocomposição à realização de procedimento que permita, tal como uma consulta pública, a divulgação para a sociedade:

a) dos parâmetros e das disposições do termo aditivo do contrato de concessão a ser celebrado; e

b) dos procedimentos a serem adotados no processo competitivo para a eventual transferência do controle societário da concessionária atual.

V - Sobre o prazo estipulado entre a publicação do edital do procedimento competitivo e a realização da sessão pública

29. Com relação ao assunto, reproduzo as mesmas críticas que o Ministro Walton Alencar fez, por ocasião da apreciação do Acórdão 1.996/2024-Plenário, as quais foram por mim incorporadas, no

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

voto condutor do Acórdão 2.318/2024-Plenário, quanto à ausência de razoabilidade do prazo estipulado de 70 dias, entre a publicação do edital do procedimento competitivo e a realização da sessão pública para recebimento de propostas para a eventual transferência do controle acionário da concessionária.

30. Afinal, o prazo estabelecido seria inferior em 30 dias ao mínimo estabelecido nos processos licitatórios de concessões rodoviárias, conforme Resolução-CPPI 1, de 13 de setembro de 2016, o que não se mostra razoável, tendo em vista a complexidade dos dados a serem analisados pelos potenciais interessados.

31. Na situação em apreço, os competidores terão que analisar não apenas os elementos do projeto da concessão em si (estudos, projetos de engenharia, orçamentos, licenciamentos, contratos de obras), como também as informações referentes a todo o negócio e funcionamento da SPE.

32. Além disso, será preciso realizar o que o mercado chama de **due diligence** do ativo, o que envolve o exame de livros contábeis, demonstrações financeiras, contratos, processos judiciais, administrativos e tributários, assim como a promoção de uma espécie de inventário dos ativos e passivos da companhia, bem como de seu patrimônio.

33. Desse modo, estabeleço a mesma condicionante consignada nos Acórdãos 1.996/2024-Plenário e 2.318/2024-Plenário, no sentido de que a solução consensual pode prosseguir, desde que seja providenciada a reformulação do prazo de disponibilização de informações e de documentos do processo competitivo, com o objetivo de garantir atendimento ao princípio da isonomia.

34. Em acréscimo, reputo pertinente estabelecer como terceira condição para a aprovação da solução consensual a inclusão, no contrato otimizado, de cláusula estabelecendo o compromisso da atual concessionária para disponibilizar, por ocasião do processo competitivo, todos os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, nos termos do art. 21 da Lei 8.987/1995.

VI - Sobre a necessidade de análise de regularidade fiscal e da capacidade econômico-financeira da atual concessionária, por ocasião do processo competitivo

35. Por fim, reputo pertinente incluir como uma última condicionante, na trilha dos precedentes invocados no capítulo anterior, a exigência de comprovação da regularidade fiscal e da capacidade econômico-financeira da atual controladora e da SPE, por ocasião do processo competitivo.

36. Tal exigência se funda no art. 16 da Resolução ANTT 5.927/2021:

> "*Art. 16 Nas hipóteses de transferência de controle societário, o novo controlador deverá:*
>
> *I - atender aos requisitos de regularidade fiscal previstos no edital do procedimento licitatório respectivo; e*
>
> *II - apresentar relatório demonstrando capacidade econômica e financeira, contendo indicadores de liquidez, operacionais, financeiros, de custo de capital, de valorização da empresa e de valor econômico agregado, como forma de aferir sua idoneidade financeira.*"

37. Assim, com as devidas vênias ao ilustre Relator, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de novembro de 2024.

Ministro BENJAMIN ZYMLER
Redator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096648.

VOTO COMPLEMENTAR

Em análise a Solicitação de Solução Consensual apresentada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com o objetivo de resolver controvérsias relacionadas ao Contrato de Concessão de Serviço Público celebrado em 12 de março de 2014 entre a Agência Reguladora e a Concessionária de Rodovias Sul-Matogrossense S.A. (MSVia), oriundo do Edital de Concessão nº 005/2013 - Parte VII.

2. Na sessão do dia 6/11/2024, durante o julgamento da proposta de solicitação consensual, o presente processo foi objeto de pedido de vista formulado pelo Ministro Augusto Nardes após o Ministro Benjamin Zymler ter apresentado voto divergente.

3. Em sua manifestação, o Ministro Benjamin Zymler expôs voto no sentido de aprovar a solução consensual da MSVIA com a inclusão de condicionantes semelhantes àquelas apresentadas por ocasião do julgamento do Acórdão 2.318/2024-TCU-Plenário, de sua relatoria.

4. Desde já, louvo o eminente Ministro Benjamin Zymler pelo Voto revisor que trouxe à apreciação deste Plenário na última sessão, que muito enriquece o debate acerca deste processo de solução consensual.

5. No entanto, renovo minhas vênias para manter minha posição quanto à ilegalidade e a não demonstração da vantajosidade do acordo em apreciação, sem prejuízo de reafirmar que o mecanismo de solução consensual mediado pelo TCU é constitucional e legal.

6. Não tenho qualquer dúvida quanto a isso e de forma alguma propus uma rediscussão sobre o tema. A incorporação do consensualismo à dinâmica processual do TCU potencializou sua atuação preventiva, preditiva e pedagógica, permitindo a construção participativa de soluções criativas e factíveis para alguns dos grandes problemas nacionais. Trata-se de notável ganho para o controle e para a nação. Não por outro motivo, há que sempre se cumprimentar o eminente Presidente Bruno Dantas pela iniciativa, que deixa um legado indelével para o desenvolvimento de nosso país.

7. Todavia, minha posição, **neste caso concreto**, é a de que **o conteúdo da solução consensual proposta é irremediavelmente ilegal, vez que inconciliável não apenas com a letra da lei, mas também com todo o ordenamento jurídico**.

8. Em suma, não vislumbro princípio ou regra jurídica que embase o acordo que as partes propuseram. A meu sentir, a proposta ofende de forma grave e intensa o princípio da legalidade, não apenas por ausência de normas positivadas que a suportem, mas por colisão com normas cogentes e basilares do sistema jurídico brasileiro, como extensamente demonstrado em meu Voto. Poderia ainda apontar, na ortodoxia da qual me orgulho, a agressão ao princípio da moralidade, haja vista o acordo premiar o comportamento reprovável do agente privado e a inação injustificável do regulador.

9. Importante destacar que eu não estava presente no julgamento do Acórdão 1996/2024-TCU-Plenário e na sessão que julgou o Acórdão 2.318/2024-TCU-Plenário participei de forma telepresencial, tendo ficado diversos momentos da sessão sem comunicação com os sistemas do Tribunal.

10. Mesmo assim, fui buscar os principais fundamentos que possibilitaram a aprovação das propostas de consenso mencionadas.

11. No voto condutor do Acórdão 1.996/2024-TCU-Plenário, o Ministro Walton defendeu que:

> *Nos processos de solicitação de solução consensual, incumbe ao Tribunal de Contas da União* ***ratificar a legalidade do objeto da negociação, a sua motivação****, em termos de conveniência e oportunidade,* ***sempre direcionada ao atendimento do interesse público****. O Tribunal* ***delibera com o objetivo de ampliar a segurança jurídica do negócio****, advinda da conciliação de interesses, após ampla discussão das divergências existentes.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77126042.

(...)

***Ao comparar a solução ora proposta com a relicitação, concluiu-se que o acordo é a opção mais vantajosa para o interesse público**, por permitir a realização de investimentos com antecedência de cerca de cinco anos e com tarifa de pedágio inferior à média dos estudos de outros projetos de concessão submetidos à audiência pública pela Infra S/A.*

Ponto relevante ao optar pela relicitação seria o plausível descumprimento do prazo estabelecido para a nova contratação, fazendo com que os investimentos não sejam realizados e o excedente tarifário aplicado em desfavor dos usuários. Cito, por exemplo, o caso da Via-40, cujo pedido foi aprovado por decreto em fevereiro de 2020 e até o momento não foi concluído.

12. Posteriormente, na sessão do dia 30/10/2024, o Ministro Benjamin Zymler apresentou proposta de solução consensual relativa ao contrato de concessão firmado com a Concessionária Autopista Fluminense para a realização de serviços na BR-101/RJ, que foi aprovada com condicionantes. O voto condutor do Acórdão 2.318/2024-TCU-Plenário tomou por base os seguintes fundamentos.

*199. Dessa forma, **sob a ótica da estrita legalidade, não haveria amparo jurídico para a readaptação e otimização dos contratos de concessão, na extensão admitida pela Portaria MT 848/2023, tampouco para as significativas alterações dos elementos do contrato em apreço sugeridas pela maioria da CSC**.*

*200. Todavia, considerando as consequências práticas adversas das únicas soluções admitidas pela legalidade estrita, a declaração da caducidade ou a continuidade da relicitação, e as razões de interesse público suscitadas pela comissão, **compreendo que é possível superar a desconformidade legal da solução trazida pela Portaria MT 848/2023, mediante a aplicação do art. 21, parágrafo único, do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**.*

201. Conforme o dispositivo:

*"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, **decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa** deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.*

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos." (grifos acrescidos).

202. Ainda que o dispositivo mencionado fale em invalidação de contrato, compreendo que as suas balizas se aplicam a qualquer medida de desfazimento de um ajuste, a exemplo da decretação de caducidade ou mesmo a extinção amigável no âmbito do processo de relicitação.

*203. Isso implica dizer que, em situações excepcionais e justificadas, como parece ser o caso em apreço, de inviabilidade absoluta do prosseguimento do contrato de concessão da Autopista Fluminense, a administração **pode buscar alternativas para a regularização de modo proporcional e equânime do ajuste, a fim de evitar ônus ou perdas excessivas aos usuários da rodovia, desde que não imponha prejuízo aos interesses gerais**.*

(...)

211. Todavia, considerando que o processo competitivo tem o potencial de assegurar o atendimento do princípio da isonomia, como reconheceu o Ministro Walton Alencar no voto condutor do Acórdão 1.996/2024-Plenário, compreendo, a fim de manter a integridade e a coerência da jurisprudência desta Casa, que a solução trazida pela CSC para a regularização proporcional do contrato de concessão está abrigada pelo princípio da juridicidade, desde que cumpridas as condições estabelecidas naquela decisão e as especificadas em capítulo próprio adiante.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77126042.

> *212. Em suma, entendo que o processo competitivo para a alienação do controle acionário da concessionária constituiu uma iniciativa válida da comissão, no sentido de buscar o saneamento do contrato de concessão em análise, de modo proporcional e equânime, nos termos exigidos pelo art. 21 da LINDB. A solução vai ao encontro da resolução dos problemas da rodovia, estando de acordo com o interesse público, sob a perspectiva dos usuários, e com os princípios da isonomia e da busca pela melhor proposta.*
>
> *213. Dessa forma, apesar de a ampla reformulação do contrato, analisada isoladamente, não estar amparada em nenhuma norma legal, conforme visto, reputo que a sua combinação com o processo competitivo satisfaz, em tese, o disposto no parágrafo único do art. 21 da LINDB, motivo pelo qual concluo pela juridicidade da solução trazida pela maioria da CSC (otimização + oferta do ativo ao mercado.*

13. É possível perceber que os fundamentos utilizados pelos Ministros Relatores das duas únicas soluções consensuais do setor rodoviário não são iguais. Em ambos os casos, os relatores concordaram que inexiste amparo legal em sentido estrito, entretanto cada um trilhou caminho distinto para concluir pela possibilidade do acordo.

14. Diante disso, a despeito do art. 926 do Código de Processo Civil preconizar que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", não identifiquei nos dois precedentes invocados tamanha similitude capaz de suscitar a existência de jurisprudência aplicável ao caso.

15. Não vislumbro, portanto, a existência de uma "jurisprudência consolidada" sobre soluções consensuais em rodovias, menos ainda de um "precedente vinculante" nesta Corte, situação que, se existisse, justificaria argumentações típicas de julgamentos com ***stare decisis*** e importadas da ***common law***, como ***distinguishing*** e ***overruling***.

16. E ainda que existisse, não haveria ***distinguishing*** a ser feito aqui. Veja-se que este acordo foi submetido a meu gabinete antes do julgamento dos dois precedentes invocados. Ou seja, não havia, para as partes do acordo, quando de sua submissão, expectativa legítima de que esta Corte necessariamente aprovaria seus termos com base em julgados pretéritos, ainda que a solução consensual fosse idêntica às anteriores.

17. Complementarmente, com as máximas vênias ao Ministro Benjamin Zymler, entendo que o art. 21 da LINDB não se aplica ao caso do contrato de concessão ora em análise.

18. Isso porque a Lei 13.448/2017, que criou o instituto da relicitação, impôs a continuidade da prestação dos serviços até que o vencedor da licitação assuma as obrigações contratuais previstas no edital. Diante disso, não é possível considerar que o procedimento de relicitação possui qualquer semelhança a uma invalidação contratual e, portanto, o parágrafo único do art. 21 da LINDB não autoriza a administração a buscar alternativas para a regularização do ajuste.

19. Como defendi no meu Voto, a busca de alternativas para a regularização pela Administração Pública, via autocomposição com os seus administrados, fundamenta-se no art. 26 da LINDB, que, além de impor o respeito à legislação aplicável ao caso, também prevê a necessidade de apresentar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Na minha visão, isso não acontece no presente caso concreto.

20. Assim, mantenho minha posição no sentido de que as alterações propostas no contrato de concessão não se amparam na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na Lei de Concessões (Leis 8.987/1995 e 9.074/1995) ou na Lei de Licitações Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993, revogada pela Lei 14.133/2021), menos ainda em quaisquer princípios explícitos ou implícitos do ordenamento jurídico pátrio.

***

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77126042.

21. Mesmo considerando não possuir amparo jurídico, passo à análise da alegada vantajosidade da proposta da BR-163/MS em relação à continuidade do procedimento de relicitação. Concordo que o caso em análise teve uma menor assimetria informacional que os demais julgados até o momento, todavia a premissa de avaliação de alternativas deve centrar-se na apreciação das alternativas presentes na proposta e não no grau de dificuldade enfrentado nos demais processos de solução consensual.

22. Especificamente em relação ao presente caso, a Comissão de Solução Consensual defendeu que a proposta i) antecipa em torno de 3 anos da execução das obras, ii) abarca maior valor de CAPEX, iii) a tarifa será menor que a alternativa e iv) os passivos regulatórios serão reduzidos.

23. No que tange a uma possível antecipação dos investimentos, defendi em meu Voto que os investimentos propostos são de extrema relevância para a população da região, todavia é necessário reconhecer que a celebração do Termo de Autocomposição, por si só, seja com a atual concessionária ou com qualquer outra que assumir o contrato, **não garante que os investimentos serão concluídos no prazo previsto**.

24. A justificativa de que a concessionária antecipará os investimentos indicados no novo Plano de Exploração da Rodovia (PER) em 3 anos contém forte viés de otimismo e desconsidera riscos relevantes à gestão do empreendimento.

25. Por exemplo, foi apontado durante a última sessão de julgamento que, no caso da relicitação do trecho rodoviário, outros licitantes poderiam atrasar a conclusão da nova contratação pela interposição de recursos contra a declaração do seu vencedor. Essa linha argumentativa também deveria ser considerada para o procedimento competitivo proposto pela Comissão, principalmente porque o instrumento competitivo criado no âmbito da CSC pode ser questionado quanto à sua legalidade.

26. Aqui vale reforçar meu entendimento de que a anuência do poder concedente, tratado no art. 27 da Lei 8.987/1995 e na Resolução ANTT 5.927/2021, refere-se exclusivamente à troca de concessionárias **mantida as condições contratuais inicialmente avençadas**.

27. Assim, concluo que diversos fatores, alheios ou não à responsabilidade das partes, podem atrapalhar o atingimento do principal benefício da celebração da presente autocomposição.

28. Quanto à aventada ampliação dos investimentos (***CAPEX***), a unidade técnica apontou que o seu incremento não decorre exatamente de um maior volume de obras necessárias para elevar a rodovia ao nível de serviço desejado. Pelo contrário, ela se dá pela inclusão de serviços não necessários para o atingimento do nível de serviço e de custos maiores para as mesmas obras previstas.

29. Em relação ao valor da tarifa, foram apontadas as seguintes conclusões quanto à não comprovação de sua vantajosidade.

30. A primeira delas é que a avaliação contempla a tarifa de pedágio proveniente de um processo de mediação em comparação com a tarifa-teto inicialmente calculada no processo de relicitação.

31. A segunda conclusão refere-se à consideração de que as tarifas dos projetos em relicitação se manterão iguais em suas versões finais, ou seja, que nenhum ajuste no MEF até a publicação do edital reduziria a tarifa-teto levada à leilão.

32. A terceira porque desconsiderou o provável cenário de competição do certame e a oferta de desconto da tarifa, cuja média obtida nos leiloes que aplicaram a regra de limitação de desconto (existente desde 2021) é de 10,33%. Ou seja, a tarifa esperada no leilão é de cerca de 8% inferior à tarifa da negociação. Assim, o valor da tarifa decorrente da mediação não se mostra indubitavelmente vantajosa.

33. Conveniente trazer à baila os resultados alcançados nas licitações da BR 116/101/RJ/SP, em que a CCR RioSP se sagrou a vencedora, e da Ponte Rio-Niterói, que estava concedida à CCR, mas que a EcoPonte apresentou a melhor proposta.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77126042.

34. Considerando que ambos os contratos não permitiam a possibilidade de prorrogação do prazo contratual, diversas alegações "de ordem genérica foram invocadas previamente às licitações para defender a prorrogação dos contratos com a manutenção das concessionárias da época como a solução mais eficiente".

35. Ao contrário do defendido, os resultados dos dois certames mostraram uma realidade completamente distinta. Os licitantes ofertaram descontos relevantes nas tarifas de pedágio, demonstrando ser a opção que melhor atendeu ao interesse público, seja pela questão financeira, pela questão da segurança jurídica ou pela mitigação do risco moral e sistêmico.

36. Na sequência, os potenciais benefícios verificados pela redução dos passivos regulatórios da concessão da BR-163/MS incluem:

36.1. o encerramento de litígio avaliado em R$ 1,426 bi;

36.2. o não pagamento de indenização à concessionária;

36.3. a desnecessidade de assunção do trecho pelo DNIT no período de transição entre a atual concessionária e a próxima que assumirá o trecho;

36.4. a desnecessidade de declaração de caducidade em caso de licitação deserta; e

36.5. a desoneração dos cofres públicos, por não necessitar prosseguir com a realização de dois processos de licitação complexos e morosos.

37. A análise feita pela unidade especializada, cujo trecho transcrevo a seguir, concluiu que as vantagens decorrentes da redução do passivo regulatório existem, mas não na extensão defendida pela CSC.

> 230. O referido litígio de R$ 1,426 bi diz respeito aos alegados efeitos das causas invocadas para a negociação – aumento de custos, frustração de tráfego, particionamento das licenças ambientais e alteração nas condições de financiamento.
>
> 231. Primeiro que se trata de um processo arbitral em estágio inicial. Tanto a possibilidade de derrota da Administração (que resultaria no dever de pagar) quanto o valor de eventual condenação são incertos. A vantagem, portanto, estaria no encerramento do litígio, e não em economia de valor.
>
> 232. Como se verificou, uma solução proporcional aos problemas alegados resultaria no mesmo benefício de encerramento do litígio a um custo bastante inferior e mantendo-se minimamente a conexão com o atual contrato vigente. Trata-se, portanto, de uma vantagem relativa que pode ser obtida por meios mais alinhados às regras contratuais e disposições legais.
>
> 233. Quanto à desoneração do OGU pelo não pagamento da indenização, também se trata de uma vantagem relativa, já que ele pode ser feito pelo novo concessionário, incluindo-se tal valor nos novos projetos.
>
> 234. Sobre os riscos de extensão do prazo para assunção da nova concessionária, trata-se de fato de benefício, pois o prazo atual de encerramento do contrato, março/2025, não é suficiente para concluir os trâmites de projeto, leilão e assinatura do novo contrato. Essa situação poderia ter sido minimizada pela priorização desses projetos, já em curso e com data de encerramento da relicitação já conhecida desde pelo menos 2019.

38. Com isso, concluo que as supostas vantajosidades contidas na proposta de solução consensual não se encontram devidamente comprovadas e, portanto, não são capazes de atender o interesse público, de modo que não se justifica a autorização do Tribunal a celebrar o Termo de Autocomposição em questão.

39. Como descrito no meu Voto, reconheço que a presente proposta teve uma menor assimetria informacional em relação aos processos já analisados pelo Tribunal, todavia, por afrontar diversos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77126042.

princípios constitucionais e a legislação aplicável às concessões, por ampliar o risco moral e sistêmico e por não estar plenamente configurado o interesse público na proposta de Solução Consensual, proponho, com as devidas vênias ao Ministro Revisor, que o Termo de Autocomposição formulado para a BR-163/MS seja recusado pelo Tribunal.

40. Para finalizar, espero que a minha posição seja respeitada, assim como respeito todos que pensam de forma diversa e enxergam legalidade nesse acordo, ainda que isso me cause perplexidade. Fato é que, se não for possível, a cada caso concreto, examinarmos com vagar o teor do acordo e nos manifestarmos sobre aquilo que compreendemos como indevido, de nada adiantará a independência assegurada pela Constituição Federal à nossa atuação enquanto magistrados.

Feitas essas considerações, Voto para que o Tribunal adote a minuta de Acórdão que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2024.

AROLDO CEDRAZ
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77126042.

ACÓRDÃO Nº 2434/2024 – TCU – Plenário

1. Processo TC 033.777/2023-3.
1.1. Apenso: 033.773/2023-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Solicitação de Solução Consensual.
3. Interessados/Responsáveis:
3.1. Interessado: Concessionária de Rodovias Sul-Matogrossense S.A. (MSVia).
3.2. Responsável: não há.
4. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres e Ministério dos Transportes.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
5.1. Revisor: Ministro Augusto Nardes.
5.2. Redator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
7. Unidade Técnicas: Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) e Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação).
8. Representação legal: Renata Regiane Lacerda Simas (173504/OAB-SP), representando Concessionária de Rodovia Sul - Matogrossense S/A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação de Solução Consensual apresentada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com o objetivo de resolver controvérsias relacionadas ao Contrato de Concessão de Serviço Público, celebrado em 12/3/2014. entre a referida agência e a Concessionária de Rodovias Sul-Matogrossense S/A (MSVia), cujo objeto

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo redator, em:

9.1. aprovar a proposta de solução consensual em exame com as seguintes condicionantes:

9.1.1. reformular a antecedência mínima associada ao processo competitivo para possível transferência do controle acionário da concessionária, desde que atenda à política pública associada, considerando que os interessados no certame devem avaliar mais parâmetros do que os envolvidos em licitação de nova concessão, entre eles características da SPE a ser adquirida, sobre as quais o atual controlador e competidor no certame tem profundo conhecimento, e apresentando estimativa de prazo para cada macroprocesso envolvido no procedimento (due diligence, precificação etc.), a fim de garantir isonomia e competitividade no certame;

9.1.2. realizar procedimento que permita, tal como uma consulta pública, a divulgação para a sociedade:

9.1.2.1. dos parâmetros e disposições do termo aditivo de modernização do contrato a ser celebrado; e

9.1.2.2. dos procedimentos a serem adotados no processo competitivo para a eventual transferência do controle societário da concessionária atual;

9.1.3. incluir no contrato otimizado, cláusula estabelecendo o compromisso da atual concessionária de disponibilizar, por ocasião do processo competitivo, todos os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, nos termos do art. 21 da Lei 8.987/1995;

9.1.4. prever a necessidade de análise e comprovação, por ocasião da realização do processo competitivo, da regularidade fiscal e da capacidade econômico-financeira da atual controladora e da SPE da atual controladora para assumir as obrigações decorrentes do termo aditivo de modernização do contrato, consoante o art. 16 da Resolução ANTT 5.927 (interpretação extensiva);

9.2. incluir na redação do termo de autocomposição as condicionantes do subitem 9.1;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096647.

9.3. dar ciência desta deliberação à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), ao Ministério dos Transportes (MT) e à Concessionária de Rodovia Sul - Matogrossense S/A.

9.4. não admitir, com base no art. 139 do Código de Processo Civil (CPC), na condição de **amicus curiae,** o pedido formulado pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul em razão do rito processual específico aplicado aos casos de Solução Consensual;

10. Ata n° 46/2024 – Plenário.
11. Data da Sessão: 13/11/2024 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2434-46/24-P.
13. Especificação do quórum:
13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Redator), Augusto Nardes (Revisor), Aroldo Cedraz (Relator), Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.
13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Redator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 77096647.