

ACÓRDÃO TCU Nº 1.593/2023-PLENÁRIO E A “DESRELICITAÇÃO”

Discussão quanto à viabilidade jurídica da retomada de concessões outrora problemáticas e em encaminhamento para nova licitação



Rodrigo Medeiros

Procurador do Ministério Público junto ao TCU, graduado em Direito pela Universidade de Brasília e mestre em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Autor do livro "Regras Fiscais e o Controle Quantitativo da Dívida Pública Federal no Estado Democrático de Direito"

O Acórdão nº 1.593/2023, de relatoria do ministro Vital do Rêgo, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), em 2 de agosto de 2023, no processo TC 008.877/2023-8, apreciou consulta formulada pelos ministros de Estado de Portos e Aeroportos e dos Transportes, submetida em 12 de maio de 2023, pertinente ao instituto da *relicitação*, de que trata a Lei federal nº 13.448/2017, fruto da conversão da Medida Provisória (MP) nº 752/2016.

A consulta constitui espécie processual prevista na Lei federal nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU), para a solução de dúvida suscitada por autoridade competente quanto à aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de competência da Corte (art. 1º, inciso XVII). Nos termos do art. 1º, § 2º, da LOTCU, a resposta à consulta “tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

Nos termos da Lei federal nº 13.448/2017, a relicitação consiste em procedimento de extinção amigável de *contratos de parceria*,¹ essencialmente concessões, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, “cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”, a fim de levar o objeto do contrato a nova licitação, eventualmente sob condições contratuais distintas, a juízo do poder concedente.

Enquanto não ultimada a relicitação, a prestação do serviço público concedido permanece sob a responsabilidade do parceiro original, em novas bases, estabelecidas em termo aditivo, suficientes tão só à garantia das condições mínimas necessárias à continuidade e segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento. Desse termo aditivo deve constar, por exigência legal, “a aderência *irrevogável e irretroatável* do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário”.

Em face da possibilidade legal inaugurada pela MP nº 752/2016 (convertida na Lei federal nº 13.448/2017), pactuou-se a relicitação de diversos ativos federais relevantes, outrora concedidos, entre os quais os aeroportos do Galeão, Viracopos e São Gonçalo do Amarante (tendo a relicitação se concretizado, com

¹ A Lei Federal nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, instituidora do Programa de Parcerias de Investimento em âmbito federal, o PPI, traz, em seu art. 1º, § 2º, o conceito de *contratos de parceria* a que remete a Lei 13.448/2017: “Para os fins desta Lei, **consideram-se contratos de parceria** a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.” (grifos nossos)

a seleção de um novo concessionário, apenas para o último), além da Ferrovia Malha Oeste e de trechos rodoviários.

Sobre o referido instituto, a consulta em questão veiculou as seguintes indagações das autoridades consultantes:

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

A intenção seria buscar, onde for possível, a reabilitação das concessões originárias e o restabelecimento das obrigações dos concessionários em sua inteireza, ainda que ajustadas à realidade e às demandas atuais dos respectivos setores, com fins à rápida retomada de investimentos em ativos tidos por estratégicos.

Apesar da objetividade das indagações, as respostas estão longe de ser simples, como indicam as profundas discussões travadas nos autos e as divergências, de maior ou menor grau, entre as diferentes análises e contribuições trazidas.

Tais divergências surgiram já no âmbito da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do TCU, cuja equipe primeiro se debruçou sobre a matéria. E se reproduziram nas manifestações do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), primeiro por este articulista, procurador Rodrigo Medeiros de Lima, a quem o feito foi originalmente atribuído, segundo pela procuradora-geral, Cristina Machado, em sua participação estatutária na sessão de julgamento.

O auditor federal de controle externo primeiro a analisá-la, Cleiton Rocha de Matos, manifestou-se pela impossibilidade de se desconstituir o processo de relicitação para a retomada da concessão original:

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

(...)

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

Mesmo defendendo a inexistência de base legal para a revogação da decisão de “relicitar”, indicou, alternativamente às suas conclusões – ante a possibilidade de não ter seu entendimento principal acolhido –, possíveis balizas à adequada motivação da opção pelo desfazimento do processo de relicitação. Envolviam, em termos gerais, a necessária demonstração (i) da vantajosidade da retomada da concessão original em face da solução relicitatória e (ii) da capacidade econômico-financeira do atual concessionário de adimplir suas obrigações contratuais, inclusive aquelas em mora.

² Instrução à peça 8 dos autos do TC 008.877/2023-8; grifos meus.

O diretor da subunidade a que se vincula o auditor, André Luiz de Albuquerque Farias, discordou quanto à defendida irrevogabilidade da opção relicatatória, por entender, à luz da Lei federal nº 13.448/2017, que “a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação dirigem-se ao contratado, não sendo vinculantes em relação ao Poder Concedente, na forma do art. 14, § 2º, III, e art. 15, I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, III, do Decreto 9.957/2019”. E, nesse sentido, quanto à primeira indagação da consulta, defendeu que:

Considerando que o processo de relicitação objetiva a extinção amigável do ajuste originário, inexistente vedação legal a cenário hipotético no qual, por iniciativa do Poder Concedente, e de comum acordo com o contratado originário, ambas as partes optem pelo retorno às condições contratuais originais anteriores ao termo aditivo de relicitação.³

A opinião, contudo, não foi endossada pela auditora-chefe da unidade de auditoria especializada do TCU, Laura Ávila Berlinck, que se filiou à primeira posição, do auditor instrutor, bem ilustrando a controvérsia e complexidade da questão.⁴ Não obstante, o posicionamento do diretor prevaleceu no Acórdão nº 1.593/2023, como se verá adiante.

Quanto aos parâmetros – e cautelas – a serem observados, como condição (e motivação) da extinção do procedimento de relicitação, o diretor da subunidade trouxe elenco considerável de condicionantes,⁵ abrangentes daquelas anteriormente pontuadas pelo auditor. Também nesse ponto, sua posição foi amplamente acolhida, tanto no parecer do MPTCU quanto no voto condutor do Acórdão nº 1.593/2023, sem prejuízo dos ajustes e acréscimos julgados devidos.

A possibilidade de modificações nos termos da concessão, no curso da execução contratual, foi bem esteada pelo diretor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em específico no precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991, cuja ementa reproduzimos parcialmente:

3 Pronunciamento à peça 9 dos respectivos autos.

4 Pronunciamento à peça 10 dos respectivos autos.

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

- demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;
- demonstração da aderência do novo ajuste em relação ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente;
- demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes;
- justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13 [sic: 14], § 3º da Lei 13.448/2017, quando for o caso;
- demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação;
- análise da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;
- comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação;
- comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo;
- comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação.” (peça 9; grifos no original)

(...) A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. (...)⁶

Em linha com o diretor, o procurador destacou a necessidade de se alcançar um consenso entre o poder concedente e o atual concessionário, não só quanto à extinção do processo de relicitação, mas quanto a eventuais ajustes a serem feitos no contrato original de concessão, capazes de lhe viabilizar a continuidade sem desnaturá-lo. Por isso, frisou que as renegociações deveriam anteceder a desconstituição do processo de relicitação.⁷

Acrescentou que “afigurar-se-ia contraditório e contraproducente da parte do Poder Concedente desfazer-se da anterior solução consensual sem um efetivo compromisso por parte do concessionário de retomada de suas obrigações, ainda que repactuadas”; o que acabaria por empurrar a concessão para outra forma de extinção anômala, “mais penosa e conflituosa”, qual seja, a caducidade.⁸

Defendeu, assim, que a celebração de novo termo aditivo, desconstitutivo da relicitação e substitutivo do termo aditivo até então vigente (em que se pactuou aquela solução extintiva da concessão), com fins à restauração da concessão original, admitiria ajustes que não a desfigurassem, inclusive o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas), à luz da demonstrada capacidade econômico-financeira do atual concessionário e a fim de afastar a inevitabilidade da caducidade. Essencial, no entanto, a seu ver, a preservação da equação econômico-financeira e da matriz de riscos originais do contrato.⁹

Nesse sentido, o membro do MPTCU opôs-se à aventada necessidade de instauração de processo de caducidade – ou de seu prosseguimento, na eventualidade de haver sido instaurado anteriormente à pactuação da relicitação –, em virtude de descumprimentos contratuais prévios, motivadores, justamente, da adoção da solução relicitatória, como suposta decorrência necessária da extinção anômala da relicitação e da consequente cessação do sobrestamento de que trata o art. 14, § 3º, da Lei 13.448/2017.¹⁰ Ressaltou a incongruência da medida, diante do reconhecimento da viabilidade e do interesse público na retomada da concessão original, a fundamentar a escolha pela desconstituição do processo relicitatório.¹¹

A procuradora-geral do MPTCU, por seu turno, evidenciando mais uma vez a extraordinariedade da controvérsia jurídica, opinou em sessão pela impossibilidade da retomada da concessão original, uma vez pactuada a relicitação, fundada, entre outras razões, no seguinte forte argumento:

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

6 ADI 5.991, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, Processo Eletrônico DJe-045: Divulg. 09/03/2021; Public. 10/03/2021.

7 Parecer do procurador do MPTCU Rodrigo Medeiros de Lima, à peça 13 dos respectivos autos.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 “Art. 14. ... § 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.”

11 “Ressalva-se que não se defende a existência de “imunidade” do contratado contra a possibilidade de vir a ser arrolado em novo processo de caducidade ou mesmo voltar a ser demandado em processo anteriormente autuado antes da qualificação do empreendimento para relicitação. O que deve restar claro é que a impossibilidade de comportamento contraditório do Poder Concedente implica a necessidade de que seja conferido ao parceiro egresso de relicitação desconstituída tratamento excepcional e diferenciado dos casos usuais, sem prejuízo de que novos descumprimentos ao contrato de concessão (observada eventual modulação do ajuste originário) impliquem sanções e, no limite, a instauração ou continuidade de processo de caducidade.” (trecho do parecer do procurador do MPTCU à peça 13 dos respectivos autos).

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.¹²

O relator do processo, ministro Vital do Rêgo, porém, aderiu, em essência – conforme já adiantado –, ao parecer do diretor da subunidade técnica, “com os ajustes e complementações sugeridas pelo MPTCU”, por meio do procurador Rodrigo Medeiros de Lima, trazendo aquele julgador seus próprios ajustes e complementações, também em acolhimento a ponderações de outros membros do colegiado.¹³

A reforçar a possibilidade do desfazimento do processo de relicitação, o relator colacionou prestigiada doutrina de Marçal Justen Filho e Cesar Pereira:

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

(...)

Como regra, manter a concessão é a melhor solução. O sistema jurídico – retratado nas determinações da Lindb (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) introduzidas em 2018 – prestigia a compreensão abrangente dos fatos e dos efeitos práticos das decisões administrativas. A União não está constrangida a manter uma solução administrativa anterior, especialmente quando se revelar como mais danosa ou economicamente insuportável. Tem o dever de adotar o caminho mais adequado, que pode ser o de consensualmente não dar continuidade à devolução e à relicitação.¹⁴

Invocou também o art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) –, como autorizativo da celebração de acordos no curso de processos de caducidade e relicitação, na medida em que:

(...) possibilita a ‘celebração de compromissos como instrumento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público’ e ‘formas mais flexíveis para lidar com a dinamicidade e a complexidade em certos terrenos do direito público, como os contratos de parcerias e investimentos, que são mutáveis por natureza’, observada a legislação aplicável.¹⁵

Nesse sentido, ressaltou a essencialidade do consenso para a retomada da concessão original, como pressuposto da reversão da solução consensual anteriormente pactuada, qual seja, a relicitação do objeto da concessão: “há que se observar idênticos atributos que levaram à formação do procedimento de relicitação para percorrer o caminho inverso, isto é, para seu desfazimento ou encerramento prematuro”.¹⁶

12 Manifestação da procuradora-geral do MPTCU à peça 22 dos respectivos autos.

13 Voto inicial e voto complementar do ministro Vital do Rêgo às peças 20 e 19 dos respectivos autos.

14 Voto à peça 20; grifos na citação original.

15 Voto à peça 20; grifos no original.

16 *Ibidem*.

Ainda a respeito, prosseguiu de maneira didática:

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

92. Caso o concessionário não manifeste esse interesse, não vejo como obrigar o contratado a permanecer em uma situação que ele entende não ser mais atrativa, em termos, pelo menos, econômicos, financeiros e operacionais.¹⁷

Reforçou, igualmente, com respaldo doutrinário, a mutabilidade dos contratos de concessão. Aqui reproduzimos, por sua especial pertinência, ensinamento doutrinário por ele colacionado, de Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano:

(...) os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos, seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta de seu longo prazo - e de todas as evoluções das necessidades sociais relacionadas ao seu objeto experimentadas durante esse longo período - , seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. Como dito, são pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão ~ sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicado na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a aprimorar-se por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito) (Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de direito público da economia RDPE*, ano 9, publicação trimestral, n. 34, abril/jun. 2011, p. 180).¹⁸

O ministro Vital do Rêgo deixou claro que a possibilidade de revisão de condições inicialmente pactuadas é própria dos contratos de concessão, estando inclusive prevista nos instrumentos vigentes, além de aderente à doutrina e às melhores práticas regulatórias, complementando que, “[t]al previsão é importante, pois as condições econômicas, financeiras e sociais podem sofrer alterações ao longo do transcurso de 20, 25 ou 30 anos de contrato”.¹⁹

Sobre a possível instauração ou prosseguimento do processo de caducidade, em decorrência do encerramento do procedimento de relicitação, o ministro relator filiou-se à percepção do procurador do MPTCU quanto à incoerência entre tal encaminhamento e o propósito de retomada da concessão original. Conforme ele bem traduziu em seu voto, “estar-se-ia trocando a extinção amigável pela extinção litigiosa do contrato de parceria”.²⁰

Quanto à necessidade de preservação da equação econômico-financeira e da matriz de riscos do contrato de concessão original, frisada pelo procurador, ele a acolheu em termos similares, ainda que ligeiramente mais abertos, como “a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e a manutenção dos princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato vigente que fundamentou a matriz de riscos”.²¹

A diferença relevante da fórmula adotada reside, em nossa leitura, em uma maior liberdade para repactuação entre o poder concedente e o concessionário no que tange à matriz de riscos, permitindo realocações de riscos desde que aderentes aos invocados “princípios norteadores adotados na alocação de riscos [original] do contrato”. Assim, riscos poderiam vir a ser redistribuídos, desde que mantida a coerência com a

17 Voto à peça 20.

18 Voto à peça 20, grifos na citação original.

19 Voto à peça 20.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*.

sua repartição original, o que abrange, no mínimo – presume-se –, a busca por se preservar, em máxima medida, o equilíbrio original no que tange aos potenciais impactos econômicos a serem assumidos por ambas as partes, ponderados quanto a sua dimensão e probabilidade de ocorrência.

A respeito de eventual reprogramação dos pagamentos devidos pela concessionária (principalmente a título de outorga), o ministro relator entendeu que a medida deveria “ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais”, indicando, em princípio, a necessidade de aprovação legislativa, devendo-se assegurar, de qualquer modo, “a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas”, condição, aliás, para a preservação da equação econômico-financeira do contrato.²²

O ministro relator, acolhendo cautelas suscitadas pelo procurador, inseriu, também, entre as condicionantes da readequação e retomada do contrato de concessão original, a necessária inclusão, no novo aditivo a ser celebrado, de duas cláusulas adicionais: (i) uma impeditiva de novo requerimento de adesão, por parte do concessionário, ao procedimento de relicitação; (ii) outra de renúncia à rediscussão de controvérsias anteriores relacionadas à concessão, inclusas demandas judiciais e arbitrais. Objetivou-se, com isso, dar “maior segurança jurídica à continuidade do contrato, mitigando-se riscos financeiros e até operacionais que poderiam vir a comprometer o interesse público na solução pretendida”,²³ sem prejuízo – tal como bem ressaltou o relator – “de que tais demandas [ou controvérsias] sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário”²⁴.

Entre as relevantes contribuições dos demais julgadores, merecem especial destaque as declarações de voto formalizadas pelos ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus, das quais resultou, entre outros ajustes, a explicitação, no acórdão, da impossibilidade de alteração de condições contratuais que espelhem o critério de julgamento da licitação de que decorreu o contrato de concessão, em observância ao art. 37, inciso XXI,²⁵ c/c art. 175 da Constituição da República: no caso do setor rodoviário, esse critério seria a tarifa básica de pedágio ofertada e, no caso do setor aeroportuário, o valor da outorga.²⁶

Ao final, a lista de condicionantes veiculada no Acórdão nº 1.593/2023 – Plenário findou extensa, o que desaconselha sua inteira transcrição (senão em nota²⁷). Convém extrairmos, porém, suas principais

22 *Ibidem*.

23 Tal como sustentado pelo MPTCU, no parecer de peça 13.

24 Voto à peça 20.

25 “Art. 37. ... XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifos meus)

26 Voto complementar do relator, ministro Vital do Rêgo, à peça 19.

27 “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. conhecer da consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, caput, inciso VI, e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. responder aos consulentes que:

9.2.1. o caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário), conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;

9.2.2. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;

9.2.3. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, não obstam a decretação de sua nulidade, caso identificada ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação;

9.2.4. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:

9.2.4.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:

9.2.4.1.1. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;

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

diretrizes, as quais julgo poderem ser assim traduzidas: i) a necessária consensualidade da retomada da concessão; ii) a possibilidade de modificação de seus termos e condições, desde que preservados a natureza do objeto contratual, o cerne da proposta ofertada, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os “princípios norteadores” da matriz de risco original, atendidos os objetivos originais da concessão e o escopo da política pública; iii) a demonstração da viabilidade econômica, financeira e operacional da retomada da concessão, nos termos renegociados; iv) a sua vantajosidade e v) a capacidade econômico-financeira do concessionário para prosseguir na sua execução, inclusive com o equacionamento de seus passivos regulatórios, igualmente nos termos renegociados.

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

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

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

9.2.4.5. a eventual reprogramação de pagamentos de contribuição devida ao Poder Concedente, caso adotada, deve ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais que, entre outros aspectos, assegure o restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (ou eventual parcelamento), e leve em consideração a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas e a quitação (ou eventual parcelamento) de multas contratuais e/ou moratórias ainda pendentes, observando-se a aplicação do disposto no subitem

9.2.4.9.1 deste acórdão no caso das multas em litígio, e, no caso de postergação de pagamentos, preveja a anuência prévia do Ministério da Fazenda;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)” (trecho extraído do Acórdão nº 1.593/2023-Plenário, à peça 16 dos respectivos autos)

Chegou-se, assim, a solução algo flexível e deferente ao juízo de interesse público discricionário do administrador público, particularmente, do gestor politicamente legitimado para fazer escolhas, sem vedações *a priori*. O tribunal cercou-se, porém, de cautelas e exigências argumentativas e comprobatórias, extraídas de regras e princípios pertinentes, com o intuito de prevenir desvios de finalidade e/ou decisões insuficientemente embasadas.

Os primeiros desdobramentos da decisão sobre as concessões federais ora em processo de relicitação ainda não haviam se materializado quando da finalização deste artigo. Os prognósticos mais otimistas são de que importantes concessões, uma vez saneadas, voltem a impulsionar investimentos necessários à infraestrutura do país, com algum potencial de aquecimento do setor da construção civil e da própria economia.

Há, por outro lado, fundado receio de que soluções voltadas à superação de quadros de inadimplemento, como a aqui tratada, possam servir de desincentivo à conformidade dos parceiros privados de modo geral, diante da possível geração de expectativas quanto a equacionamentos futuros de seus passivos regulatórios, em termos mais benéficos, que lhes permitam a continuidade da exploração dos ativos públicos a eles concedidos (o denominado *risco moral*). Daí a preocupação do TCU, ao reconhecer a juridicidade da retomada de concessões em processo de relicitação, de explicitar, em rol extenso e minudente, as condicionantes a serem observadas.