

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA BRASILEIRA DE ECONOMIA E FINANÇAS – FGV EPGE
MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA E FINANÇAS

HENRIQUE CARVALHO DE SOUZA

**AVALIAÇÃO DA PROPOSTA DE READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS COMO
ALTERNATIVA PARA SOLUÇÃO DE PROJETOS COM AMPLO
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL**

Rio de Janeiro
2024

HENRIQUE CARVALHO DE SOUZA

AVALIAÇÃO DA PROPOSTA DE READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS COMO
ALTERNATIVA PARA SOLUÇÃO DE PROJETOS COM AMPLO
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado Profissional, da Fundação Getúlio
Vargas, como parte dos requisitos necessários
à obtenção do título de Mestre em Economia
e Finanças.

Área de Concentração: Regulação Econômica

Orientador: Fernando Tavares Camacho

Rio de Janeiro
2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Souza, Henrique Carvalho de

Avaliação da proposta de readaptação e otimização dos contratos de concessão de rodovias federais como alternativa para solução de projetos com amplo descumprimento contratual / Henrique Carvalho de Souza. – 2024.

167 f.

Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Economia e Finanças.

Orientador: Fernando Tavares Camacho.

Inclui bibliografia.

1. Contratos. 2. Concessões administrativas. 3. Rodovias. 4. Economia. I. Camacho, Fernando Tavares. III. Fundação Getulio Vargas. Escola Brasileira de Economia e Finanças. IV. Título.

CDD - 346.024

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS - ESCOLA BRASILEIRA DE ECONOMIA E FINANÇAS
MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA EMPRESARIAL E FINANÇAS

ATA DE DEFESA DA DISSERTAÇÃO PARA CONCESSÃO DO GRAU DE MESTRE EM ECONOMIA EMPRESARIAL E FINANÇAS

ALUNO: HENRIQUE CARVALHO DE SOUZA

PRESIDENTE DA COMISSÃO EXAMINADORA: PROF. FERNANDO TAVARES CAMACHO

ORIENTADOR : PROF. FERNANDO TAVARES CAMACHO

COORIENTADOR : PROF

BANCA EXAMINADORA :

PROF. FERNANDO TAVARES CAMACHO - Membro Interno - FGV EPGE

PROF. EDSON DANIEL LOPES GONÇALVES - Membro Interno - FGV EPGE

PROF. GABRIEL GODOFREDO FIUZA DE BRAGANÇA - Membro Externo - PEZCO

TÍTULO DO TRABALHO STRICTO SENSU:

AVALIAÇÃO DA PROPOSTA DE READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS COMO ALTERNATIVA PARA SOLUÇÃO DE PROJETOS COM AMPLO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

LOCAL: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS **SALA:** ZOOM OU SKYPE

HORÁRIO: 08:30

PARECER:

APROVADO

APROVADO COM PEQUENAS ALTERAÇÕES: REALIZAR ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA BANCA EM ATÉ 30 (TRINTA) DIAS - / / **

APROVADO COM ALTERAÇÕES SUBSTANTIVAS: SUBMETER NOVAMENTE À BANCA EM ATÉ 60 (SESSENTA) DIAS - / / **

REPROVADO

** REGISTRO NA FOLHA DE ALTERAÇÕES

RECOMENDAÇÕES: **RETIFICAÇÃO/MUDANÇA DE TÍTULO** **OUTROS (DESCREVER)**

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA:

<ASSINADO ELETRONICAMENTE>

PROF. FERNANDO TAVARES CAMACHO

RIO DE JANEIRO, 12 DE DEZEMBRO DE 2024.

<ASSINADO ELETRONICAMENTE>

PROF. EDSON DANIEL LOPES GONÇALVES

<ASSINADO ELETRONICAMENTE>

ALUNO HENRIQUE CARVALHO DE SOUZA

<ASSINADO ELETRONICAMENTE>

PROF. GABRIEL GODOFREDO FIUZA DE BRAGANÇA

<ASSINADO ELETRONICAMENTE>

PROF. VALDEMAR RODRIGUES DE PINHO NETO

COORDENADOR

<ASSINADO ELETRONICAMENTE>

PROF ANTONIO DE ARAUJO FREITAS JUNIOR

PRÓ-REITOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

AGRADECIMENTOS

Chegar até aqui só foi possível pelo forte compromisso dos meus pais em proporcionar uma educação de qualidade e incentivos ao longo de toda uma vida, a quem devo imensa gratidão. Agradeço muito a minha família, esposa e filhas por compreenderem e renunciarem a parte da nossa convivência para que fosse possível a minha dedicação a este importante compromisso.

Ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, onde trabalho, por incentivar a qualificação do seu corpo técnico e viabilizar a troca de experiência entre seus integrantes e parceiros altamente experientes que foram fundamentais para construir este trabalho, em especial a Cleverson Aroeira, Eduardo Costa, Gabriel Dalfre, Guilherme Martins, Ian Ramalho, Luciene Machado, Nathalia Saad, Paulo Roberto de Oliveira Junior e Renan Brandão.

Ao meu orientador, Fernando Camacho, professores, funcionários e colegas de turma da FGV que me acompanharam ao longo da jornada e contribuíram de forma muito significativa para o amadurecimento acadêmico.

Por fim, peço desculpas por eventuais omissões, pois certamente houve pessoas que, de forma direta ou indireta, contribuíram para minha formação e para o desenvolvimento deste trabalho, mas cujos nomes não foram mencionados de forma explícita. A todas essas pessoas, o meu mais sincero reconhecimento e gratidão.

RESUMO

Ao longo dos anos, o programa de concessões de rodovias em âmbito federal trouxe muitos benefícios com a melhoria da qualidade das rodovias. Porém também trouxe desafios como ter que lidar com descumprimentos contratuais relevantes. Para estes casos, já foram adotadas medidas para decretar a caducidade sem muito sucesso. Alternativamente foi criado o instituto da relicitação que, até então, julga-se que não foi capaz de resolver esses contratos “estressados”. Como nova alternativa, o governo propôs a readaptação e otimização desses contratos de concessão, que consiste numa ampla renegociação com os atuais incumbentes. O trabalho avalia esta nova alternativa, comparando-a com a caducidade e a relicitação e conclui que a readaptação e otimização dos contratos pode representar riscos ao programa de concessões por ultrapassar as balizas de uma renegociação contratual.

Palavras-chave: Concessões, Caducidade, Incentivos, Regulação Econômica, Relicitação, Renegociação de contratos

ABSTRACT

Over the years, the federal highway concession program has brought numerous benefits by improving the quality of highways. However, it has also presented challenges, such as dealing with significant contractual breaches. In such cases, measures have been taken to declare the termination of contracts, often with limited success. Alternatively, the concept of re-bidding was introduced, which so far is considered ineffective in resolving these "stressed" contracts. As a new alternative, the government has proposed the readaptation and optimization of these concession contracts, involving extensive renegotiation with current concessionaires. This study evaluates this new alternative, comparing it with others and concludes that the readaptation and optimization of contracts can represent risks to the concessions program by exceeding the limits of a contractual renegotiation.

Keywords: Concessions, Termination, Incentives, Economic Regulation, Contract Renegotiation

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 - INTERAÇÃO PODER PÚBLICO (OWNER) E CONTRATADO EM CONTRATOS COLABORATIVOS	29
FIGURA 2 - ETAPAS DA READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE RODOVIAS FEDERAIS.....	61
FIGURA 3 - ETAPA DE AVALIAÇÃO DA READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DE CONTRATOS DE RODOVIAS FEDERAIS NO ÂMBITO DO TCU ...	67
FIGURA 4 - FAIXAS DE BARGANHA	109
GRÁFICO 1 - CONVERSÃO DE PMI EM CONTRATOS DE PPPs ASSINADOS.....	25
GRÁFICO 2 - CLASSIFICAÇÃO DO ESTADO GERAL – GESTÕES CONCEDIDA E PÚBLICA	38

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - PROJETOS COM ESTUDOS DESENVOLVIDOS POR POTENCIAIS LICITANTES	25
TABELA 2 – 1ª ETAPA DO PROGRAMA DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	32
TABELA 3 – 2ª ETAPA – FASE 1 DO PROGRAMA DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	33
TABELA 4 – 2ª ETAPA – FASE 2 DO PROGRAMA DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	34
TABELA 5 – 3ª ETAPA DO PROGRAMA DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	34
TABELA 6 – 4ª ETAPA DO PROGRAMA DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	35
TABELA 7 – 5ª ETAPA DO PROGRAMA DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	36
TABELA 8 - AVALIAÇÃO DA MELHORIA DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIAS - ACÓRDÃO Nº 2190/2019 – TCU – PLENÁRIO	39
TABELA 9 - PEDIDOS PARA RENEGOCIAÇÃO DO CONTRATO.....	61
TABELA 10 - SÍNTESE DOS ARGUMENTOS E CONSIDERAÇÕES.....	132
TABELA 11 - SÍNTESE DA AVALIAÇÃO DAS BALIZAS PARA UMA RENEGOCIAÇÃO	151

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AudRodoviaAviação	Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do TCU
AGU	Advocacia Geral da União
ANTT	Agência Nacional de Transporte Terrestre
CND	Conselho Nacional de Desestatização
CSC	Comissão de Solução Consensual do TCU
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
IFC	International Finance Corporation
MPTCU	Ministério Público junto ao TCU
MT	Ministério dos Transportes
MTPar	MT Participações e Projetos S.A. (empresa pública do governo do Mato Grosso)
SecexConsenso	Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do TCU
PCS	Processo Competitivo Simplificado
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PROCROFE	Programa de Concessão de Rodovias Federais
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
PPP	Parceria Público-Privada
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	REVISÃO DA LITERATURA.....	14
2.1	RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO EM INFRAESTRUTURA	14
2.2	O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI) NA ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA.....	22
2.3	CONTRATOS COLABORATIVOS EM INFRAESTRUTURA	28
3	CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS DO BRASIL.....	31
3.1	BREVE HISTÓRICO DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS NO BRASIL.....	31
3.2	A PERFORMANCE DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS	37
4	A RELICITAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA DA LEI Nº 13.448/2017.....	47
5	A READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DA PORTARIA Nº 848/2023 DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES	53
5.1	DESCRIÇÃO DO PROCESSO.....	53
5.2	CRÍTICAS E RESISTÊNCIAS À READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS.....	70
6	AVALIAÇÃO CRÍTICA DA READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS	78
6.1	O LIMITE PARA A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL E A READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS	78
6.2	AVALIAÇÃO COMPARATIVA ENTRE A READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS, A RELICITAÇÃO E A CADUCIDADE 84	
6.2.1	<i>Formas para a solução do conflito (litígio x consenso).....</i>	89
6.2.2	<i>Etapas e prazos da readaptação e otimização dos contratos e da relicitação</i>	91
6.2.3	<i>Nível de detalhe dos Estudos Técnicos que embasam os projetos.....</i>	98
6.2.4	<i>O “custo de saída” do atual incumbente (o valor da indenização ou do equity)</i>	107
6.2.5	<i>Os argumentos em favor da readaptação e otimização do contrato e a adoção do Processo Competitivo Simplificado (PCS).....</i>	116
6.2.6	<i>Avaliação das balizas em relação ao caso da ECO101</i>	138
6.2.7	<i>Governança.....</i>	152
6.2.8	<i>A necessidade da reavaliação das alternativas à readaptação e otimização dos contratos</i>	156
7	CONCLUSÃO.....	159
	REFERÊNCIAS	163

1 INTRODUÇÃO

No início dos anos 1990, começou a ganhar forma os atuais programas de concessões de rodovias em âmbito federal e em alguns estados pioneiros. Hoje é um dos setores da infraestrutura mais maduros e com mais longo histórico de projetos.

Ao longo desses anos a parceria com a iniciativa privada trouxe muitos benefícios com a melhoria da qualidade das rodovias, complementando o investimento público nas obras de ampliação e manutenção das rodovias. Porém também trouxe desafios de como ter que lidar com casos de descumprimentos contratuais relevantes e sistêmicos, envolvendo inúmeros contratos no setor de rodovias (e também aeroportos). A alternativa tradicional prevista nos contratos, no Brasil e no exterior, para enfrentar essa situação é o instituto da caducidade, que consiste na extinção antecipada do contrato por ato unilateral do governo em função de descumprimento relevante das obrigações contratuais pela concessionária.

No entanto, talvez por falta de gatilhos claros para acionar a caducidade em contratos mais antigos, a experiência brasileira recente demonstrou que esta alternativa se mostrou pouco viável para resolver problemas sistêmicos, em função da morosidade e da longa disputa judicial envolvida. De fato, o único contrato em âmbito federal que passou com sucesso pelo processo de caducidade foi a BR-153, o que permitiu que o projeto fosse licitado posteriormente em 2021, mas com ampla reforma de instrumentos regulatórios de modo a mitigar descumprimentos contratuais. A Lei nº 13.448/2017 inovou ao apresentar a alternativa da relicitação, em que o atual incumbente realiza uma devolução amigável do ativo com o Poder Público e permanece prestando o serviço até que um novo contrato seja elaborado e relicitado, trazendo um novo operador privado.

Em 2023, o Ministério dos Transportes avaliou que a relicitação também não estava sendo capaz de superar os desafios dos contratos com baixa performance e desenvolveu a alternativa de readaptação e otimização dos contratos de concessões rodoviárias em processos de relicitação ou caducidade como trilha para trazer esses contratos para uma situação de cumprimento contratual e permitir a retomada dos investimentos.

O presente trabalho tem o objetivo de avaliar a proposta de readaptação e otimização dos contratos de concessões rodoviárias comparando os seus incentivos e a sua forma de implementação às alternativas da caducidade e relicitação.

Esta dissertação está organizada em seis capítulos principais. O capítulo 2 apresenta a revisão da literatura de temas relevantes para esta análise. O primeiro subcapítulo discorre sobre a análise da teoria econômica sobre as renegociações dos contratos de concessão. A renegociação de um contrato ocorre quando termos do contrato são revistos sem que haja previsão de alteração dessas regras no próprio contrato. Por exemplo, uma compensação prevista em contrato pela ocorrência de um determinado evento ensejará um reequilíbrio econômico-financeiro para mantê-lo equilibrado mas não pode ser caracterizada como uma renegociação. Por outro lado, a alteração da matriz de risco de um contrato usualmente não pode ser alterada, por ausência de previsão contratual. No caso desta alteração, estar-se-á realizando uma renegociação do contrato. Esta discussão é relevante pois a readaptação e otimização do contrato é, na verdade, uma ampla renegociação do contrato, como será apresentado ao longo deste trabalho.

O segundo tema do capítulo 2 trata sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) (ou *Unsolicited Proposal*, como o tema é internacionalmente conhecido) que consiste na alternativa de elaboração e estruturação de projetos de concessões utilizando-se de estudos desenvolvidos pela iniciativa privada interessada em participar do leilão e operar o ativo em concessão. A seção aborda os problemas, riscos, cuidados e como esta alternativa é utilizada ao redor do mundo. O tema é relevante pois a readaptação e otimização dos contratos se utiliza de estudos desenvolvidos pelo atual incumbente para promover as alterações contratuais.

O último tema do capítulo apresenta experiências mais recentes para a viabilização de investimentos em infraestrutura com contratos colaborativos (*Collaborative Contracting*) que permitem ao Poder Público e o contratado privado lidarem com projetos mais complexos e arriscados, que demandam maior flexibilidade. O tema é relevante para marcar a diferença da colaboração em contratos novos do que no caso em tela no âmbito da otimização dos contratos.

O capítulo 3 expõe o histórico do Programa de Concessão de Rodovias Federais — PROCROFE para contextualizar a motivação da necessidade de buscar uma solução para os contratos de baixa

performance. O capítulo 4 apresenta brevemente a alternativa da relicitação enquanto o capítulo 5 discorre sobre o histórico e características da proposta de readaptação e otimização dos contratos.

A partir da contextualização do problema e a apresentação das alternativas nos capítulos anteriores, o capítulo 6 realiza a avaliação sobre diferentes aspectos e dimensões da renegociação proposta com base na teoria apresentada no capítulo 2. A alternativa da readaptação e otimização dos contratos se encontra em desenvolvimento no momento da elaboração deste trabalho e nenhum caso ainda foi concluído. Para o desenvolvimento dos capítulos 5 e 6 foram avaliadas as informações disponíveis até novembro de 2024 dos casos mais adiantados, a saber: o Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, de 25 de setembro de 2024, que materializou as informações e manifestações públicas do primeiro caso de otimização de contrato em andamento, referente a concessionária ECO101 e de forma complementar os Acórdãos nº 2318/2024 – TCU – Plenário, de 30 de outubro de 2024 e nº 2434/2024 – TCU – Plenário, de 13 de novembro de 2024, referentes às otimizações dos contratos das concessionárias Autopista Fluminense e MSVia, respectivamente, segundo e terceiro casos avaliados pelo Plenário do TCU, que serviram como insumo para ilustrar os aspectos abordados no trabalho. No entanto, o presente trabalho não realiza um estudo desses casos, até porque, no presente momento, ainda não existem todas as informações disponibilizadas. As informações trazidas visam, como dito, ilustrar ou exemplificar a abordagem do trabalho. Por fim, o capítulo 7 consolida os principais aspectos tratados na conclusão do trabalho e faz uma sugestão para a utilização do ambiente consensual na construção de uma solução para a remediação dos projetos com amplo descumprimento contratual.

Dessa forma, esta dissertação busca avaliar uma iniciativa governamental em andamento e tem como principal objetivo contribuir no seu desenvolvimento e evolução, aprofundando o entendimento dos seus benefícios, incentivos, desafios e problemas e apontar alternativas para a sua evolução. Entretanto, ressalta-se que mecanismos como o de relicitação e agora de otimização deveriam ser transitórios e direcionados para resolver problemas sistêmicos como o conjunto de contratos de transporte licitados entre 2011 e 2014. Os instrumentos contratuais de medição de performance (ex: fatores de qualidade), de investimento (tarifas diferenciadas por capacidade) e de extinção antecipada, se bem contratualizados, deveriam ser suficientes para incentivar o bom cumprimento contratual.

Sugere-se que, para validar ou confrontar a abordagem do trabalho, dissertações futuras invistam na investigação dos três casos citados acima e nos outros casos subsequentes ou ainda de iniciativas similares que estão sendo desenvolvidos em outros setores da infraestrutura no Brasil.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Renegociação de contratos de concessão em infraestrutura

Os contratos de Parceria Público-Privada (PPP) ou concessão em infraestrutura surgiram para atrair a iniciativa privada como uma alternativa à prestação desses serviços diretamente pelo Poder Público. Este modelo foi uma resposta a limitação fiscal frente necessidade de viabilização de investimentos e, em alguma medida, a insatisfação com qualidade da prestação de serviços pelo governo.

A partir da segunda metade do século XX, a realização de privatizações ou concessões de serviços públicos acelerou em diversos setores da economia. Os contratos de concessão e PPPs possuem algumas características:

- São contratos de longo prazo entre o poder público e um agente privado;
- O agente privado é responsável por prover parte do *funding* do projeto (financiamento privado usualmente em uma estrutura de *project finance*) por sua conta e risco;
- A remuneração do agente privado é baseada na performance e/ou na demanda pelo serviço e/ou ativo de modo a alinhar interesses de ambas as partes.

Dada a natureza de longo prazo e a complexidade de projetos de infraestrutura, é possível que eventos não previstos no contrato ocorram. Esta é uma consequência dos contratos de concessão abordada na Teoria Econômica dos Contratos chamada de Teoria dos Contratos Incompletos. Essa incompletude pode levar a renegociações e adaptações do contrato.

A incompletude dos contratos pode ser explicada por diversos fatores. O primeiro deles é a citada impossibilidade de prever todos os eventos possíveis de ocorrer ao longo do contrato e estabelecer um tratamento a eles. O segundo aspecto é que os governos possuem diferentes objetivos e muitas vezes incompatíveis entre si e novos governos podem ter objetivos diferentes do anterior acarretando *tradeoff* diante desses objetivos divergentes. Assim, a renegociação pode refletir a mudança dos objetivos de governo, especialmente diante de uma mudança de governo. Finalmente, o grau de comprometimento do governo associado a avaliação dos proponentes no estágio do processo

licitatório do seu poder de mercado bem como o seu poder de barganha no estágio da operação do ativo influencia a probabilidade de ocorrência de renegociações (GUASCH, 2004).

Portanto as renegociações são até esperadas num contrato de longo prazo. As renegociações podem ser positivas e melhorar o bem-estar da sociedade quando endereçam lacunas contratuais inerentes aos contratos de concessão. Entretanto a alta incidência de renegociações, ou renegociações relevantes que excedem limites da razoabilidade podem colocar em xeque a validade do modelo de concessão (GUASCH, 2004).

Um processo de renegociação decorrente de um comportamento oportunista ou estratégico do agente privado ou do Poder Público, com o objetivo de extrair benefícios adicionais pode comprometer os resultados obtidos do processo competitivo do leilão da infraestrutura. Se os participantes de um leilão acreditam que é viável ou possível ocorrerem negociações que o permitam extrair benefícios adicionais, suas estratégias no leilão serão afetadas e conseqüentemente o processo licitatório poderá não selecionar o agente privado mais eficiente e sim aqueles que acreditam numa maior probabilidade de ocorrer uma renegociação e da sua habilidade em realizar tal renegociação (GUASCH, 2004).

Para avaliar os aspectos determinantes dos processos de renegociação GUASCH (2004) realizou um estudo na América Latina e Caribe com informações de aproximadamente 1.000 contratos de concessão leiloados entre meados de 1980 e 2000, em 17 países em 4 setores de infraestrutura: telecomunicações, energia, transporte e água e esgoto. Essa região foi escolhida pois foi a pioneira na realização de contratos de concessão, permitindo um grande histórico para análise.

Como resultados, os determinantes das renegociações foram agrupados nas seguintes categorias:

- 1) Choques macroeconômicos: A ocorrência de choques econômicos aumentava consideravelmente a probabilidade de ocorrência de renegociações.
- 2) Concepção da concessão: O conceito da concessão afeta significativamente a probabilidade de negociações decorrente principalmente de três fatores. O primeiro deles está associado a variável de leilão. Critérios baseado em menor tarifa (em contraponto a maior outorga) aumenta a probabilidade de renegociações. Os contratos que possuem obrigações de

investimentos em comparação àqueles que possuem apenas indicadores de performance ou de resultados aumentam a probabilidade de ocorrência de renegociações. Finalmente um maior nível de competição no processo de contratação do operador aumenta a probabilidade de ocorrência de renegociações se comparado a um processo de contratação bilateral. Evidentemente não se deve concluir que uma negociação bilateral é um processo melhor, mas que neste processo não competitivo o agente privado extraiu benefícios adicionais já durante o processo de contratação, reduzindo a necessidade de obter benefícios adicionais via renegociação.

- 3) Framework regulatório: A existência de uma agência reguladora autônoma reduz a incidência de renegociações. O tipo de modelo regulatório também demonstrou sua relevância. O modelo de *price-cap* aumenta a probabilidade de renegociações se comparado ao modelo de taxa de retorno.
- 4) Ambiente político e institucional: Um contrato de concessão administrado por um operador local aumenta a possibilidade de renegociação, provavelmente explicada pelo fato de haver uma maior proximidade com o governo. O nível de corrupção do país também influencia positivamente a ocorrência de renegociações e pode estar relacionada com o item anterior. Finalmente o impacto das eleições, na medida em que as renegociações são muito mais comuns nos anos imediatamente seguintes as eleições nacionais (mesmo depois de controlar o modelo econométrico utilizado pelos ciclos econômicos). Este efeito ajuda a explicar o grande número de renegociações lideradas pelo governo. Este resultado pode estar relacionado ao efeito de captura de estado, significando que governos com laços estreitos com empresas são mais propensos a tolerar renegociações.
- 5) Outros fatores: O estudo mostrou ainda que quando o *project finance* envolve *funding* estatal há um aumento da probabilidade de renegociações. Apesar de surpreendente, uma possível explicação dada pelo autor foi o fato de o Estado também ser parte do projeto, torna o processo de renegociação mais fácil. Por outro lado, um histórico mais longo de concessões reduz a probabilidade de renegociações possivelmente explicada pela curva de aprendizagem que permite resolver os problemas das concessões.

Estudos mais recentes avaliando o contexto europeu confirmam os achados de Guasch. DOMINGUES e SARMENTO (2016) exploraram quais são os fatores críticos na renegociação de

contratos de concessão de infraestrutura de transportes a partir da coleta de dados de 32 projetos em 13 países europeus. As principais variáveis que explicaram as renegociações foram:

- 1) Projetos *greenfield*: O alto risco associado a projetos *greenfield* é um importante fator de aumento das renegociações. Estes projetos possuem elevado grau de incerteza nas projeções e alta complexidade o que provoca um aumento da chance de estabelecer novas condições contratuais durante a execução contratual da concessão.
- 2) Estágio operacional: O contrato foi dividido em dois estágios: de construção e de operação. A expectativa, posteriormente confirmada com a avaliação da amostra, era de que as renegociações ocorressem mais frequentemente durante o estágio operacionais pelo fato deste ter a maior duração e o período com mais incerteza, pois está mais adiante do ciclo de vida do contrato.
- 3) Prazo contratual: O estudo demonstrou que contratos mais longos tendem a ter mais renegociações, dado que projeções e estimativas de longo prazo aumentam as incertezas da concessão.
- 4) Motivação financeira: O estudo buscou considerar o propósito em realizar determinado projeto. Caso a motivação estivesse relacionada a obtenção de *funding* privado para contornar as restrições orçamentárias considerou-se que o projeto era menos confiável e, portanto, mais suscetível a renegociações. Evidentemente esta avaliação foi subjetiva pois o governo não assume formalmente esta intensão. Os resultados demonstraram que quando havia motivação financeira também havia maior propensão a renegociações.
- 5) Existência de cláusulas contratuais de renegociação: Os contratos foram divididos em grupos que possuíam cláusulas específicas de renegociação como de garantias de tráfego ou receita. A existência dessas cláusulas prevendo renegociações, fatalmente aumentariam as chances de renegociação, o que o estudo acabou demonstrando, dado que estas funcionam como uma proteção para o setor privado.
- 6) Aspectos macroeconômicos (crescimento do PIB): Como esperado o crescimento do PIB reduz significativamente a probabilidade de ocorrência de renegociações.
- 7) Nível de corrupção: O nível de corrupção do país foi medido a partir de uma medida do Banco Mundial. Se os operadores acreditam que as decisões governamentais podem ser influenciadas as chances de renegociação aumentam. Os resultados confirmaram a expectativa de que um maior nível de corrupção aumenta a probabilidade de ocorrer renegociações.

- 8) Eficiência governamental: Também é uma medida obtida a partir de uma avaliação do Banco Mundial. O estudo confirmou que governos mais eficientes elaboram contratos mais robustos e com menor margem de renegociação.
- 9) Qualidade do contrato: esta variável foi obtida como uma proxy a partir de uma medida apurada pelo Banco Mundial que representa a qualidade e a robustez do sistema legal do país mostrando os limites impostos pelos demais poderes democráticos para a realização dos seus programas políticos. Naturalmente os resultados indicaram que quanto maior esta medida, menor é a chance de renegociações.
- 10) Ano eleitoral: Foi uma variável criada para avaliar se a renegociação ocorreu em um ano de eleição. O resultado mostrou que o número de renegociações tende a aumentar devido ao fato de que os agentes privados tendem a encontrar um governo mais tolerante.

Assim, ambos os resultados, apesar de realizados em momentos diferentes e em regiões diferentes apontam para os mesmos fatores determinantes para uma maior propensão de renegociações.

Mais recentemente, NETO, CRUZ e SARMENTO (2019) avaliaram as renegociações em Parcerias Público-Privadas no setor de transporte brasileiro, a partir de 7 projetos metroviários e rodoviários¹. Um dos resultados encontrados foi de que de 16 eventos onde foi possível identificar o que ensejou a renegociação, 15 foram de projetos com acionistas de capital nacional e, dentre estes, 9 foram solicitados pelo parceiro privado. Ou seja, todos os eventos de renegociação desencadeados pelo setor privado foram de projetos com acionistas de capital nacional. Segundo os autores, está é uma forte evidência de que empresas nacionais tendem a renegociar mais e com maior poder de barganha.

Por outro lado, ainda segundo estes autores, muitas das renegociações são motivadas por mudanças nos projetos, com alterações de escopo solicitadas pelo próprio governo, o que pode ser decorrente de alguma falha no planejamento inicial. Assim, concluem os autores, as renegociações parecem ser mais influenciadas pela ineficiência ou falha estratégica governamental ou, eventualmente, por um

¹ No contexto brasileiro, as PPPs em rodovias são minoria e ocorrem apenas em nível estadual. A extensa maioria de projetos com a participação privada são de concessões.

comportamento oportunístico do governo do que por um comportamento oportunístico do parceiro privado.

Outro fator determinante apontado por CRUZ, SARMENTO (2021) para o significativo custo *ex post* em futuras renegociações é a transferência excessiva de risco para o privado, o que sugere que esta não é uma alocação ótima de risco.

As parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, em especial no setor de transporte, sob a forma de contratos de concessão de longo prazo são um arranjo fundamental para viabilização dos investimentos necessários, dado que o setor é capital intensivo. Porém, GUASCH, BENITEZ, PORTABALES e FLOR (2017) apontam algumas preocupações com a alta incidência de renegociações:

- Podem eliminar o efeito competitivo do leilão colocando em risco a própria credibilidade no modelo;
- Conduzem a assimetria de informação e a ausência de pressão competitiva no processo de renegociação;
- Podem criar uma distorção no leilão, na medida em que é mais provável que o vencedor seja o mais experiente ou qualificado para realizar processos de renegociação e não o melhor operador;
- Podem diminuir as vantagens e os benefícios em bem-estar social do modelo de parceria entre o poder público e a iniciativa privada; e
- Embora alguns processos de renegociações possam ser eficientes, muito são oportunistas.

Finalmente, GUASCH, BENITEZ, PORTABALES e FLOR (2017) apontam os princípios-chave para guiar, ou de definir limites para as iniciativas dos países ao tratar as renegociações dos contratos:

- Quando os governos são confrontados com pedidos de renegociação, o “carácter sagrado” do contrato/proposta original deve ser respeitado para preservar o *Value for Money* do contrato original, e a oferta da licitação não deve ser violada.
- O operador deverá ser responsabilizado pela sua oferta e pelos riscos aceites no contrato.

- A equação financeira da oferta vencedora deve ser sempre o ponto de referência, e se o contrato for modificado, o resultado dos benefícios deverá ter um impacto de valor presente líquido zero, e as modificações do contrato não devem alterar a alocação de risco original matriz.
- A renegociação não deve ser utilizada para corrigir erros na proposta ou excessivamente arriscada ou propostas agressivas.

No sentido de definir limites para a renegociação contratual, o Parlamento Europeu definiu parâmetros para as modificações contratuais em contratos de concessão durante a sua vigência no artigo 43 da Diretiva² 2014/23/EU. Admite-se a possibilidade de modificação contratual, sem a necessidade de um novo procedimento de concessão, nas seguintes hipóteses:

- a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão dos valores, ou opções claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas;
- b) Se houver necessidade de obras ou serviços adicionais por parte do concessionário original que não tenham sido incluídos na concessão inicial, caso a mudança de concessionário:
 - i. não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes adquiridos ao abrigo da concessão inicial, e
 - ii. seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade ou entidade adjudicante.
- c) Se se verificarem todas as seguintes condições:
 - i. a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante ou entidade adjudicante diligente não podia prever,
 - ii. a modificação não altera a natureza global da concessão,

² Uma Diretiva da União Europeia é um ato legislativo que fixa um objetivo que os países do grupo devem alcançar. Cada país membro estabelecem suas legislações para atingir os objetivos definidos na Diretiva.

- iii. no caso de concessões adjudicadas pela autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das autorizadas, o aumento dos valores não pode ultrapassar 50 % do valor da concessão original. Caso sejam realizadas diversas modificações, esta limitação aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações não podem ter por objetivo contornar a aplicação das disposições da presente diretiva;
- d) Se o concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:
 - i. uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, nos termos da alínea a),
 - ii. transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou
 - iii. assunção pela própria autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional;
- e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais.

O artigo 43 da Diretiva 2014/23/EU considera que a modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial, como definido na alínea “e” acima, caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente, ou seja, caso se verifique uma das seguintes condições:

- a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito da concessão;

- d) Um concessionário ao qual a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante atribuiu inicialmente a concessão é substituído por um novo concessionário, em casos não previstos na alínea “d” acima.

Além dessas 5 hipóteses é permitida a alteração contratual, sem a necessidade de verificar as 4 condições que caracterizam uma modificação substancial, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os valores: a) 10% do valor inicial da concessão e b) € 5.186.000, ou seja, não seja materialmente significativo.

Caso essas hipóteses e condições não sejam satisfeitas a diretiva determina que haja um novo procedimento de concessão.

2.2 O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) na estruturação de projetos de concessão de infraestrutura

No subcapítulo anterior, foi apresentado que os contratos de concessão em infraestrutura surgiram para atrair a iniciativa privada para execução dos investimentos e a prestação dos serviços de forma complementar ao Poder Público. Para atingir o estágio de contratação de um projeto de concessão em infraestrutura, muitas etapas anteriores devem ser percorridas. Um passo fundamental é realizar um planejamento integrado para permitir a identificação dos projetos necessários para melhorar a infraestrutura. Esses projetos devem ser priorizados e avaliados para definir a melhor alternativa para sua implementação, que poderá ser por meio de uma PPP.

A partir da identificação que determinado projeto deverá ser implementado via uma PPP ou concessão, o projeto deve ser preparado, ou seja, devem ser realizados os estudos técnicos para definir todas as características, as exigências, a viabilidade técnica, econômico-financeira, ambiental e jurídica. Ao final, é feita a seleção, por meio de um processo competitivo – um leilão, e contratação do parceiro privado que implementará o projeto durante a vigência contratual.

Muitos governos ao redor do mundo, apesar de interessados em desenvolver projetos de PPP, encontram dificuldades em realizar todas essas etapas, pois é necessária uma estrutura governamental robusta e especializada, além de recursos financeiros. Segundo ZAPATRINA (2019), a estruturação

de um projeto de PPP pode representar até 5% do custo do projeto. Para preencher esta lacuna o governo pode contar com o apoio da iniciativa privada para identificar e prover os estudos técnicos necessários para a estruturação de um projeto de concessão.

No Brasil, existem basicamente três alternativas para realizar os estudos técnicos que embasam o projeto de concessão:

1. Realizar os estudos internamente com equipe própria;
2. Contratar estudos técnicos para apoiar a equipe de governos
3. Obter os estudos técnicos da iniciativa privada, por meio de autorização, do art. 21 da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões).

A partir do art. 21 da Lei das Concessões, o governo federal regulamentou o uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) por meio do Decreto nº 8.428³, de 02 de abril de 2015, atualizado posteriormente pelo Decreto nº 10.104, de 06 de novembro de 2019, que consiste em autorizar a iniciativa privada a fornecer, sob determinadas condições, estudos técnicos com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias. Esta regulamentação federal serviu de referência para o estabelecimento de diversos normativos dos demais entes federados.

A pesquisa realizada por OSEI-KYEI et al. (2018) apresenta algumas das principais motivações para os governos se utilizarem de *Unsolicited Proposals* (é o nome utilizado no exterior para a elaboração de projetos por entidade privadas, similar ao que no Brasil é chamado de PMI) para a implementação de projetos de PPP.

Um dos principais motivos encontrados é exatamente a lacuna técnica e financeira do setor público em identificar, priorizar e contratar tais projetos. Esta motivação foi observada principalmente em países em desenvolvimento. Outro fator relevante foi a rapidez para a implementação de projetos de PPP. Isto ocorre, pois, as *Unsolicited Proposals* não precisam seguir nenhum processo mais

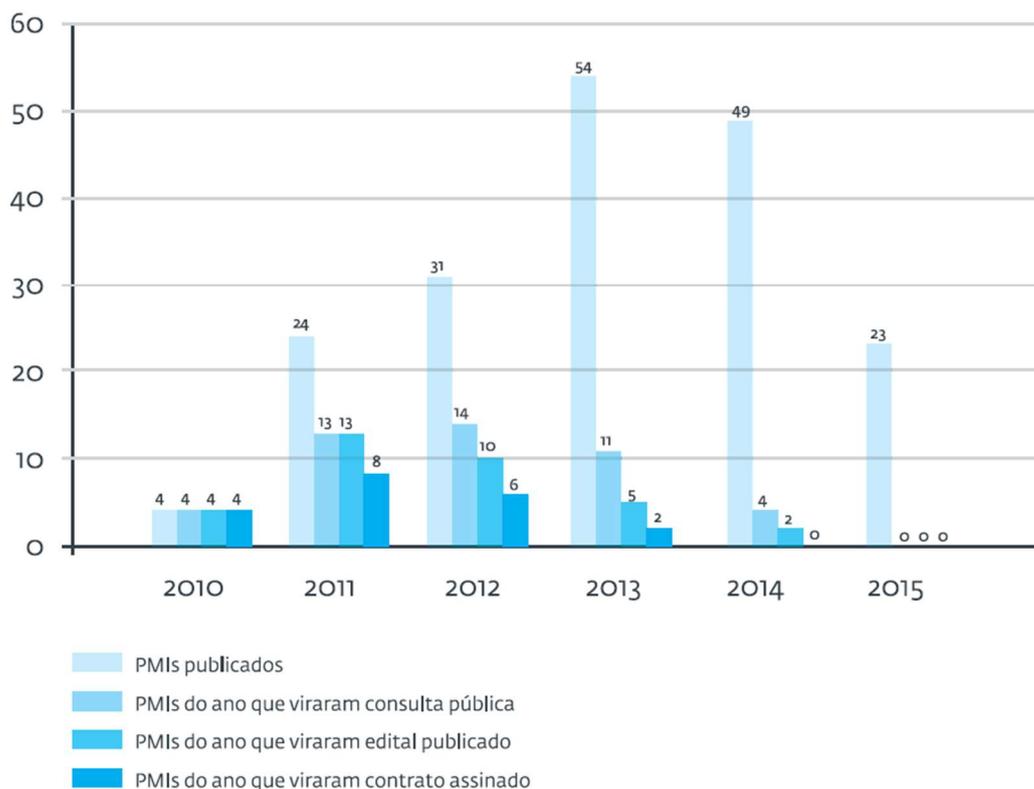
³ O do Decreto nº 8.428/2015 revogou o Decreto nº 5.977, de 1º de dezembro de 2006.

estruturado como as alternativas de preparação de projetos diretamente pelo Poder Público. OSEI-KYEI et al. (2018) alerta ainda que em países em desenvolvimento existe uma preocupação de que as *Unsolicited Proposals* podem permitir a corrupção em função da falta de transparência e a menor competição na seleção do parceiro privado que implementará o projeto. Esta preocupação é compartilhada por BULLOCK (2019).

A revisão da experiência internacional relacionado às *Unsolicited Proposals* em projetos de infraestrutura feita pelo WORLD BANK (2024) encontrou alguns achados adicionais sobre as motivações dos governos para a utilização desta alternativa:

- As *Unsolicited Proposals* não são necessariamente mais fáceis ou convenientes de serem implementadas do que as iniciativas de estruturação pública. Em muitos casos existem controvérsias que podem atrasar os projetos ou causar renegociações contratuais anos depois.
- Alguns governos acreditam que a estruturação privada do projeto poderá prover um acesso mais fácil ao financiamento. No entanto, o estudo concluiu que não haveria indicador que comprovasse essa crença.

A experiência brasileira, avaliada pela IFC (2015), mostra que a estruturação de projetos de concessão por meio do PMI encontra desafios que prejudicam a efetiva implementação dos projetos. O Gráfico 1 apresenta o elevado número de PMIs associado a uma baixa efetividade medida na quantidade de contratos assinados. Os desafios estão relacionados ao elevado custo de transação, a dificuldade de avaliação e seleção dos estudos apresentados pelo privado e a assimetria informacional e o desalinhamento de incentivos. A assimetria informacional reside no fato que o desenvolvedor privado não compartilhará todas as informações com o poder público, que será incapaz de avaliar em profundidade o estudo e revelar as informações que o privado não desejou fornecer.

Gráfico 1 - Conversão de PMI em contratos de PPPs assinados

FONTE: RADAR PPP - International Meeting: Infrastructure and PPPs, 2015 apud IFC(2015)

O estudo também revelou que existe uma baixa competição no leilão para seleção do parceiro privado que implementará o projeto e a maior incidência de casos onde o privado que desenvolveu o projeto foi também o vencedor do leilão para executar o projeto, como apresentado na Tabela 1. Existe um claro conflito de interesse quando um interessado em executar o projeto, também é o responsável por executar os estudos que o embasam.

Tabela 1 - Projetos com estudos desenvolvidos por potenciais licitantes

Projetos estruturados por meio de PMI	
Empresa ou grupo econômico que teve o estudo selecionado no PMI foi a vencedora da licitação	15
Empresa ou grupo econômico que teve o estudo selecionado no PMI não foi a vencedora da licitação	04

TOTAL	19
--------------	-----------

FONTE: IFC (2015)

A pesquisa de BELSITO (2015) vai ao encontro da tendência de baixa competitividade em processos de PMI. Em um primeiro grupo de informações coletadas, o autor verificou que em 100% dos projetos em que o participante do PMI teve seu estudo escolhido como a referência para o processo competitivo e participou do leilão, ele saiu vencedor. Neste grupo, 87,50% dos projetos que foram a licitação apresentaram apenas um interessado habilitado, aquele que desenvolveu o PMI. Em um segundo grupo de projetos do Estado de São Paulo, as conclusões foram similares. De 12 PMI lançados por São Paulo, apenas 5 foram licitados com sucesso e destes, apenas um teve um processo com mais de um participante⁴.

O estudo do WORLD BANK (2024) também encontrou preocupação com o processo competitivo para a seleção do privado que implementará o projeto. Para tentar mitigar o problema da assimetria de informação, que existe entre o privado que desenvolveu o estudo que embasou o projeto e os demais competidores, é necessário conceder prazo razoável para que os competidores possam elaborar a sua oferta, sob o risco de reduzir o interesse do mercado pelo projeto. A pesquisa apontou que uma restrição de prazo é um forte *driver* para afastar propostas competitivas. A recomendação é para que o prazo para a elaboração de propostas para o leilão varia de 3 a 6 meses a depender da complexidade do projeto.

A revisão realizada pelo WORLD BANK (2024) concluiu que a experiência internacional aponta que é fundamental para o Poder Público ter um papel de liderança no desenvolvimento do projeto para garantir a competição no leilão do projeto. Permitir *Unsolicited Proposals* cria dificuldades em garantir um processo competitivo isonômico, e pode ensejar em uma prestação de serviço de baixa qualidade, maiores custos dos projetos e maiores chances de renegociação. Em função desses

⁴ Neste levantamento de São Paulo o autor destacou, porém, que não se conseguiu apurar se os licitantes vencedores desses cinco certames foram os mesmos autores ou responsáveis econômicos pela modelagem do projeto.

desafios, a revisão apontou que os governos seguem 3 estratégias para lidar com as *Unsolicited Proposals*:

1. Diversos países da Europa Ocidental, o Reino Unido e a Índia: esses governos desencorajam ou simplesmente não permitem as *Unsolicited Proposals* em função da preocupação em conseguir garantir a transparência e um leilão competitivo, dificultando a obtenção do *Value for Money*.
2. Governos como o do Chile e estados do Estados Unidos da América: permitem as *Unsolicited Proposals* para capturar a criatividade do parceiro privado, porém com forte supervisão do processo e garantindo leilões competitivos.
3. África do Sul e Austrália: aprovam a *Unsolicited Proposals* apenas para projetos inovadores em que o proponente privado possui uma habilidade diferenciada relacionada ao setor do projeto.

Por tudo isso, o WORLD BANK (2014) é taxativo em concluir que é muito difícil o Poder Público lidar com as *Unsolicited Proposals* e assim é preferível não as permitir. No entanto, reconhece que são uma realidade em muitos países, em especial aqueles em desenvolvimento, e, portanto, recomenda algumas iniciativas para melhorar a gestão de projetos estruturados via *Unsolicited Proposals*, com destaque para:

- Definir critérios de qualificação claros, como parte do estabelecimento de requisitos mínimos de submissão das *Unsolicited Proposals*;
- Garantir que as *Unsolicited Proposals* sejam coordenadas por uma unidade capacitada, que tenha experiência em PPP;
- Garantir que as *Unsolicited Proposals* seguirão os mesmos procedimentos que qualquer outro projeto similar teria;
- Garantir leilões efetivamente competitivos com acesso a todas as informações relevantes por todos os proponentes e com o tempo adequado para a elaboração de propostas sérias;
- Utilizar-se de verificadores independentes para garantir uma avaliação de qualidade dos projetos, estudos e documentos jurídico.;

2.3 Contratos colaborativos em infraestrutura

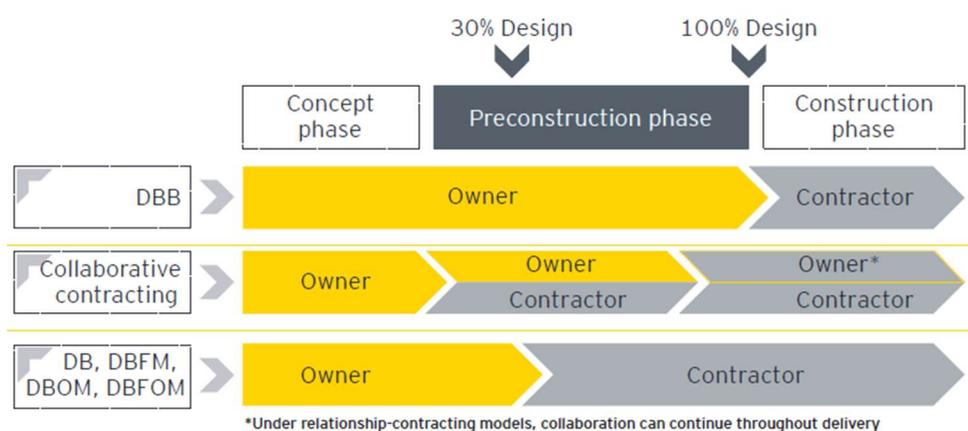
Os projetos de infraestrutura estão ficando cada vez mais complexos e mais arriscados ocasionando, em vários casos, um sobrecusto elevado e tempos de execução superiores aos inicialmente planejados comprometendo o *Value for Money* do projeto. Ao mesmo tempo esses projetos apresentam maior dificuldade de incorporar inovação e a adoção de novas tecnologias. Segundo ERIKSSON et al. (2019) a adoção de novas estratégias colaborativas de contratação desses projetos pode contribuir para a redução dessas lacunas nos projetos de infraestrutura. Para o autor, existem 4 componentes principais relacionadas à estratégia de contratação que podem ser combinados para garantir a estrutura de governança mais adequada e colaborativa para cada projeto:

- 1) O modelo de contratação: referem-se às formas de contratação conhecidas como *design-build* (DB), *design-bid-build* (DBB), *design-build-maintain* (DBM), *design-build-finance-maintain* (DBFM);
- 2) O sistema de pagamento do contrato, que podem variar de um sistema de pagamento por preço fixo a sistemas baseados em incentivos, que tendem a permitir uma maior colaboração entre o cliente e o contratado;
- 3) O processo de seleção do contratado, que pode ser baseado em um processo competitivo de oferta do menor valor pelo contrato ou contratações mais sofisticadas baseadas em pré-qualificação seguida de uma avaliação de diversos critérios como experiência, execução de projetos de referência entre outros, que tendem a favorecer a colaboração na execução contratual; e
- 4) O modelo de colaboração, que consiste na adoção de atividades e tecnologias de integração relacionada ao compartilhamento de escritórios, ferramentas tecnológicas para compartilhamento de informação entre outras iniciativas que fortalecem o estabelecimento de um clima de colaboração.

Estudo da EY (2019) aponta para a mesma trilha em que modelos de contratação mais tradicionais aplicados à infraestrutura em um ambiente mais competitivo orientam os investidores a participarem dos leilões desses contratos de forma mais agressiva para ganhar o contrato, ignorando ou subavaliando, em certa medida, os riscos desses contratos, levando-os a reestabelecer a sua lucratividade através de solicitações de renegociação do contrato durante a sua execução.

Diante deste cenário desafiador, o estudo da EY apresenta a recente experiência da América do Norte na adoção dos contratos colaborativos (*Collaborative Contracting*) que consiste em trazer o contratado para estágios anteriores da concepção do projeto para receber seus *inputs* em todo o escopo do projeto e na gestão e mitigação de riscos e incertezas, na antecipação de desafios relacionados a custos e cronogramas baseado em um ambiente de estimativas de custos *open-book* e compartilhamento de experiências de construção, que auxiliam o Poder Público (Owner) a planejar e executar projetos complexos melhorando a confiança e previsibilidade para todas as partes.

Figura 1 - Interação Poder Público (Owner) e Contratado em Contratos Colaborativos



FONTE: EY (2019)

Para um contrato colaborativo poder entregar um melhor resultado na implementação de projetos de infraestrutura não basta definir a melhor regra do sistema de pagamento, o desenvolvimento de regras de compartilhamento de riscos equilibrando a assunção desses riscos e o gerenciamento de performance e sistemas de pagamento. Um fator fundamental é um alinhamento de visão, atitudes e objetivos de todos os times envolvidos, ou seja, um aspecto comportamental.

No estudo realizado por ERIKSSON et al. (2019) ficou claro que nos casos estudados a colaboração entre as equipes do Poder Público e dos parceiros privados em diferentes especialidades e níveis hierárquicos e o envolvimento do parceiro privado nos estágios iniciais do projeto são fundamentais para o sucesso da iniciativa. No entanto, também existem grandes barreiras de ordem organizacional, legal, e cultural para a implementação desta modalidade de contratação que deve ser altamente customizada a depender das características do projeto e dos riscos. Ressalta-se, também, que as regras

de colaboração são definidas previamente à contratação, ou seja, as partes estão em igualdade de condições do ponto de vista contratual. Essa situação é distinta de processos de *default* contratual.

3 CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS DO BRASIL

3.1 Breve histórico das concessões rodoviárias federais no Brasil

Em nível federal, o atual programa de concessões rodoviárias começou a tomar forma com o Decreto nº 94.022 de 4 de fevereiro de 1987 que autorizou o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER a contratar, mediante concessão, a construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais.

A Portaria nº 10/1993 do Ministério dos Transportes criou o Programa de Concessão de Rodovias Federais — PROCROFE. A primeira etapa deste programa se inicia com a concessão da Ponte Presidente Costa e Silva, conhecida como Ponte Rio-Niterói, trecho da BR-101/RJ em 1994. Em 1995 ocorre a expansão do programa com a concessão de mais 4 trechos.

Nesta mesma época, alguns estados também tiveram iniciativas de iniciar um programa de concessões rodoviárias, como o Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina e em 1998, São Paulo. O Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul – Daer/RS desenvolveu um Programa Estadual de Concessão Rodoviária em 1995 baseado no conceito de polos onde há um nó da malha rodoviárias no qual concorrem trechos de rodovias, independentemente da jurisdição.

A promulgação Lei das Delegações, em maio de 1996 (Lei nº 9.277) criou a possibilidade de Estados, Municípios e o Distrito Federal solicitarem a delegação de trechos de rodovias federais para incluí-los em seus Programas de Concessão de Rodovias. Entre 1996 e 1998 foram assinados Convênios de Delegação com os estados do Paraná, Santa Catarina, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul, que realizou a concessão do lote rodoviário BR-116/392/RS, o Polo Pelotas, apenas com trechos federais.

Diante das dificuldades na implementação dos programas estaduais, a Resolução do Conselho Nacional de Desestatização – CND nº 8, de 5 de abril de 2000, recomendou a revisão do Programa de Delegação de Rodovias Federais, de que trata a Lei nº 9.277/96, e autorizou o Ministério dos Transportes a adotar medidas necessárias à unificação da política de concessões rodoviárias. Nesse

contexto, o Polo Pelotas foi sub-rogado a União em 2000. Assim a primeira Etapa do PROCROFE foi formada pelos trechos rodoviários da Tabela 2.

Tabela 2 – 1ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais

Rodovia	Concessionária	Extensão	Assinatura do Contrato	Duração inicial do Contrato
BR-101/RJ (Ponte Rio Niterói)* ¹	Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (CCR Ponte)	13 km	29/12/1994	20 anos
BR-116/RJ/SP (Rodovia Presidente Dutra)* ¹	Concessionária da Rodovia Presidente Dutra (CCR Dutra)	402 km	31/10/1995	25 anos
BR-040/RJ/MG (Rio de Janeiro – Juiz de Fora/MG)* ²	Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio (Concer)	180 km	31/10/1995	25 anos
BR-116/RJ (Duque de Caxias – Além Paraíba) (Rodovia Rio-Teresópolis) * ¹	Concessionária Rio-Teresópolis S.A. (CRT)	142 km	22/11/1995	25 anos
BR-290/RS (Osório-Porto Alegre) * ¹	Rodovia Osório - Porto Alegre S.A. (Concepa)	122 km	4/3/1997	20 anos
Polo Pelotas (BR-116/392/RS) * ³	EcoRodovias Infraestrutura e Logística S/A (Ecosul)	564 km	15/7/1998	15 anos
Extensão Total		1.423 km		

FONTE: Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário

*¹ Estas concessões foram encerradas após decorrido o prazo do contrato e, pelo menos parte dos trechos foram objeto de nova licitação em etapas posteriores do PROCROFE.

*² Em 2013 foi assinado um aditivo ao contrato para construir a Nova Subida da Serra de Petrópolis com a previsão de repasses de recursos federais para a sua execução ou a prorrogação do contrato por prazos pré-estabelecidos no caso de não haver os repasses previstos. A obra foi iniciada, porém os repasses de recursos federais foram paralisados em função de uma determinação do TCU alegando irregularidades no aditivo. O próprio contrato previa a prorrogação do prazo de concessão caso os repasses não fossem integralmente pagos. A obra está paralisada e a concessionária está em uma disputa judicial que vem permitindo que esta mantenha a operação da rodovia por tempo além do previsto como forma de buscar o equilíbrio da concessão.

*³ O contrato entre o estado do Rio Grande do Sul e a Ecosul tinha prazo de 15 anos, mas aditivos posteriores estenderam o prazo da concessão para 28 anos e o contrato inicial permanece vigente.

Apenas em 2001 foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com a edição da Lei 10.233, responsável entre outras atividades, gerir os contratos de concessões rodoviárias já

outorgados e os que viessem a ser formalizados pela União. O DNER foi extinto e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT foi criado para realizar a manutenção das rodovias não concedidas.

Após um grande período sem novos leilões de trechos rodoviários federais, em 2007 houve uma nova rodada de leilões de concessões rodoviárias que ficou denominada como 2ª Etapa – Fase 1 do PROCROFE, conforme apresentado na Tabela 3.

Tabela 3 – 2ª Etapa – Fase 1 do Programa de Concessão de Rodovias Federais

Rodovia	Concessionária	Extensão	Assinatura do Contrato	Duração inicial do Contrato
BR 381/MG/SP	Autopista Fernão Dias S.A.	562 km	14/2/2008	25 anos
BR 101/RJ	Autopista Fluminense S.A.	320 km	15/2/2008	25 anos
BR 376/PR e BR 101/SC	Autopista Litoral Sul S.A.	406 km	14/2/2008	25 anos
BR 116/PR/SC	Autopista Planalto Sul S.A.	413 km	14/2/2008	25 anos
BR 116/SP/PR	Autopista Régis Bittencourt S.A.	402 km	14/2/2008	25 anos
BR 153/SP	Concessionária de Rodovias Transbrasiliana S.A.	321 km	14/2/2008	25 anos
BR 393/RJ	Concessões Rodovia do Aço S.A.	200 km	26/3/2008	25 anos
Extensão Total		2.624 km		

FONTE: Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário

A Fase 2 da 2ª Etapa do PROCROFE foi composta por um único trecho concedido, leilado em 2009 e compreendeu além de trechos de rodovias federais dois trechos de rodovias estaduais, como apontado na Tabela 4.

Tabela 4 – 2ª Etapa – Fase 2 do Programa de Concessão de Rodovias Federais

Rodovia	Concessionária	Extensão	Assinatura do Contrato	Duração inicial do Contrato
BR-116/324/BA e BA-526 e 528	ViaBahia Concessionária de Rodovias S.A	680 km	3/9/2009	25 anos

FONTE: Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário

Em janeiro de 2012 a ANTT realizou o leilão da rodovia BR-101/ES/BA. Porém, em virtude de recurso impetrado na Justiça pelo grupo colocado em segundo lugar no leilão, a assinatura do contrato ocorreu apenas em abril de 2013. Ao final deste mesmo ano iniciou-se uma sequência de outros seis leilões de trechos rodoviários.

Em 31 de maio de 2015 houve o encerramento do primeiro contrato do PROCROFE, a Ponte Rio-Niterói, que foi precedido por um novo leilão do trecho, realizado em março de 2015 o que garantiu a continuidade, de forma ininterrupta, da cobrança de pedágio e a prestação de serviços aos usuários.

Esta 3ª Etapa do PROCROFE foi caracterizada pela ampliação das concessões rodoviárias federais, até então concentradas nas regiões Sul e Sudeste, para os trechos rodoviários dos principais corredores logísticos da região Centro-Oeste responsável pelo escoamento de parte da produção agrícola da região. Outra característica desta Etapa, excluindo as concessões da BR-101/ES/BA e a Ponte Rio Niterói, foi a obrigação de concluir a duplicação de toda a extensão das rodovias, predominantemente em pista simples, em 5 anos e o início da cobrança de pedágio estava condicionada à conclusão de 10% dessas obras, além de outras exigências. Os trechos que compõe esta etapa estão listados na Tabela 5.

Tabela 5 – 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais

Rodovia	Concessionária	Extensão	Assinatura do Contrato	Duração inicial do Contrato
BR-101/ES/BA	ECO101	476 km	17/4/2013	25 anos
BR-050/GO/MG	ECO050 (antiga MGO Rodovias)	437 km	5/12/2013	30 anos
BR-060/153/262/DF/GO/MG	Concebra	1.177 km	31/1/2014	30 anos

BR-163/MT* ¹	Nova Rota do Oeste	851 km	12/3/2014	30 anos
BR-163/MS	CCR MSVia	847 km	12/3/2014	30 anos
BR-040/MG/GO/DF* ³	Via 040	937 km	12/3/2014	30 anos
BR-153/GO/TO* ²	Concessionária de Rodovias Galvão	625 km	12/9/2014	30 anos
BR-101/RJ (Ponte Rio Niterói)	EcoPonte	13 km	22/5/2015	30 anos
Extensão Total		5.363 km		

FONTE: Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário

*¹ Houve a aprovação de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que permitiu a MTPar, uma empresa pública do Estado do Mato Grosso, assumir a concessão da rodovia vencida pela CRO.

*² Este contrato foi encerrado, pois teve a caducidade declarada.

*³ Este contrato foi encerrado em 05/08/2024, tendo parte do trecho sendo relicitado (BR-040/MG de Juiz de Fora/MG a Belo Horizonte/MG).

Em 2018 é inaugurada a 4ª Etapa do Programa Federal com a licitação da concessão da Rodovia de Integração do Sul (trechos das rodovias BR-101/290/386/448/RS) que incorporou trecho da concessão encerrada da BR-290/RS da 1ª etapa. Ao contrário das etapas anteriores, em que houve uma concentração de leilão em um curto período, esta etapa foi complementada de forma mais lenta, conforme pode ser observado na Tabela 6.

Tabela 6 – 4ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais

Rodovia	Concessionária	Extensão	Assinatura do Contrato	Duração inicial do Contrato
BR-101/290/386/448/RS	CCR ViaSul	472 km	11/01/2019	30 anos
BR-364/365/GO/MG	Ecovias do Cerrado	437 km	19/12/2019	30 anos
BR-101/SC	CCR ViaCosteira	220 km	06/07/2020	30 anos
BR-153/414/080/TO/GO* ¹	Ecovias do Araguaia	851 km	29/09/2021	30 anos
BR-163/230/MT/PA	Via Brasil BR-163	1.009 km	01/04/2022	10 anos
BR-116/101/RJ/SP* ²	CCR RioSP	599 km	28/01/2022	30 anos
BR-116/493/465/RJ/MG (Rio-Valadares) * ²	EcoRioMinas	727 km	22/08/2022	30 anos
Rodovias do Paraná - Lote 1 (BR-277/373/376/476/PR e PR-418/423/427)* ³	Via Araucária (Grupo Pátria)	473 km	30/01/2024	30 anos
Rodovias do Paraná - Lote 2 (BR-153/277/369/PR e PR-	Litoral Pioneiro (Grupo EPR)	605 km	30/01/2024	30 anos

092/151/239/407/408/411/508/804/855)* ³				
BR-040/MG (Juiz de Fora/MG – Belo Horizonte/MG)	Via Mineira (Grupo EPR)	232 km	04/07/2024	30 anos
BR-381/MG (Belo Horizonte/MG – Governador Valadares/MG)	4UM Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura	304 km	Ainda não assinado	30 anos
Extensão Total		5.929 km		

FONTE: Elaboração própria

*¹ Esta concessão contém trechos rodoviários da concessão BR-153/GO/TO da 3ª Etapa que teve a caducidade declarada em 16/08/2017.

*² A concessão BR-116/101/RJ/SP contém trechos da concessão encerrada da BR-116/RJ/SP da 1ª etapa. A concessão BR-116/493/465/RJ/MG também possui trechos da concessão encerrada da BR-116/RJ/SP como da concessão encerrada BR-116/RJ, ambas da 1ª etapa.

*³ As concessões do Paraná possuem trechos que fizeram parte do Programa Estadual de Concessões e tiveram seus contratos encerrados.

O leilão da Rota dos Cristais (BR-040/GO/MG), realizado em 26 de setembro de 2024, abre a 5ª Etapa do PROCROFE. Nesta etapa um novo modelo de contrato é adotado com destaque para a matriz de riscos que alterou a forma de alocação de riscos, criando o conceito dos riscos residuais, que são aqueles que não estão taxativamente alocados ao privado ou ao poder público e ampliou as regras de compartilhamento de riscos.

Tabela 7 – 5ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais

Rodovia	Concessionária	Extensão	Assinatura do Contrato	Duração inicial do Contrato
BR-040/GO/MG (Cristalina/GO - Belo Horizonte/MG)	Vinci Highways	595 km	Ainda não assinado	30 anos
BR-262/MG (Uberaba/MG – Betim/MG)	Rotas do Brasil S.A.	439 km	Ainda não assinado	30 anos
Extensão Total		1.034 km		

FONTE: Elaboração própria

Dessa maneira, governo federal administra atualmente 26 concessões rodoviárias, com mais 3 concessões com leilões recentes e em perspectiva de assinarem seus contratos totalizando uma extensão de quase 15.000 km, o que representa uma proporção relevante, considerando que a malha de rodovias federais pavimentadas é de aproximadamente 65.700 km⁵.

3.2 A performance das concessões rodoviárias federais

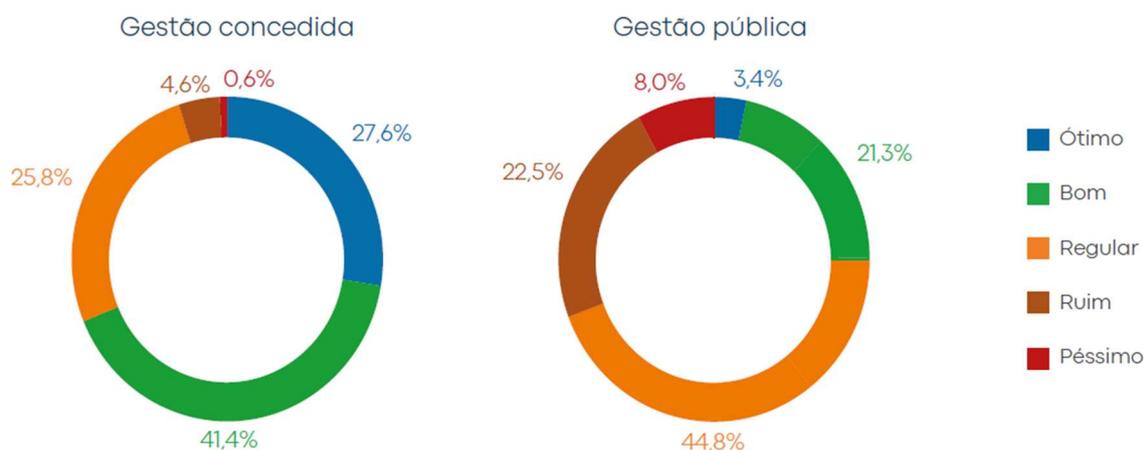
As rodovias concedidas no Brasil, historicamente, apresentam condições melhores do que as rodovias sob gestão pública. A Confederação Nacional do Transporte – CNT, realiza a Pesquisa CNT de Rodovias, que fornece um diagnóstico sobre a condição da infraestrutura rodoviária brasileira, avaliando a sua qualidade geral.

A recente pesquisa de 2022, que avaliou um total de 23.238 quilômetros de rodovias sob gestão concedida e 87.095 quilômetros de rodovias públicas, demonstra essa superioridade da condição das rodovias concedidas. As rodovias sob gestão concedida apresentam 69,0% da extensão classificada como Ótimo ou Bom no Estado Geral, que é o resultado da análise conjunta das características Pavimento, Sinalização e Geometria da Via⁶, enquanto nos trechos sob gestão pública a avaliação positiva totaliza apenas 24,7%. Este resultado é detalhado no Gráfico 2.

⁵ Pesquisa CNT de Rodovias 2022

⁶ A sua classificação é feita em cinco categorias (Ótimo, Bom, Regular, Ruim e Péssimo), a depender do estado de conservação em que a rodovia se encontra.

Gráfico 2 - Classificação do Estado Geral – Gestões concedida e pública



FONTE: Pesquisa CNT de rodovias 2022

A melhor qualidade dos trechos concedidos é resultado de um maior investimento da iniciativa privada em relação ao orçamento público. Segundo a Pesquisa CNT de rodovias 2022, entre 2016 e 2021, o investimento público federal médio foi de cerca de R\$ 163,07 mil, em média, a cada quilômetro. Já no caso das rodovias sob concessão (todas as jurisdições), o investimento médio registrado por quilômetro foi de R\$ 405,15 mil⁷.

Apesar deste resultado positivo, a partir de uma análise mais aprofundada sobre o cumprimento dos contratos a conclusão pode ir em outra direção. O Tribunal de Contas da União – TCU realizou auditoria operacional acerca das concessões no âmbito do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (PROCROFE), com o objetivo de avaliar a performance dos serviços públicos postos à disposição da sociedade (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário) e teve como abrangência os 21 contratos de concessões de rodovias federais firmados entre os exercícios de 1994 a 2015, os quais constituíam o PROCROFE, naquela oportunidade.

⁷ Valores atualizados pelo IPCA de agosto de 2022.

Para a avaliação da melhoria da infraestrutura rodoviárias, foram consideradas as intervenções de duplicação, vias marginais e terceiras faixas exigíveis até o ano de 2017. A Tabela 8 apresenta os principais indicadores.

Tabela 8 - Avaliação da melhoria de infraestrutura rodoviárias - Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário

Intervenção	Indicador	1ª Etapa	2ª Etapa	3ª Etapa
Duplicação	Quantidade de itens	2	23	8
	Variação da extensão física* ²	N/A	0,97%	0,0%
	Média dos prazos originais (anos)	4,5	6,35	7,13
	Proporção de itens com algum atraso* ¹	100,00%	95,45%	100,00%
	Atraso absoluto médio (anos) * ¹ * ³	3,00	4,41	1,88
	Atraso relativo médio* ¹ * ⁴	70,00%	102,74%	37,42%
	Execução física/previsão revisada	100,00%	32,17%	31,03%
	* ¹ Desconsidera itens cujo prazo original para início não expirou nem foi revisado até 2016/2017 * ² Proporção entre o acréscimo ou diminuição da extensão física em relação ao total originalmente previsto para todo o período da concessão * ³ Média dos atrasos apurados, em anos, considerando a diferença entre o prazo previsto originalmente para a execução dos investimentos, e o prazo de execução, medido até 2016/2017 * ⁴ Média dos atrasos proporcionais apurados, sendo estes os percentuais calculados pela proporção entre o atraso absoluto médio, e o número de anos originariamente previsto para execução do investimento, medido até 2016/2017			
Vias Marginais	Quantidade de itens	40	148	85
	Variação da extensão física* ²	80,84%	-14,37%	0,00%
	Média dos prazos originais (anos)	5,28	4,61	5,61
	Proporção de itens com algum atraso* ¹	82,05%	90,34%	100,00%
	Atraso absoluto médio (anos) * ¹ * ³	6,63	2,93	2,00
	Atraso relativo médio* ¹ * ⁴	234,71%	133,18%	33,33%
	Execução física/previsão revisada	97,63%	56,37%	N/A
	* ¹ Desconsidera itens cujo prazo original para início não expirou nem foi revisado até 2016/2017 * ² Proporção entre o acréscimo ou diminuição da extensão física em relação ao total originalmente previsto para todo o período da concessão * ³ Média dos atrasos apurados, em anos, considerando a diferença entre o prazo previsto originalmente para a execução dos investimentos, e o prazo de execução, medido até 2016/2017 * ⁴ Média dos atrasos proporcionais apurados, sendo estes os percentuais calculados pela proporção entre o atraso absoluto médio, e o número de anos originariamente previsto para execução do investimento, medido até 2016/2017			
Faixas Adicionais	Quantidade de itens	27	89	6
	Variação da extensão física* ²	74,31%	-25,03%	0,00%
	Média dos prazos originais (anos)	10,96	5,99	3,40
	Proporção de itens com algum atraso* ¹	72,73%	58,44%	100,00%
	Atraso absoluto médio (anos) * ¹ * ³	3,73	2,15	1,33
	Atraso relativo médio* ¹ * ⁴	94,24%	70,97%	35,56%
	Execução física/previsão revisada	100,00%	89,28%	0,00%
	* ¹ Desconsidera itens cujo prazo original para início não expirou nem foi revisado até 2016/2017 * ² Proporção entre o acréscimo ou diminuição da extensão física em relação ao total originalmente previsto para todo o período da concessão * ³ Média dos atrasos apurados, em anos, considerando a diferença entre o prazo previsto originalmente para a execução dos investimentos, e o prazo de execução, medido até 2016/2017 * ⁴ Média dos atrasos proporcionais apurados, sendo estes os percentuais calculados pela proporção entre o atraso absoluto médio, e o número de anos originariamente previsto para execução do investimento, medido até 2016/2017			

FONTE: Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p. 27 (elaboração própria)

O TCU realizou o seguinte diagnóstico em relação às duplicações:

Análise - 1ª Etapa

176. Nos contratos originais da 1ª Etapa, não havia a previsão de realização de obras de duplicação rodoviária. Apenas com o transcorrer da concessão, duas obras do gênero foram inseridas nos contratos: duplicação da BR-040/MG (extensão de 36,8 km) e duplicação da BR-116/RS (extensão de 8,7 km). Ambas, tiveram 100% de execução física e financeira.

177. Porém, esses investimentos foram executados com atraso, sendo que o atraso médio absoluto apurado foi de 3 (três) anos. Ou seja, as obras foram concluídas, em média, três anos após o cronograma inicialmente estabelecido.

178. Ademais, o atraso médio relativo foi de 70%. Em outras palavras, pode-se dizer que o prazo para a execução das obras durou, em média, 70% a mais do que o inicialmente programado (os percentuais obtidos foram de 100% em um item e de 40% no outro, por isso a média de 70%; peça 77).

179. Nesse aspecto, a duplicação da BR-040/MG tinha, quando inserida no contrato, previsão de execução entre 2002 e 2005 (peça 123), todavia as obras foram concluídas apenas em 2009.

180. Assim, a obra tinha um cronograma com duração de quatro anos, mas foi concluída apenas quatro anos após o termo inicialmente estabelecido. Sendo assim, o seu atraso relativo foi de 100% (4 anos de atraso / 4 anos da previsão original).

Análise - 2ª Etapa

181. Relativamente aos 23 itens de duplicações da 2ª Etapa, apurou-se que houve um acréscimo dos valores financeiros em 27,84%. Apesar disso, o acréscimo físico das obras foi de 0,97%.

182. Tais resultados foram sensivelmente influenciados pela modificação contratual ocorrida para a execução das obras na BR-116/SP (Serra do Cafezal), pois os valores previstos inicialmente saltaram de R\$ 775 milhões, para R\$ 1,47 bilhão (data-base: julho de 2018), sem que houvesse modificação da extensão construída, segundo informações da ANTT (peça 77).

(...)

185. Em relação à execução física, constatou-se que apenas 32,17% da extensão prevista para o período foi concluída, decorridos mais de dez anos nesses contratos. Ou seja, dos 647,7 km que deveriam estar disponíveis aos usuários até os anos de 2016/2017, apenas 205,7 km foram executados.

186. Tal número é fortemente influenciado pela não realização das obras de duplicação da BR-116/BA, onde cerca de 360 km não foram concluídos até o momento, em detrimento do cronograma previsto em contrato.

187. Além disso, influenciam no resultado a não realização dos investimentos em duplicação previstos na BR-153/SP e BR-393/RJ.

188. Em relação aos prazos de execução, registrou-se atraso médio absoluto de 4,41 anos e atraso médio relativo de 102,74%, revelando que as obras de duplicação rodoviária na 2ª Etapa, até o momento, têm levado mais que o dobro do tempo originariamente previsto em contrato, de forma que foram apurados atrasos em 21 de 22 itens (95,45%), havendo, além dos 22, um item cujo início foi originariamente previsto para depois de 2016/2017 e não fora reprogramado até então ('ampliação de capacidade no Ponto Azul e Trevo das Garças', na Rodovia do Aço, prevista para 2017 e 2018).

Análise - 3ª Etapa

189. Nos oito itens de duplicações da 3ª Etapa identificados, não houve, até 2017, variação da extensão originariamente prevista. Ou seja, a extensão inicialmente quantificada em 3.902,5 km, permaneceu no escopo dos contratos.

190. Quanto à execução física desses investimentos, registrou-se um índice de 31,03%, ou seja, dos 1.439,3 km esperados até 2016/2017, apenas 446,6 km foram concluídos. Esse percentual se assemelha ao desempenho dos contratos da 2ª Etapa de concessões.

192. Levando-se, em conta, ainda, que a condição para o início da cobrança de pedágio era que 10% da extensão total deveriam estar concluídas (exceto quanto à Eco 101), pode-se afirmar que, até o momento, grande parte das obras concluídas remetem àquelas exigidas para se iniciar a arrecadação de tarifas. Posteriormente a isso, poucas obras foram realizadas.

193. Neste cenário, o atraso médio absoluto apurado já alcança 1,88 anos. Notam-se, ainda, atrasos em todos os oito itens (100%), inexistindo qualquer item cujo prazo original não expirou nem foi reprogramado até 2016/2017.

194. Estes indicadores mostram que as obras de duplicação com previsão de conclusão nos primeiros anos de concessão já sofrem atrasos representativos. Assim, o índice de 1,88 tende a aumentar se novos atrasos forem observados. Além disso, considerando que no período apurado (2016/2017), os contratos da 3ª Etapa encontravam-se entre o 2º e 4º ano de concessão, verifica-se que o índice de atraso é bastante significativo.

195. Ademais, o índice de atraso médio relativo, de 37,42%, mostra que o atraso já alcança mais de um terço do prazo inicialmente estipulado. (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p.27)

Para a o diagnóstico relativo à implementação das vias marginais o TCU realizou os seguintes apontamentos:

196. Com relação à implementação de vias marginais, foram arrolados quarenta itens na 1ª Etapa, 148 na Segunda e 85 na Terceira (peças 61 a 76 e 78).

Análise - 1ª Etapa

(...)

199. Sob o aspecto físico das obras, as informações prestadas pela ANTT mostram que houve um acréscimo de 80,07% na extensão inicialmente contratada, o que revelou a necessidade de ampliação do escopo dos contratos, principalmente da BR-116/SP/RJ (Via Dutra). De início, para todas as concessões da 1ª Etapa, foram previstos 78,5 km de vias marginais e, atualmente, essa extensão alcança 141,3 km.

200. Em relação aos aspectos de execução física e financeira, registra-se a ausência de informações do órgão regulador, de modo que, dos quarenta itens arrolados, trinta não possuem as informações que permitam a elaboração dos indicadores.

201. Assim, com relação às vias marginais previstas para até 2016/2017 na 1ª Etapa, considerado o previsto após revisões, dentre os dez itens com informações, a execução financeira foi apurada em 90,04%, e a física, em 97,63%.

202. Entretanto, a execução desses itens contratuais deu-se com atraso médio absoluto de 6,79 anos, e atraso médio relativo de 236,82%, ou seja, a implantação apurável de vias marginais na 1ª Etapa levou, em média, mais que o triplo do tempo inicialmente estipulado.

203. Por fim registra-se que apenas sete itens tiveram seu prazo original respeitado ou antecipado. Assim, dos 39 itens apurados, encontrou-se um índice de 82,05% de itens com algum atraso.

Análise - 2ª Etapa

204. Relativamente às implementações de vias marginais da 2ª Etapa, apuradas até 2016/2017, verificou-se que houve uma redução física do escopo dos contratos (-14,37%). Assim, dos 300,2 km inicialmente contratados, atualmente essa extensão alcança 257,05 km. Tal diminuição é ocasionada, principalmente, pelos decréscimos ocorridos na Rodovia Régis Bittencourt (BR-116/SP/PR, onde dos 107,6 km originalmente previstos no contrato, restam apenas 55 km.

(...)

206. Quanto à execução financeira dos investimentos previstos, obteve-se um índice de 70,31% do previsto para até 2016/2017, mostrando que dos R\$ 319 milhões previstos no

fluxo de caixa das concessionárias para o período, cerca de R\$ 224 milhões foram realizados. Sob o aspecto físico, registra-se que houve uma execução de 56,37% das obras previstas para até aquele prazo.

207. Tal indicador é fortemente influenciado pelos baixos resultados apresentados na Rodovia Fernão Dias, onde apenas 29% das obras previstas foram realizadas, restando ainda cerca de 73 km de vias marginais, com previsão de conclusão para até 2016/2017, a serem concluídas.

208. Em função desse desempenho, o atraso médio absoluto alcança 2,93 anos, e o relativo, 133,18%. Este número mostra que as obras levaram mais que o dobro do tempo originariamente previsto. Além disso, observou-se atrasos em 131 dos 145 itens considerados (90,34%), já excetuados os três itens cujo prazo original não expirou e não foi reprogramado até 2016/2017.

Análise - 3ª Etapa

209. Nas implementações de vias marginais da 3ª Etapa, apuradas até 2016/2017, não se identificaram acréscimos físicos ou financeiros ao escopo originariamente previsto. Assim, os contratos permanecem com um total de 341,85 km de extensão, desconsiderando 29,2 km de vias marginais do contrato de concessão da BR-153/GO/TO, que foi extinto a partir da decretação de caducidade pela ANTT.

210. Quanto à execução, as previsões de conclusão são todas para depois do período avaliado, e as planilhas fornecidas pela ANTT não contêm indicações de previsões e de execuções parciais (exceto quanto à Eco101, que tem 36 km previstos, dos quais 18,9 tinham previsão de conclusão até 2016/2017). Assim, ausentes informações parciais quanto aos demais empreendimentos de vias marginais da 3ª Etapa, os indicadores de execução mostraram-se não apuráveis.

211. Nessa etapa de concessões, em linhas gerais, o programa de exploração da rodovia estabelece que as vias marginais devem 'ser executadas nos mesmos prazos fixados para implantação das pistas duplas', e que 'após a duplicação de cada subtrecho, a Concessionária terá até 12 (doze) meses para implementar as vias marginais referentes ao subtrecho duplicado, atendendo todas os Parâmetros Técnicos e Parâmetros de Desempenho estabelecidos neste PER e no Contrato'.

212. Sendo assim, pode-se inferir que os índices de execução não superariam os 31,03% apurados, referentes às duplicações da Etapa.

213. Já os indicadores de tempestividade foram apurados considerando-se as postergações de prazos de conclusão indicadas nas planilhas, ante a previsão original (peça 78). O atraso médio absoluto é dois anos, e o relativo, de 33,33% (importante lembrar que no período de avaliação, até 2016/2017, os contratos da 3ª Etapa estavam entre o segundo e o quarto ano de

vigência, de modo que o prazo da maioria dos empreendimentos ainda não havia expirado, ou expirara apenas um ou dois anos antes), havendo, atrasos em todos os vinte itens considerados (100%), excetuados os 65 itens cujo prazo original não expirou nem foi reprogramado até 2016/2017. (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p.29)

Por fim o TCU realizou os seguintes apontamentos relativos a implementação de faixas adicionais:

214. Com relação a faixas adicionais, foram arrolados 27 itens na 1ª Etapa, 89 na 2ª Etapa e seis na 3ª Etapa.

Análise - 1ª Etapa

215. Na 1ª Etapa, dos 27 itens identificados, onze não contêm informações de previsões física nem financeira originais suficientemente discriminadas para apuração de variações, e outros cinco, embora com informações sobre o físico, não contêm informações financeiras, em absoluto ou suficientemente discriminadas.

216. Considerados apenas os dezesseis itens com informações suficientes para apuração, registrou-se um índice de variação de 74,31% no aspecto físico. Ou seja, os 95,19 km inicialmente contratados foram ampliados para 165,93 km.

(...)

218. Este resultado é fortemente impactado pelo incremento de obras desse tipo no contrato de concessão da BR-290/RS, onde havia a previsão inicial de 37,5 km de obras de faixas adicionais, a um custo total de R\$ 18,4 milhões, em valores atualizados. Durante o contrato, foram acrescidos mais 94,96 km de obras desse tipo, gerando um custo total final de R\$ 418 milhões. Com isso, o custo médio por quilômetro saltou de R\$ 492 mil, em valores atualizados, para R\$ 3,16 milhões.

(...)

220. Com relação às execuções das faixas adicionais previstas para até 2016/2017 na 1ª Etapa, considerado as revisões contratuais, verificou-se execução física e financeira de 100% dos itens apuráveis.

221. Entretanto, essa execução completa deu-se com atraso médio absoluto de 3,73 anos e atraso médio relativo de 94,24%, ou seja, a implantação de faixas adicionais na 1ª Etapa levou, em média, quase o dobro do tempo inicialmente estipulado, havendo atrasos em oito dos onze itens com informações de prazos suficientes para apuração (72,73%), considerados nos índices as antecipações na conclusão dos demais três itens considerados.

Análise - 2ª Etapa

222. Relativamente aos 89 itens de implementações de faixas adicionais da 2ª Etapa até 2016/2017, apurou-se redução de 20% nos investimentos contratados, e também redução de 25,03% nas extensões totais contratadas. Com isso, verificou-se um aumento do preço médio por quilômetro, de R\$ 960 mil, para R\$ 1,2 milhão, em valores atualizados.

223. Tais números refletem, principalmente, as alterações contratuais ocorridas na BR-116/SP/PR (Rodovia Régis Bittencourt), onde foram excluídos do contrato 104,9 km de faixas adicionais.

224. Em relação à execução física dessas obras na 2ª Etapa, a previsão original dos contratos era de conclusão de 309,79 km até o ano de 2016/2017. Todavia, apenas 158,89 km foram realizados (índice de 51,29%, considerada a execução do original e do revisado; peça 79).

225. Levando-se em conta as modificações contratuais feitas ao longo do tempo, a exigência contratual foi reduzida para 177,96 km, até 2016/2017. Deste modo, a execução física atual atinge o índice de 89,28%.

(...)

227. Quanto ao tempo de atraso das obras de faixas adicionais na 2ª etapa de concessões, apurou-se um atraso médio absoluto de 2,15 anos, valor este que pode ser ampliado com o passar dos anos, caso novos atrasos sejam percebidos no futuro. Se considerados os prazos originais de conclusão dessas obras, o atraso relativo alcança o índice de 70,97%, ou seja, as obras estão durando, em média aproximadamente 1,7 vezes o prazo inicialmente estabelecido.

228. Além disso, excetuando-se os doze itens cujo prazo original não expirou nem foi reprogramado até 2016/2017, há atrasos em 45 dos 77 itens considerados (58,44%).

Análise - 3ª Etapa

229. Quanto aos seis itens de faixas adicionais da 3ª Etapa não se identificaram acréscimos ou supressões ao originariamente previsto. Ou seja, permanece o escopo de execução de 76,8 km de faixas adicionais. Destaque para os 44,3 km de faixas adicionais previstos na BR-060, entre as cidades de Anápolis e Goiânia.

230. Em relação à execução física das obras, verificou-se que um índice de 0%, ou seja, dos 32,5 km que deveriam estar concluídos até os anos de 2016/2017, nenhuma obra foi concluída. Tais segmentos estão previstos na BR-040/GO/DF, abrangendo as cidades de Santa Maria, Valparaíso e Luziânia.

231. Sendo assim, já foi possível mensurar um atraso absoluto de 1,33 anos nessas obras, equivalente a 35,56% do prazo originalmente estabelecido. (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p.31)

As principais conclusões desta auditoria podem ser resumidas nos seguintes achados:

1. em termos de eficácia e tempestividade, o desempenho, no âmbito do Procrofe, dos empreendimentos de duplicações e de implementação de vias marginais e de faixas adicionais tem se mostrado significativamente aquém do contratado junto às concessionárias, revelando-se, inclusive, inferior à performance de execução dos empreendimentos executados em rodovias não concedidas, via contratação de obras por parte da Administração (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p. 88).
2. as rodovias federais concedidas, em razão de suas características de fluxo e das estatísticas de acidentes nos últimos anos, se mostram mais sensíveis quanto à segurança, em comparação geral com a malha não concedida federal, tendo a adequada implementação das melhorias relevante papel na preservação da vida de seus usuários (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p. 90)
3. em que pese os maiores ônus tarifários se verificarem nas concessões mais antigas, também nas mais recentes identificam-se relevantes fatores onerosos, que podem vir a torná-las tão custosas aos usuários quanto as anteriores. Destacam-se, no peso tarifário, as renegociações decorrentes da inclusão de melhorias não previstas originariamente nos contratos, além de também pesarem contra o cidadão os subsídios públicos a financiamentos e os aportes da União feitos às concessionárias. Tais ônus se mostram ainda agravados pelo fato de as empresas, apesar de tais benefícios, não cumprirem a contento as condições originariamente contratadas, conforme apurado supra (Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, p. 91)

4 A RELICITAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA DA LEI Nº 13.448/2017

A auditoria realizada pelo TCU demonstrou um problema histórico de baixa execução dos contratos de concessão de rodovias. Esse foi um dos motivos para, em 2016, o Governo Federal propor a Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.

A exposição de motivos da Medida Provisória esclarece a motivação da criação da figura da relicitação. O regramento facultou *“ao Poder Concedente, em comum acordo com concessionário, adotar o procedimento de relicitação de contratos de parceria vigentes no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujos parceiros demonstrem ausência de capacidade em cumprir com as obrigações assumidas contratualmente. Trata-se de alternativa inovadora de “devolução coordenada e negociada” da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo. (...) Merece destaque o fato de que eventuais indenizações devidas pelo Poder Concedente ao parceiro privado serão pagas pelo novo contratado, o que evitará o desembolso de recursos por parte da Administração Pública Federal. (...) Nessa relicitação, o Poder Concedente terá a faculdade de reavaliar as condições originalmente pactuadas no contrato e promover a seleção de outro parceiro apto à execução do objeto. (...) Até a conclusão da relicitação e a assinatura do novo contrato de parceria, o antigo concessionário deverá assegurar, porém, a continuidade da prestação dos serviços essenciais, sob pena de aplicação de penalidades contratuais.”*

A adesão da concessionária a este procedimento ocorre de maneira irrevogável e irretroatável e deve haver renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado. A partir da adesão, são suspensas as obrigações de investimentos, porém deve ser mantida a prestação dos serviços essenciais garantindo a continuidade e a segurança relacionados a concessão.

A partir de então foram sendo criados regulamentos para disciplinar o processo estabelecido pela Lei nº 13.448/2017:

1. **Decreto nº 9.957, de 6 de agosto de 2019:** Regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. O requerimento de relicitação, que será formulado por escrito pelo contratado originário deverá conter, dentre outros requisitos declaração formal da intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretroatável, à relicitação do contrato de parceria e renúncia expressa quanto à participação do contratado e de seus acionistas diretos ou indiretos no certame de relicitação ou no futuro contrato de parceria que contemple, integral ou parcialmente, o objeto do contrato de parceria a ser relicitado. O processo de relicitação de rodovias, instruído com as manifestações da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT e do Ministério dos Transportes, será submetido à deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos, ao qual caberá opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto à conveniência e à oportunidade da relicitação e sobre a qualificação do empreendimento no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.
2. **Resolução nº 5.860, de 3 de dezembro de 2019 da ANTT:** Estabelece a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais.
3. **Resolução nº 5.926, de 2 de fevereiro de 2021 da ANTT:** Estabelece diretrizes para encerramento, relicitação e extensão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária sob competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres.

A partir da vigência da lei, 7 concessionárias realizaram o pedido para a relicitação:

1. BR-040/DF/GO/MG (3ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela Via 040 (Invepar). Data do pedido: 11/09/2017.
2. BR-163/MS (3ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela MSVia (grupo CCR). Data do pedido: 20/12/2019.
3. BR-060/153/262/DF/GO/MG (3ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela Concebra (Triunfo). Data do pedido: 09/04/2020.
4. BR-101/RJ (2ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela Autopista Fluminense (Arteris). Data do pedido: 19/05/2020
5. BR-393/RJ (2ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela Rodovia do Aço (K-Infra). Data do pedido: 11/11/2021.
6. BR-163/MT (3ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela Rota do Oeste (Odebrecht). Data do pedido: 09/12/2021.

7. BR-101/ES/BA (3ª Etapa do PROCROFE): Concessão administrada pela Eco101 (EcoRodovias). Data do pedido: 15/07/2022

Destaca-se que desses 7 pedidos, 5 são referentes a 3ª Etapa do PROCROFE, composta de 8 contratos. Dos 3 contratos desta etapa que não realizaram a solicitação: i) a BR-153/GO/TO, sofreu a caducidade e seu trechos foram objeto de novo contrato, BR-153/414/080/TO/GO, da 4ª Etapa do PROCROFE; ii) a BR-050/GO/MG está cumprindo o contrato; e iii) a BR-101/RJ (Ponte Rio Niterói), apesar de constituir a 3ª Etapa do PROCROFE, trata-se de um contrato com características distintas dos demais e que está em execução satisfatória.

Segundo SOUZA (2023), as principais justificativas para as concessionárias solicitarem a relicitação podem ser resumidas da seguinte maneira:

- a) Crise econômica do país e redução do tráfego de veículos;
- b) Alteração das condições de financiamento;
- c) Aumento significativo de insumos relevantes para a execução dos investimentos.

A ANTT não atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação concessão da Rodovia BR-393/RJ, apresentado pela Concessionária K-Infra Rodovia do Aço S.A⁸ e propôs a União a decretação de caducidade da concessão⁹.

⁸ Deliberação nº 345 da Diretoria Colegiada da ANTT, de 17 de novembro de 2022.

⁹ Deliberação nº 344 da Diretoria Colegiada da ANTT, de 17 de novembro de 2022.

A Via 040 foi a primeira concessionária a solicitar a devolução amigável em setembro de 2017, quando da publicação da medida provisória nº 752. Após a publicação do Decreto 9.957/2019, a empresa entrou com novo pedido, em agosto de 2019¹⁰.

Em agosto de 2020, a área técnica do TCU pretendia suspender cautelarmente a assinatura do termo aditivo ao contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG – Via040 ou praticar outros atos no sentido de dar prosseguimento ao processo de relicitação da concessão até que sejam esclarecidos os indícios de irregularidades apontados naquela auditoria¹¹. Apesar de naquele momento a cautelar não ter sido concedida, demonstra o quanto processo de relicitação enfrenta entraves para a sua conclusão. Outros aspectos podem contribuir para a explicação sobre a morosidade deste processo, como a necessidade de discussão com os credores, a definição do montante de indenização pelos ativos não amortizados e a alta inexecução de investimentos previstos nesses contratos^{12 13}.

Um trecho da Via040 foi o primeiro caso de relicitação de uma concessão rodoviária concluído. Trata-se do trecho da BR-040/MG de Juiz de Fora/MG a Belo Horizonte/MG, da 4ª Etapa do

¹⁰ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Primeira concessionária a pedir devolução amigável aguarda há 30 meses finalização do processo” de 16/03/2020. <https://www.agenciainfra.com/blog/primeira-concessionaria-a-pedir-devolucao-amigavel-aguarda-ha-30-meses-finalizacao-do-processo/>. Acesso em 19 nov. 2023

¹¹ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Secretaria do TCU quer vetar modelo de relicitação de rodovias. Ministra pede explicações à ANTT” de 27/08/2020. [Secretaria do TCU quer vetar modelo de relicitação de rodovias. Ministra pede explicações à ANTT – Agência iNFRA \(agenciainfra.com\)](https://www.agenciainfra.com/blog/secretaria-do-TCU-quer-vetar-modelo-de-relicitacao-de-rodovias-ministra-pede-explicacoes-a-antt-agencia-Infra-agenciainfra.com). Acesso em 13 dez. 2023.

¹² Conforme reportagem da Agência iNFRA “Longo caminho para a primeira relicitação de rodovias federais devolvidas” de 30/07/2020. <https://www.agenciainfra.com/blog/longo-caminho-para-a-primeira-relicitacao-de-rodovias-federais-devolvidas/>. Acesso em 13 dez. 2023.

¹³ Conforme reportagem da Agência iNFRA “iNFRA Live: Ministro reconhece que relicitação de rodovias é mais complexa que a de aeroportos” de 11/06/2020. <https://www.agenciainfra.com/blog/infralive-ministro-reconhece-que-relicitacao-de-rodovias-e-mais-complexa-que-a-de-aeroportos/>. Acesso em 13 dez. 2023.

PROCROFE.com o leilão ocorrido em 11 de abril de 2024¹⁴. A vencedora foi a EPR e o contrato foi assinado em 04 de julho de 2024. Dessa maneira, o contrato da Via 040 foi encerrado em 05 de agosto de 2024 e o trecho remanescente de Belo Horizonte/MG a Brasília/DF passou a ser operado pelo DNIT. Posteriormente, o trecho da BR-040 de Belo Horizonte/MG a Cristalina/GO (Rota dos Cristais) foi leilado em 26 de setembro de 2024, iniciando a 5ª Etapa do PROCROFE.

A Concebra caminha para uma solução mais complexa. Durante a realização dos estudos de viabilidade da rodovia, foi tomada a decisão de subdividir o projeto em 3 trechos a serem concedidos separadamente: (i) BR-153/060, entre Goiânia/GO e o Distrito Federal/DF, a ser concedido juntamente com o trecho da BR-040, de Cristalina/GO até o Distrito Federal/DF (este trecho da BR-040 pertencente a Via 040), denominado Rota do Pequi; (ii) BR-153/GO/MG, entre Goiânia/GO e Fronteira/MG e BR-262/MG, do entroncamento com a BR-153/MG até Uberaba/MG, denominado Rota Sertaneja; e (iii) BR-262/MG, entre Uberaba/MG e Betim/MG, denominado Rota do Zebu, trecho leilado em 31 de outubro de 2024. No entanto, segundo o diretor da ANTT Guilherme Sampaio, o Ministério dos Transportes solicitou que a ANTT não realizasse o leilão da Rota Sertaneja, pois estaria em análise pelo Ministério dos Transportes a solicitação de readaptação e otimização do contrato da Concebra. Pela proposta, a atual incumbente manteria a operação dos trechos que não compõe a Rota do Zebu, e ainda incorporaria o trecho da BR-040, de Cristalina/GO até o Distrito Federal/DF (este trecho da BR-040 pertencente a Via 040)¹⁵. Portanto neste caso, parte da Concebra será relicitada – Rota do Zebu, e a parte remanescente, com a incorporação de um trecho da Via 040, ou seja, a união da Rota do Pequi com a Rota Sertaneja, será objeto da readaptação e otimização do contrato, resultando num processo de maior complexidade.

¹⁴ O Consórcio Infraestrutura MG, do Grupo EPR, apresentou uma proposta com desconto de 11,21% na tarifa básica de pedágio. As outras duas proponentes, o Grupo CCR e o consórcio Vetor Norte, apresentaram propostas de 1% e 0%, respectivamente.

¹⁵ Conforme reportagem da Agência iNFRA “A pedido do ministério, ANTT segura relicitação do maior trecho da Concebra para avaliar repactuação” de 23/07/2024. <https://agenciainfra.com/blog/a-pedido-do-ministerio-antt-segura-relicitacao-do-maior-trecho-da-concebra-para-avaliar-repactuacao/>. Acesso em 01 set. 2024.

A solução para o caso da BR-163/MT, que teve o processo de relicitação iniciado, foi a aprovação de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que permitiu a MTPar, uma empresa pública do Estado do Mato Grosso, assumir a concessão da rodovia. Na oportunidade em que o TCU aprovou este TAC, em 28 de setembro de 2022, os Ministros do Tribunal fizeram críticas ao modelo de relicitação a partir do diagnóstico de que ele não está funcionando e sugerindo que o modelo deveria ser revisitado¹⁶.

¹⁶ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Ministros do TCU criticam relicitação ao aprovarem reequilíbrio de concessão rodoviária” de 30/09/2022. <https://www.agenciainfra.com/blog/ministros-do-tecu-criticam-relicitacao-ao-aprovarem-reequilibrio-de-concessao-rodoviaria/>. Acesso em 13 dez. 2023.

5 A READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DA PORTARIA Nº 848/2023 DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES

5.1 Descrição do processo

A assunção da concessão da BR-163/MT pela MTPar pode ser considerado como o embrião para a nova solução para os contratos com baixa performance. Durante a sessão que aprovou o TAC, em setembro de 2022, os Ministros do TCU fizeram duras críticas ao modelo da relicitação. O ministro Benjamin Zymler apontou que o modelo da BR-163/MT deveria ser estudado pela doutrina como modelo, porém se mostrou cauteloso com as mudanças dos contratos. Já o Ministro Augusto Nardes afirmou que o Estado e o TCU deveriam evoluir para encontrar soluções mais rápidas para os problemas dos contratos¹⁷.

No final de abril de 2023, o Ministério criou 4 grupos de trabalho com o objetivo de buscar alternativas para os contratos de concessão rodoviárias em processos de relicitação ou caducidade por meio da busca de soluções consensuais e trazer esses contratos para uma situação de cumprimento contratual e permitir a retomada dos investimentos. Os grupos de trabalho foram formados pelo Secretário Executivo dos Ministérios dos Transportes, a Secretária Nacional de Transportes Rodoviários, também do Ministério, o Consultor Jurídico junto ao Ministério e o Diretor Geral da ANTT e era franqueada a participação de agentes externos, como representantes das concessionárias e associações. Os grupos buscaram propor solução consensual para a BR-101/ES/BA, administrada pela ECO101 (Ecorodovias), a BR-163/MS da MSVia (CCR), a BR-101/RJ, da Autopista Fluminense Arteris) e BR-116/324/BA, da ViaBahia (Roadis), no prazo de 30 dias para o protocolo e análise da

¹⁷ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Ministros do TCU criticam relicitação ao aprovarem reequilíbrio de concessão rodoviária” de 30/09/2022. <https://www.agenciainfra.com/blog/ministros-do-tcu-criticam-relicitacao-ao-aprovarem-reequilibrio-de-concessao-rodoviaria/>. Acesso em 13 dez. 2023.

Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁸.

O Ministério dos Transportes realizou o evento Brasil Road Invest em junho de 2023¹⁹ com o objetivo de apresentar ao mercado o Novo Modelo de Concessões Rodoviárias, o pipeline dos próximos leilões de concessões rodoviárias e a proposta de otimização dos contratos atuais, a partir do diagnóstico de baixa performance dos contratos de concessão, demora no processo de relicitação (devolução amigável) e dos novos estudos para realização da nova licitação e insatisfação dos usuários com a baixa execução de obras em contrapartida ao valor tarifário calculado/praticado²⁰.

Segundo GOMES (2024)²¹, muitos contratos de concessões de rodovias federais não estão dando os resultados esperados “por conta de mudanças econômicas, dificuldades de investimento ou uma combinação de outras questões endógenas e exógenas, não conseguem cumprir as metas originalmente pactuadas”. Para o autor, as ferramentas existentes para corrigir esse problema como multas, arbitram e processos judiciais se mostraram lentas e ineficazes.

Para solucionar esse problema, o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) iniciaram o desenvolvimento de uma nova alternativa que consiste em uma renegociação ampla dos contratos que foi chamada de readaptação e otimização dos contratos de concessão, resultado do trabalho dos quatro grupos de trabalho criados em abril de 2023.

¹⁸ Informação disponível em <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2023/05/grupos-de-trabalho-vao-discutir-solucoes-para-contratos-inadimplentes-de-concessoes-rodoviarias>. Acesso em 19 out. 2024.

¹⁹ A apresentação do evento pode ser obtida em https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/concessoes/MTNOVAPOLITICA14062023_v6_comslidesBNDES.pdf. Acesso em 07 set. 2024.

²⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2023/06/nova-politica-de-concessoes-vai-impulsionar-investimentos-garantir-obras-e-prever-tarifas-justas>. Acesso em 13 dez. 2023

²¹ Milton Carvalho Gomes é procurador-geral da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Entretanto, para dar prosseguimento a esta iniciativa de otimização dos contratos atuais uma barreira deveria ser transposta. As concessionárias que solicitaram a relicitação declararam intenção de aderir a este processo, de maneira irrevogável e irretroatável. Diante desta possível restrição, o Ministério dos Transportes realizou uma consulta ao Tribunal de Contas da União questionando o entendimento da Corte sobre²²:

- 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?

O TCU se manifestou através do Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário de 02/08/2023 ponderando que:

- 1) O caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do concessionário;
- 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;
- 3) A possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas diversas medidas, com destaque para:
 - a. 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**

²² Informação obtida do Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário

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; (grifo nosso)

- b. 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;
- c. A garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, 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;
- d. 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;
- e. A inclusão, no novo termo aditivo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de:
 - i. 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;
 - ii. De impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação;
- f. Os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU.

A preocupação do Ministro Relator deste processo no TCU foi clara no sentido do limite da alteração a ser abrangida no âmbito de futura repactuação:

275. Acerca da repactuação, o Ministro Jhonatan de Jesus ressaltou que:

(...) cabe rememorar que o art. 4º, inciso III, da Lei 13.448/2017 prevê que a relicitação poderá dar origem a um “**novο ajuste negocial** para o empreendimento, **em novas condições** contratuais e **com novos contratados, mediante licitação** promovida para esse fim” (grifos acrescidos pelo revisor).

Ou seja, a desistência do Poder Concedente em dar continuidade ao processo de relicitação não deve possibilitar a renegociação ampla com base em novas condições que dê origem a um novo ajuste negocial.

No caso de desistência, entendo que o Poder Concedente estaria limitado a – diante das circunstâncias atuais e da eventual materialização de incertezas e de riscos inerentes a contratos de longuíssimo prazo (até 35 anos) – rever as obrigações do contratante e do contratado, bem como as soluções para recompor o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, observando as diretrizes da matriz de riscos inicialmente acordada, o que poderia/deveria ser feito inclusive nos contratos com concessionárias adimplentes, com o intuito de obedecer ao princípio da isonomia e de manter os mecanismos de incentivos regulatórios adequados para aprimorar a qualidade dos serviços a preços módicos para os usuários e/ou a custos otimizados para o Estado.

(...)

De maneira a contribuir para a descrição dos critérios balizadores, sugiro ao ministro relator que **inclua, entre eles, com os ajustes pertinentes na redação do subitem 9.2.3.4, que o novo aditivo não poderá configurar desnaturação do objeto do contrato de parceria, devendo ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro e a vinculação ao instrumento convocatório da licitação correspondente.** (grifos no original)

276. E, nesse sentido, o Ministro Jhonatan de Jesus sugere ajustes no subitem 9.2.3.4 da minuta de acórdão, nos seguintes termos:

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

277. Concordo com os nobres revisores de que eventual renegociação/repactuação entre Poder Concedente e concessionários **não pode alterar as premissas que sustentam o critério de julgamento das licitações realizadas**, ou seja, a tarifa básica de pedágio, no caso do setor rodoviário, e o valor de outorga, no caso do setor aeroportuário, obtidos nos respectivos leilões, pois alterar tais premissas afrontará o ordenamento jurídico em vigor, em especial o disposto nos arts. 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal.

278. Neste ponto, reporto-me ao item 105 do voto que apresentei na Sessão Plenária de 5/7/2023:

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

279. 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.

280. 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.**

281. Portanto, para afastar eventuais dúvidas, proponho ajustar o texto da condicionante descrita no subitem 9.2.3.4 da minuta de acórdão apresentada, com a devida renumeração, incorporando a sugestão dos nobres revisores, Ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus, conforme se segue:

9.2.4.4. a formalização 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; (todos os grifos do original)(Acordão nº 1593/2023 p. 99 e 100)

A partir da manifestação do TCU, o Ministério dos Transportes editou a Portaria nº 848, de 25 de agosto de 2023, que estabelece a política pública e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão, no que se refere à exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal. A portaria de readaptação e otimização dos contratos estabeleceu algumas premissas e regras que devem ser seguidas (alinhadas a manifestação do TCU), com destaque para:

- Atualização e modernização contratual à política pública vigente;
- Renúncia de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais existentes;
- Início imediato de execução de obras, preferencialmente, de ampliação de capacidade e segurança viária;
- Antecipação do cronograma de execução de obras;
- Tarifa de pedágio menor que as previstas nos estudos em andamento ou da média dos estudos em andamento já levados à audiência pública;
- Previsão de prorrogação contratual de, no máximo, quinze anos;
- Como garantia da execução das obras, deverá ser previsto período de transição de, no mínimo, três anos, com execução de obras e serviços suficientes para garantir a qualidade, a fluidez e segurança da rodovia.
 - Neste período, deverão ser proibidas a distribuição de dividendos aos acionistas e a transferência de controle acionário.
 - Deverá ser comprovada a existência de financiamento e/ou aportes prévios dos acionistas.
 - O cronograma proposto para o período de transição deverá ser vinculativo, permitida apenas sua antecipação.
- Em caso de descumprimento do cronograma, durante o período de transição, em dois períodos trimestrais, consecutivos ou não deverão ser tomadas as seguintes medidas:
 - Extinção automática do termo aditivo vigente;

- Retorno do Contrato a todas as condições originais com aplicação imediata dos descontos de reequilíbrios repesados e/ou consideração do valor respectivo nos haveres e deveres da concessão; e
- Instauração automática do processo de caducidade.
- Os estudos contratados para nova licitação e assunção de novo operador permanecerão em andamento como alternativa para o caso de descumprimentos.

A partir das regras estabelecidas nesta portaria, depreende-se que a readaptação e a otimização dos contratos poderia apresentar algumas vantagens em relação as alternativas existentes para a solução dos problemas de execução contratual, pois permitiria:

- A busca de uma solução consensual e não litigiosa entre as partes, por se tratar de um processo negocial;
- A atualização do contrato com a aplicação de um modelo contratual mais recente;
- A eliminação de passivos regulatórios com a renúncia de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais existentes;
- O início imediato dos investimentos, o que não é viável com a caducidade e a relicitação seguidas de um novo contrato de concessão²³. Assim, na prática, representaria uma possibilidade de antecipação da realização dos investimentos em relação às outras alternativas.

A portaria entrou em vigor em 1º de setembro de 2023 e teve validade até 31 de dezembro de 2023, ou seja, está foi a janela temporal para que as concessionárias interessadas na otimização dos contratos protocolassem no Ministério dos Transportes os estudos para a demonstração da vantajosidade de celebração de termo aditivo de readequação e otimização do contrato de concessão.

²³ Um novo contrato de concessão rodoviária, em regra, prevê o início dos principais investimentos de ampliação de capacidade e melhorias (duplicação, implantação de terceiras faixas e marginais) a partir, apenas, do terceiro ano do contrato.

Para GOMES (2024) esta alternativa também teria uma outra vantagem: “sinaliza para potenciais investidores, tanto nacionais quanto internacionais, a capacidade do Estado de resolver problemas históricos e crônicos, por meio de instrumentos inovadores”.

O processo de admissibilidade e avaliação das solicitações de readaptação e otimização dos contratos é composto por 6 etapas conforme apresentadas na Figura 2.

Figura 2 - Etapas da readaptação e otimização dos contratos de rodovias federais



FONTE: Portaria do Ministério dos Transportes nº 848, de 25 de agosto de 2023 (elaboração própria)

No prazo estabelecido pela Portaria, foram protocolados as solicitações e estudos de 14 concessionárias de rodovias²⁴, conforme a Tabela 9, para a demonstração da vantajosidade de celebração de termo aditivo de readequação e otimização do contrato de concessão para a realização da análise prévia de admissibilidade pelo Ministério dos Transportes.

Tabela 9 - Pedidos para renegociação do contrato

Rodovia	Concessionária	Etapa PROCROFE	Pedido de Relicitação?	Status da Renegociação
1) Polo Pelotas (BR-116/392/RS)	Ecosul (EcoRodovias)	1ª	Não	Não haverá negociação. Deverá haver nova licitação ²⁵ .

²⁴ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Com expectativa de R\$ 170 bilhões em obras, Ministério dos Transportes fecha em 14 os pedidos de repactuação de concessões rodoviárias” de 03/01/2024. <https://www.agenciainfra.com/blog/com-expectativa-de-r-170-bilhoes-em-obras-ministerio-dos-transportes-fecha-em-14-os-pedidos-de-repactuacao-de-concessoes-rodoviaras/>. Acesso em 09 jan. 2024.

²⁵ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Duas concessionárias de rodovias que pediram repactuação não devem ter seus processos admitidos, diz secretário” de 09/08/2024. <https://agenciainfra.com/blog/duas-concessionarias-de->

2) BR-040/RJ/MG (Rio de Janeiro – Juiz de Fora/MG)	Concer (Triunfo)	1ª	Não	Não haverá renegociação. Haverá nova licitação para o projeto ²⁶ .
3) BR 153/SP	Transbrasiliana (Triunfo)	2ª	Não	Em análise de vantajosidade pela ANTT ²⁷ .
4) BR 381/MG/SP	Autopista Fernão Dias (Arteris)	2ª	Não	Em exame de admissibilidade pela SecexConsenso.
5) BR 116/SP/PR	Autopista Régis Bittencourt (Arteris)	2ª	Não	Em exame de admissibilidade pela SecexConsenso.

[rodovias-que-pediram-repactuacao-nao-devem-ter-seus-processos-admitidos-diz-secretario/](#). Acesso em 01 set. 2024. Reportagem da Agência iNFRA “Ministério não admite repactuação da K-Infra e, agora, 10 de 14 pedidos seguem em análise” de 02/10/2024 indica que a Ecosul, do grupo EcoRodovias, também não deverá ter sua repactuação continuada, devido à falta de consenso com a comunidade local sobre os investimentos a serem feitos. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/ministerio-nao-admite-repactuacao-da-k-infra-e-agora-10-de-14-pedidos-seguem-em-analise/#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20dos%20Transportes%20apresentou,pasta%20formalmente%20nega%20o%20prosseguimento>. Acesso em 18 nov. 2024.

²⁶ O Estudo para uma nova licitação encontra-se em avaliação pelo TCU, com os estudos protocolados em 05/06/2024. O cronograma do Ministério dos Transportes prevê a realização do leilão em 27/03/2025. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/concessoes/rodovias>. Acesso em 18 nov. 2024. Em reportagem da Agência iNFRA “Ministério não admite repactuação da K-Infra e, agora, 10 de 14 pedidos seguem em análise” de 02/10/2024 informa-se que para o caso da Concer, o plenário do TCU indicou num acórdão recente que não aceita a repactuação com a empresa. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/ministerio-nao-admite-repactuacao-da-k-infra-e-agora-10-de-14-pedidos-seguem-em-analise/#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20dos%20Transportes%20apresentou,pasta%20formalmente%20nega%20o%20prosseguimento>. Acesso em 18 nov. 2024.

²⁷ A Portaria do Ministério dos Transportes nº 863 de 10 de setembro de 2024 manifestou-se favoravelmente à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização do contrato de concessão da rodovia BR-153/SP, sob responsabilidade da Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S.A., para início da análise da vantajosidade pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

6) BR 376/PR e BR 101/SC	Autopista Litoral Sul (Arteris)	2ª	Não	Em análise de vantajosidade pela ANTT ²⁸ .
7) BR 116/PR/SC	Autopista Planalto Sul (Arteris)	2ª	Não	Em análise de vantajosidade pela ANTT ²⁹ .
8) BR 393/RJ	Rodovia do Aço (K-Infra)	2ª	Sim. Porém não foi aceito pela ANTT	Não haverá renegociação ³⁰ . Deverá seguir a caducidade ³¹ .
9) BR 101/RJ	Autopista Fluminense (Arteris)	2ª	Sim	Aprovado pelo Plenário do TCU. Acórdão nº 2318/2024.
10) BR-116/324/BA e BA-526 e 528	Via Bahia (Roadis)	2ª – Fase II	Não	Admitido pela SecexConsenso, mas ainda na Comissão de

²⁸ A Portaria do Ministério dos Transportes nº 804 de 22 de agosto de 2024 declara a manifestação favorável à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização do contrato do Contrato de Concessão das rodovias BR-116/376/PR e BR-101/SC, sob responsabilidade da Autopista Litoral Sul S. A. para início da análise da vantajosidade pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT

²⁹ A Portaria do Ministério dos Transportes nº 894, de 19 de setembro de 2024, apresenta manifestação favorável com ressalvas à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização do Contrato de Concessão das rodovias BR116/PR/SC, sob responsabilidade da Autopista Planalto Sul S.A. para início da análise da vantajosidade pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT,

³⁰ A Portaria do Ministério dos Transportes nº 926, de 30 de setembro de 2024, apresenta manifestação desfavorável à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização do contrato da concessão da rodovia BR-393/RJ.

³¹ Em 2018, a Acciona passou, com anuência da ANTT a concessão para a K-Infra, que enfrenta processo de decretação de caducidade. Segundo a Agência iNFRA, o Ministério dos Transportes encaminhou para a Presidência da República, a quem cabe a publicação do decreto, proposta para a decretação da caducidade da concessão BR-393/RJ (reportagem “Ministro encaminha à Presidência proposta para decretar caducidade da concessão da K-Infra” de 09/09/2024)

				solução Consensual ³² .
11) BR-060/153/262/DF/GO/MG	Concebra (Triunfo)	3 ^a	Sim	Em análise de vantajosidade pela ANTT de parte do trecho ³³ .
12) BR-101/ES/BA	Eco101 (EcoRodovias)	3 ^a	Sim	Aprovado pelo Plenário do TCU. Acórdão nº 1996/2024. Em Audiência Pública ³⁴ .
13) BR-163/MS	MSVia (CCR)	3 ^a	Sim	Aprovado pelo Plenário do TCU. Acórdão nº 2434/2024.

³² Conforme Boletim da Agência iNFRA de 21/10/2024, a diretoria da ANTT aprovou em 18/10/2024, em reunião extraordinária, a proposta de acordo para a saída da Via Bahia da concessão das BR-116-324/BA firmado no âmbito da SecexConsenso do TCU (Tribunal de Contas da União). A homologação ainda precisa ser aprovada pelo plenário do órgão. Segundo a apuração da Agência iNFRA os valores homologados para a saída são R\$ 681 milhões (indenização pelos ativos não amortizados); R\$ 80 milhões (custos pelo encerramento da SPE e renúncia pelos litígios); e R\$ 131 milhões (assunção de financiamentos da companhia).

³³ A Portaria do Ministério dos Transportes nº 862, de 10 de setembro de 2024 manifestou favoravelmente à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização parcial do contrato da concessão das rodovias BR-060/153/262/DF/GO/MG para início da análise da vantajosidade pela ANTT, envolvendo apenas dos trechos: 1) do Distrito Federal até Goiânia/GO, da BR-060; 2) de Goiânia/GO até à divisa entre Minas Gerais e São Paulo, da BR-153; e 3) de Uberaba/MG até o entroncamento com a BR-153, da BR-262/MG. O trecho da BR-262, entre Uberaba e Betim, que estava também sob gestão da Concebra foi objeto de relicitação como Rota do Zebu, com leilão realizado em 31 de outubro de 2024. Conforme abordado no subcapítulo A RELICITAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA DA LEI Nº 13.448/20174, a readaptação e otimização do contrato da Concebra considera os trechos não incorporados na Rota do Zebu, além da incorporação do trecho da BR-040 de Cristalina/GO até o Distrito Federal, da concessionária Via 040.

³⁴ A ANTT realiza a Consulta Pública nº 1/2024 do processo competitivo da proposta de readaptação e otimização do contrato de concessão relativo a BR- 101/ES/BA, atualmente sob concessão da ECO 101 Concessionária de Rodovias S/A com prazo para envio de contribuição inicialmente previsto de 04/11/2024 a 18/12/2024, posteriormente adiado para até 23/12/2024.

14) BR-163/230/MT/PA	Via Brasil (Conasa)	4ª	Não	Em análise de vantajosidade pela ANTT ³⁵ .
----------------------	------------------------	----	-----	---

FONTE: elaboração própria.

Trata-se de um número muito significativo. Ambos os contratos ainda vigentes da 1ª Etapa do PROCROFE fizeram a solicitação. Entretanto, para o caso da BR-040/RJ/MG (Rio de Janeiro – Juiz de Fora/MG), o Ministério já decidiu realizar uma nova licitação, cujo leilão está previsto para ocorrer em 27/03/2025³⁶. Também manifestaram o interesse nessa otimização dos contratos todas as concessionárias da 2ª Etapa (Fases I e II). Da 3ª Etapa, três solicitaram a repactuação. Das que não solicitaram: i) a BR-153/GO/TO, sofreu a caducidade e seus trechos foram objeto de novo contrato, BR-153/414/080/TO/GO, da 4ª Etapa do PROCROFE; ii) a BR-050/GO/MG e a BR-101/RJ (Ponte Rio Niterói) estão cumprindo o contrato; iii) a BR-163/MT solicitou a participação no processo de relicitação, mas teve a sua solução com a aprovação de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) que permitiu a MTPar, uma empresa pública do Estado do Mato Grosso, assumir a concessão; e iv) BR-040/MG/GO/DF (Via 040), que foi o primeiro caso concluído de relicitação³⁷. Finalizando esses pedidos, há o contrato da BR-163/230/MT/PA, da 4ª Etapa e que teve o contrato assinado apenas em

³⁵ A Portaria do Ministério dos Transportes nº 808 de 22 de agosto de 2024 declara a manifestação favorável à admissibilidade do requerimento de readaptação e otimização do contrato do Contrato de Concessão das rodovias BR-163/MT/PA, sob responsabilidade da Concessionária Via Brasil BR-163, para início da análise da vantajosidade pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

³⁶ Conforme cronograma divulgado pelo Ministério dos Transportes disponível em <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/concessoes/rodovias>. Acesso em 18 nov. 2024.

³⁷ Conforme capítulo 4, o trecho da BR-040/MG de Juiz de Fora/MG a Belo Horizonte/MG, parte da concessão da Via 040, que ligava Brasília/DF a Juiz de Fora/MG, foi o primeiro caso de relicitação concluído, com o leilão ocorrido em 11 de abril de 2024. O contrato da Via 040 foi encerrado em 05 de agosto de 2024 e o trecho de Belo Horizonte/MG a Brasília/DF passará a ser operado pelo DNIT. O trecho da BR-040 de Belo Horizonte/MG a Cristalina/GO foi leiloadado em 26 de setembro de 2024.

abril de 2022. Ou seja, quase a totalidade dos contratos com mais de 5 anos estão solicitando a renegociação, além de um contrato recém assinado.

Segundo o Ministério dos Transportes, caso todos as 14 concessões fossem repactuadas seriam viabilizados investimentos de quase R\$ 27 bilhões nos primeiros 3 anos e até R\$ 109 bilhões no total, com mais de 400 km de duplicações nos três anos inicial e quase 1.600 km no total³⁸, consistindo num dos principais argumentos para as renegociações propostas³⁹.

Após a manifestação favorável do Ministério nesta primeira etapa, a INFRA S.A., em um prazo de 20 dias úteis, promove a análise preliminar do atendimento às premissas públicas estabelecidas na Portaria e na política pública de outorgas considerando a modelagem econômico-financeira. O relatório elaborado pela INFRA S.A. na etapa 2 subsidiará a análise de admissibilidade pelo Ministério, a ser concluída em 10 dias úteis. Caso a solicitação da concessionária não seja admitida, o processo será arquivado. Uma vez admitido, é iniciada a análise da vantajosidade pela ANTT, que deve realizá-la em até 30 dias corridos.

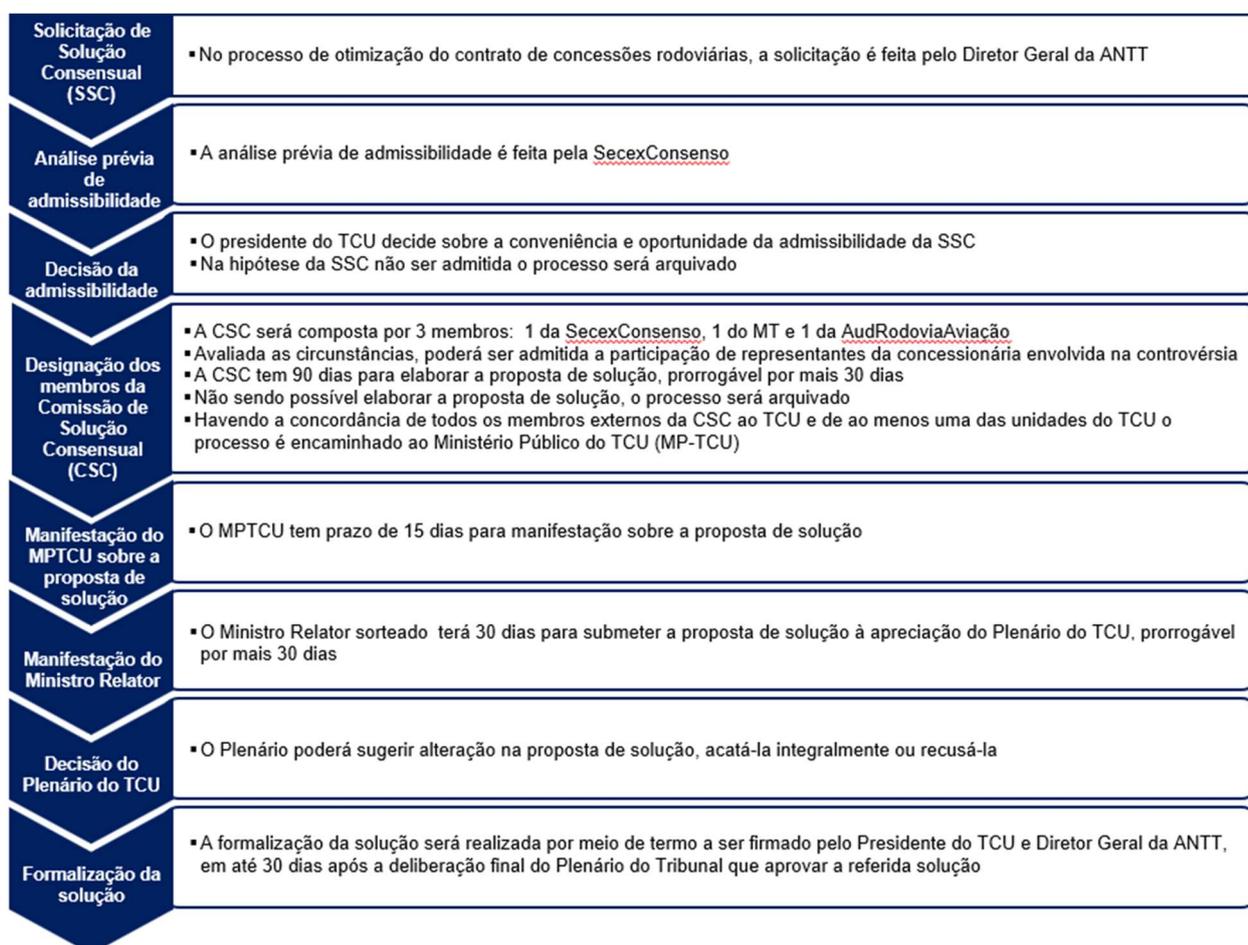
Esta análise técnica e jurídica da vantajosidade do novo termo aditivo de otimização e readequação do contrato de concessão feita pela ANTT deve considerar as premissas públicas estabelecidas na Portaria e na política pública de outorgas e as observações descritas no Acórdão nº 1593/2023 – TCU de forma a manter a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de risco contratual original, além dos objetivos da concessão original.

³⁸ Conforme site do Ministério dos Transportes disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/otimizacao-de-contratos-rodoviaros>. Acesso em 21 set. 2024.

³⁹ Conforme reportagem “Acordo para repactuar concessões de rodovias zera passivos para novo contrato” da Agência iNFRA de 09/09/2024, A secretária de Rodovias do Ministério dos Transportes disse que a prioridade do processo é acelerar os investimentos, o que o novo modelo pode antecipar em três anos em relação aos modelos de relicitação, o que significa menor número de acidentes nas rodovias.

Ao final desta quarta etapa, a ANTT encaminha o resultado da análise para a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do TCU (SecexConsenso). A Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, instituiu, no âmbito do TCU, os procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes relacionados a órgãos da Administração Pública Federal por meio da SecexConsenso. Considerando os prazos mínimos regimentais previstos para as etapas de avaliação no âmbito do TCU, apresentadas na Figura 3, a conclusão desta etapa não deve ocorrer em menos de 165 dias.

Figura 3 - Etapa de avaliação da readaptação e otimização de contratos de rodovias federais no âmbito do TCU



FONTE: IN TCU nº 91/2022 (elaboração própria)

Por fim, a sexta etapa do processo ocorre com a ANTT providenciando a deliberação e assinatura do novo termo aditivo em até quinze dias corridos após a formalização da solução pelo TCU, formalizando a desqualificação do empreendimento de relicitação, se for o caso.

Durante todo esse percurso, desde às etapas iniciais no Ministério dos Transportes, o processo segue em sigilo até a decisão do Plenário do TCU.

Para tentar mitigar uma das críticas à readaptação e otimização dos contratos, durante os primeiros procedimentos em andamento na SecexConsenso, o Ministério dos Transportes, ANTT e TCU incluíram a proposta de um Processo Competitivo Simplificado (PCS) que pretende criar um processo competitivo, por meio de um leilão, para que os novos contratos renegociados neste processo possam ser disputados por outras empresas interessadas. Os três primeiros casos avaliados pelo TCU incorporaram o PCS, a saber: a BR-101/ES-BA (Eco101, da EcoRodovias), a BR-163/MS (CCR MSVia) e a BR-101/RJ-ES (Arteris Fluminense). O procedimento competitivo foi apresentado como um dos requisitos das repactuações no âmbito das negociações desses três processos concluídos no âmbito da SecexConsenso⁴⁰. Essa proposta, segundo o governo⁴¹, tem o objetivo de mitigar o risco moral de uma alteração contratual dessa magnitude na medida em que, ao ofertar ao mercado, permitiria corrigir eventuais erros da modelagem, evitar críticas de que haveria um benefício ao atual incumbente por não ter cumprido parte do contrato, sem ofertar ao mercado. Os dois principais desafios do PCS foram:

1. Estipular um prazo mínimo para permitir que o mercado possa realizar as avaliações adequadas e garantir que exista o processo competitivo.
2. Definir um valor de indenização que não inviabilize a competição.

⁴⁰ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Evento no TCU terá painel para debater procedimento competitivo nas repactuações” de 28/08/2024. <https://agenciainfra.com/blog/evento-no-tcu-tera-painel-para-debater-procedimento-competitivo-nas-repactuacoes/>. Acesso em 01 set. 2024

⁴¹ De acordo com a visão apresentada pelo representante do TCU no dia 06 de setembro durante o 8º Fórum Nacional de Controle - Governança de Infraestrutura - Planejamento, Financiamento e Impactos Climáticos realizado pelo TCU.

Segundo o Ministro dos Transportes, Renan Filho, “o PCS foi a solução encontrada nas repactuações para que a renegociação feita no modelo consensual tenha uma avaliação do setor privado sobre a possibilidade de ofertar condições ainda melhores aos cidadãos do que as que foram renegociadas”⁴².

O PCS será similar aos demais leilões realizados pela ANTT, seguindo o modelo contratual da 5ª Etapa do PROCROFE com a disponibilização dos estudos e projetos. Uma diferença relevante é que, ao contrário de um leilão de um novo trecho, no PCS o objeto será a troca de controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE) para o vencedor do PCS. Assim, o edital deste leilão deverá disponibilizar, além dos documentos usuais de um leilão de concessão de rodovia realizado pela ANTT, a minuta do contrato para a troca de controle da SPE. Pelo objeto do leilão se tratar da venda das ações da SPE, serão disponibilizados os documentos da empresa para a realização de uma *Due Dilligence* pelos interessados.

A habilitação, condições exigidas e o critério de escolha também deverão ser semelhantes aos leilões da 5ª Etapa do PROCROFE, sendo o vencedor aquele que ofertar o maior deságio sobre a tarifa, com a possibilidade de qualquer participante ofertar lances em viva-voz, sem qualquer restrição em relação à melhor proposta (sem *range*). Adicionalmente deverá ser realizado o pagamento do valor de venda das ações aos atuais controladores, em valor fixo definido em edital. Outra diferença significativa é que o atual incumbente poderá ofertar lances, sem preferência. Caso não haja interessado ou o atual incumbente seja o vencedor, seguirá no controle da SPE⁴³.

Para GOMES (2024) as renegociações podem representar um risco de obtenção de vantagens indevidas pela atual incumbente, em especial para aquelas que apresentam descumprimentos das

⁴² Conforme reportagem da Agência iNFRA “Modelo para leilão de concessão rodoviária repactuada está "redondaço", diz ministro” de 08/08/2024. <https://agenciainfra.com/blog/modelo-para-leilao-de-concessao-rodoviaria-repactuada-esta-redondaco-diz-ministro/>. Acesso em 01 set. 2024.

⁴³ A descrição do PCS foi baseada nas informações apresentadas durante o 8º Fórum Nacional de Controle - Governança de Infraestrutura - Planejamento, Financiamento e Impactos Climáticos realizado pelo TCU nos dias 05 e 06 de setembro de 2024.

obrigações previstas, resultando em um incentivo a este descumprimento. Por conta disso, o autor considera que este comportamento pode ter um impacto generalizado no setor, afastando futuros investidores e prejudicando a credibilidade do modelo.

Por outro lado, na visão de GOMES (2024) o PCS contribui na mitigação desse problema pois “corrige a assimetria de informações entre o poder público e as concessionárias, garantindo que as renegociações não sejam apenas ajustes para beneficiar o parceiro privado, mas sim que sirvam como verdadeiros instrumentos para trazer benefícios à sociedade”. O autor complementa que o PCS “elimina qualquer possibilidade de privilégio ou vantagem para a concessionária atual (que) é forçada a competir em igualdade de condições com novos entrantes, inibindo comportamentos oportunistas”.

5.2 Críticas e resistências à readaptação e otimização dos contratos

A partir do anúncio da iniciativa de readaptação e otimização dos contratos em junho de 2023 e o desenvolvimento do seu processo, materializado com a edição da Portaria nº 848, de 25 de agosto de 2023, a sociedade passou a avaliá-la.

Como visto no capítulo 2, a renegociação dos contratos é um tema central e amplamente estudado na literatura de concessões, em função da possibilidade da ocorrência de efeitos indesejados decorrentes de um processo de renegociação. Existem situações em que a renegociação é necessária e desejável durante a gestão de um contrato de longo prazo, como é o caso das concessões rodoviárias. Porém, em outras circunstâncias, as consequências da renegociação podem significar a perda de *Value for Money* do contrato. Um dos desafios de uma renegociação é, portanto, estabelecer os limites para que ela ocorra, observando as regras previstas também nos próprios contratos.

O Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário de 02/08/2023, citado no subcapítulo 5.1 trouxe algumas diretrizes nesse sentido, sendo uma das principais a necessidade de manter, 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.

A Diretiva 2014/23/EU, apresentada subcapítulo 2.1, converge com a diretriz do TCU na medida em que estabelece em seu artigo 43 que as concessões não podem ser modificadas se provocar uma alteração do equilíbrio econômico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial.

No entanto está avaliação não é trivial e evolue uma avaliação multicriterial trazendo uma complexidade técnica para avaliação dos termos que diferenciam as renegociações boas das ruins, exigindo um arcabouço robusto para o alcance de um resultado adequado para a sociedade decorrente do processo de renegociação.

Uma demonstração dessa complexidade surge da alteração da Instrução Normativa – TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022 que instituiu os procedimentos da SecexConsenso, pela Instrução Normativa – TCU nº 97, de 27 de março de 2024. A previsão inicial estabelecia que a proposta de solução consensual seria encaminhada ao MPTCU se houvesse concordância de todos os membros da Comissão de Solução Consensual (CSC). A CSC, no caso das concessões rodoviárias é composta por membro de 2 unidades do TCU (da SecexConsenso e da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação)), do Ministérios dos Transportes e admite-se a participação de representante da concessionária envolvida.

A Instrução Normativa – TCU nº 97 flexibilizou essa exigência na medida que o encaminhamento do processo ao MPTCU dependeria apenas da concordância de todos os membros da CSC externos ao TCU e de ao menos uma das unidades representantes do TCU na CSC. A justificativa para essa alteração consta do voto do Ministro Vital do Rêgo do Acórdão nº 506/2024 – TCU – Plenário de 27 de março de 2024. No voto é reconhecido que os processos recentes encontram dificuldade em alcançar a unanimidade entre todos os membros da CSC, o que levaria ao arquivamento da proposta⁴⁴.

⁴⁴ Segundo apuração da Agência iNFRA, o modelo de renegociações mostrou-se muito mais complexo do que o anunciado originalmente, com a da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação) mantendo-se contrária ao modelo nos acordos apresentados até então, conforme reportagem “Modelo para PCS tem temas sensíveis que devem passar por discussão” de 16/08/2024. Ainda segundo a apuração da Agência iNFRA, o Ministério Público junto ao TCU deu parecer favorável ao modelo apresentado para a

O argumento para a flexibilização reside na percepção de que seria natural que as duas unidades do TCU apresentassem visões distintas sobre os temas analisados diante da complexidade das controvérsias. No entanto, no próprio voto é destacada a diferença de perfil entre as duas unidades. A SecexConsenso “possui as competências necessárias para a coordenação dos trabalhos, aplicando os métodos e técnicas de solução consensual com vistas a obter uma proposta que seja aceita por todas as partes”. Por outro lado as unidades especializadas “são profundas conhecedoras da matéria tratada e têm a capacidade de agregar informações e análises fundamentais ao processo, de aspectos que vão desde o arcabouço normativo até conhecimentos específicos de cada setor envolvido”.

Dessa maneira o ministro conclui que em “tal circunstância não deve obstar a manifestação do Plenário, que é a instância decisória apta a dirimir as divergências técnicas entre as unidades do TCU. Sendo assim, a alteração normativa estabelece que nestas situações, a proposta de solução consensual também será submetida ao MPTCU, ao relator e ao Plenário”.

Ao instituir essa flexibilização, houve uma fragilização de uma avaliação de caráter mais técnico, realizado na CSC, para a manifestação do Plenário do TCU, que em função da sua composição, pode conter contornos políticos⁴⁵.

De fato, a alteração da Instrução Normativa – TCU nº 91/2022 se mostrou fundamental para que a proposta de solução consensual fosse apreciada pelo Plenário do Tribunal. Até o momento, três propostas de solução consensual no setor de rodovias foram desenvolvidas pela Comissão de Solução Consensual e submetidas ao Plenário, resultando na aprovação de todas elas. No entanto, houve posicionamentos divergentes. A primeira a ser aprovada foi a proposta da ECO101, por meio do Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, de 25 de setembro de 2024, na sequência foi aprovada a

concessionária ECO101, porém a AudRodoviaAviação foi contrária ao acordo, conforme reportagem “Duas concessionárias de rodovias que pediram repactuação não devem ter seus processos admitidos, diz secretário” de 09/08/2024.

⁴⁵ O colegiado do TCU é formado por 9 ministros: 6 indicados pelo Congresso Nacional, 1 indicado pelo Presidente da República e 2 são escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público que funciona junto ao TCU.

proposta da Autopista Fluminense, no Acórdãos nº 2318/2024 – TCU – Plenário, de 30 de outubro de 2024 e, por fim, a proposta da MSVia, no Acórdão nº 2434/2024 – TCU – Plenário, de 13 de novembro de 2024, todas também estavam no processo de relicitação.

Nos três casos a Unidade Técnica do TCU (AudRodoviaAviação) manifestou-se contrariamente a aprovação da solução com base em argumentos técnicos e jurídicos. Os argumentos técnicos se concentravam basicamente em (podendo haver pequenas variações conforme o caso):

- A falta de confiabilidade dos dados utilizados na elaboração da proposta, incluindo o cálculo da indenização ao atual incumbente (os dados dos estudos eram em sua maioria informados pela atual incumbente e a análise sobre tais informações era superficial);
- A ausência de conexão entre a solução proposta e as supostas causas da inviabilidade contratual, que teriam sido a motivação da discussão da proposta.
- Fragilidades no Processo Competitivo Simplificado, que teria a função de mitigar os riscos moral e sistêmico, que sugerem a baixa probabilidade de o procedimento atingir os objetivos para o qual foi criado

A Unidade Técnica também apontou aspectos jurídicos para embasar a proposta para a recusa da solução consensual, pois envolve a criação de um contrato inteiramente novo, ultrapassando os limites da mutabilidade dos contratos estabelecidos na legislação e pela própria jurisprudência do Tribunal. Entende que na prática estar-se-á celebrando um novo contrato sem a realização de uma licitação (CF, art. 175, e Lei 8.987/1995, art.2º, II), não estaria preservando a tarifa ofertada na proposta financeira (Lei 8.987/1995, art.9º), não se estaria mantendo o equilíbrio econômico-financeiro (Lei 8.987/1995, art.9º e 10º), e não estaria preservando a vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.987/1995, art.14). Tal alteração também não estaria abarcada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto Lei 4.657/1942, art. 26), na medida em que a proposta de acordo não observa a legislação específica aplicável, isto é, as leis concernentes à concessão de serviços públicos.

A AudRodoviaAviação ainda destaca que as propostas desobedecem a orientação do Acórdão 1593/2023 – Plenário, que definia como uma das regras para a readaptação e otimização dos contratos a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que a dilação do prazo do contrato viola todos os dispositivos legais e ainda não prevê a realização de audiências públicas.

O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se contrariamente a proposta de solução consensual em duas oportunidades. No caso da ECO101 a manifestação foi favorável a proposta com a previsão de condicionantes com destaque para as relacionadas a ajustes no cálculo das indenizações e nos custos do modelo econômico-financeiro do projeto, ajuste no PCS para que o arremate do leilão pelos atuais controladores esteja condicionado à oferta mais vantajosa que o lance inicial, o aumento do prazo para elaboração de proposta no PCS e a prévia realização de audiência pública.

Nas duas propostas subsequentes, a manifestação do MPTCU foi exarada por outros dois integrantes do órgão. No caso da Autopista Fluminense, acompanhou o entendimento dos argumentos técnicos e jurídicos da AudRodoviaAviação. De maneira similar, no caso da MSVia, também houve alinhamento com a manifestação da Unidade Técnica e entendeu ainda que já existem institutos legais definidos para a solução dos problemas da concessão.

As percepções divergentes não se limitaram aos técnicos do Tribunal. Na apreciação do Plenário da proposta de solução consensual da MSVia, o Ministro Relator Aroldo Cedraz⁴⁶ propôs a recusa da proposta se alinhando às manifestações da AudRodoviaAviação e MPTCU de que as alterações contratuais propostas seriam ilegais. Alternativamente entende que o instrumento da solução consensual poderia ser utilizado para a resolução de litígios administrativos e judiciais, bem como apurar a indenização como forma de acelerar as relicitações de projetos de infraestrutura. Esta manifestação ensejou um pedido de vistas prorrogando a decisão para a sessão seguinte, quando houve a aprovação da proposta⁴⁷.

O Presidente do Tribunal de Contas da União reconhece que a iniciativa tem sido objeto de críticas da sociedade, de parlamentares, especialistas e servidores, em função do caráter sigiloso que envolve

⁴⁶ Em seu voto o Ministro destaca a sua participação dos outros dois casos anteriores: “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.” (Acórdão nº 2434/2024 – TCU – Plenário p. 102)

⁴⁷ Estas divergências no âmbito da CSC serão exploradas em mais detalhes no subcapítulo 6.2.

valores de grande magnitude⁴⁸. Em outra oportunidade, o Presidente do TCU reforça o papel da comissão de consenso, apesar de eventuais críticas quando declarou que a SecexConsenso tem sido um sucesso absoluto de tal forma que tem gerado incompreensão ou irresignação de quem está de fora assistindo o sucesso da iniciativa (informação verbal)⁴⁹.

A preocupação dos especialistas é manifestada, por exemplo, por ROSILHO et al. (2024) que pontua que a iniciativa do TCU, que busca eliminar a incerteza jurídica e o passivo contencioso pode estar viabilizando mudanças disruptivas com a repactuação de contratos públicos, porém trazendo o grande desafio de avaliar a vantajosidade de renegociações complexas, com impacto significativo no objeto contratado a partir de premissas técnicas fornecidas por partes interessadas na repactuação, o que faria o TCU se tornar um avalizador, com o carimbo da legalidade, se soluções insuficientes, inadequadas e não vantajosas.

O Instituto Não Aceito Corrupção⁵⁰ publicou uma Nota Pública⁵¹ em 09 de julho de 2024 apontando que a SecexConsenso configuraria um desvirtuamento finalístico do TCU, com fragilidades de

⁴⁸ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Presidente do TCU reclama de opositores da solução consensual em infraestrutura” de 24/05/2024. <https://agenciainfra.com/blog/presidente-do-tcu-reclama-de-opositores-da-solucao-consensual-em-infraestrutura/>. Acesso em 07 set. 2024.

⁴⁹ Declaração do Presidente do TCU Ministro Bruno Dantas no evento MoveInfra: 30 anos da Lei de Concessões – avanços e perspectivas, realizado em 07 de novembro de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LcINyF1gwk0>. Acesso em 18 nov. 2024.

⁵⁰ O Instituto se define como uma associação civil, nacional e apartidária, sem fins econômicos, fundada em 2015 que atua em quatro frentes: pesquisa, políticas públicas, educação e mobilização da sociedade. <https://www.naoaceitocorruptao.org.br/quem-somos>. Acesso em 07 set. 2024.

⁵¹ A Nota Pública disponível em: https://mcusercontent.com/d460dd1bcf9ba0ae040e1fc0f/files/56e1cdc2-a34f-584d-027f-bdaa2434de87/Nota_Publica_Camara_de_Mediacao_no_TCU_09_07_2024.pdf. Acesso em 07 set. 2024.

governança e transparência com potencial de resultar em acordos indevidos e conveniente aos interesses políticos do Governo Federal.

A insatisfação de parlamentares pode ser aferida pela ação apresentada pelo Partido Novo (Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF 1183) contra a criação da SecexConsenso. O partido argumenta que a iniciativa ampliou os poderes do TCU, extrapolando as suas atribuições previstas na constituição, na medida que permite a participação do Tribunal na formulação de políticas públicas. A ação pede a extinção da SecexConsenso e a anulação dos acordos eventualmente celebrados. O presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, também já havia feito críticas ao modelo instituído pelo TCU, pois, o órgão não teria competência para mediar renegociações contratuais⁵².

A insatisfação com os poderes do TCU na celebração de soluções consensuais também adveio da Advocacia Geral da União (AGU). Em 03 de julho de 2024, a Presidência da República publicou o Decreto 12.091/2024, que instituiu a Resolve, Rede Federal de Mediação e Negociação capitaneada pela AGU. O objetivo foi o de promover a atuação estratégica da administração pública federal nos procedimentos de mediação e negociação em que sejam partes os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O decreto previa ainda que a participação da AGU seria obrigatória quando mediações e negociações envolvessem a União ou as suas fundações e autarquias, com a finalidade de garantir a segurança jurídica e o controle da legalidade e os procedimentos de solução consensual no TCU deveriam ser autorizados pela AGU e os que estivessem em curso deveriam contar com a participação da AGU.

⁵² Conforme reportagem da Agência iNFRA “TCU suspende temporariamente reuniões da Secex Consenso após decreto da AGU sobre o tema” de 10/07/2024. <https://agenciainfra.com/blog/tcu-suspende-temporariamente-reunioes-da-secex-consenso-apos-decreto-da-agu-sobre-o-tema/>. Acesso em 07 set. 2024.

Naquele momento, com a publicação do decreto, todos os procedimentos no âmbito do TCU foram paralisados⁵³. O decreto não teria sido objeto de discussão com o TCU e com os ministérios que conduzem propostas de solução na SecexConsenso⁵⁴. Em 25 de julho de 2024 foi publicado o Decreto 12.119 que revogou os dispositivos que previam a obrigatoriedade de participação da AGU em negociações que envolvesse a União ou suas autarquias e fundações bem como a necessidade de autorização e participação da AGU nos procedimentos no âmbito do TCU, o que permitiu a retomada do desenvolvimento das propostas consensuais no Tribunal. Posteriormente, em 18 de setembro de 2024, o ministro da AGU, Jorge Messias, e o presidente do TCU, Bruno Dantas, assinaram um acordo de cooperação técnica com o objetivo de trocar informações e promover capacitação em soluções consensuais de conflitos⁵⁵.

Um sinal da relevância política das discussões sobre as renegociações contratuais teria sido dado em reunião ministerial em que teria sido sinalizado que nenhuma revisão de contrato de agentes privados deveria ser enviada para a SecexConsenso para a mediação do conflito e solução da controvérsia sem a anuência da Casa Civil⁵⁶.

⁵³ Conforme reportagem da Agência iNFRA “TCU suspende temporariamente todas as reuniões da Secex Consenso por determinação de Bruno Dantas” de 09/07/2024. <https://agenciainfra.com/blog/tcu-suspende-temporariamente-reunioes-da-secex-consenso-apos-decreto-da-agu-sobre-o-tema/>. Acesso em 07 set. 2024.

⁵⁴ Conforme reportagem da Agência iNFRA “Ministro dos Transportes pede apoio ao presidente Lula para destravar obras e diz que decreto da AGU “cria dificuldades”” de 22/07/2024. <https://agenciainfra.com/blog/ministro-dos-transportes-pede-apoio-ao-presidente-lula-para-destravar-obras-e-diz-que-decreto-da-agu-cria-dificuldades/>. Acesso em 07 set. 2024.

⁵⁵ Conforme informação disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-agu-assinam-acordo-para-promover-solucoes-consensuais-de-conflitos.htm#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Contas%20da,em%20solu%C3%A7%C3%B5es%20consensuais%20de%20conflitos>. Acesso em 18 nov. 2024.

⁵⁶ Conforme coluna do jornal Valor Econômico “Os três vespeiros da reunião ministerial” publicada em 13/08/2024. <https://valor.globo.com/politica/coluna/os-tres-vespeiros-da-reuniao-ministerial.ghtml>. Acesso em 07 set. 2024.

6 AVALIAÇÃO CRÍTICA DA READAPTAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DOS CONTRATOS

6.1 O limite para a renegociação contratual e a readaptação e otimização dos contratos

Os investimentos em projetos de infraestrutura mobilizam uma grande quantidade de capital e por isso demandam longo prazo para serem amortizados. Para a realização desses investimentos, o Poder Público avaliará diversas alternativas, considerando as suas restrições fiscais, as eficiências alocativas, prioridades entre vários outros critérios. Como resultado, a decisão poderá ser para a concepção de um arranjo entre o Poder Público e um parceiro privado para a realização do empreendimento. Este arranjo demandará a elaboração de um contrato de longo prazo entre as partes para dar segurança ao privado de que ele obterá o retorno adequado ao investimento realizado.

Como visto no capítulo 2, durante a vigência contratual ocorrerão eventos que não foram previstos no contrato que poderão impactar tanto o privado quanto o Poder Público, demandando algum tipo de renegociação dos termos contratuais, conceito abordado na Teoria Econômica dos Contratos chamada de Teoria dos Contratos Incompletos.

No entanto, essas renegociações podem ser motivadas por eventos ou comportamentos legítimos, ou seja, que justificam a realização de um ajuste contratual que tratam das lacunas do instrumento. Nestes casos, a renegociação poderá resultar no aumento de bem-estar da sociedade, se bem executada. Por outro lado, uma renegociação implementada sem a melhor técnica ou ainda, decorrente de motivações ou comportamentos que não justificariam a revisão, podem comprometer o resultado esperado daquela parceria e até mesmo o modelo de concessão.

O grande desafio, portanto, é estabelecer as balizas que caracterizam as renegociações boas das ruins. Um passo importante diante do desafio é primeiro buscar a redução dos eventos que ensejam as renegociações. Os contratos serão sempre incompletos, mas a maturidade obtida com o longo histórico de contratos de concessão de infraestrutura sinaliza as variáveis que explicam uma maior incidência de renegociações.

Essas variáveis podem ser divididas em dois grupos: aquelas relacionadas a própria modelagem do contrato (endógenas), e as relacionadas ao ambiente em que esses contratos estão inseridos (exógenas). Apesar de ser possível separá-las nesses 2 grupos, existe um alto grau de interdependência entre elas.

Um contrato melhor modelado pode reduzir as suas lacunas reduzindo a possibilidade de que ocorram renegociações. Em última análise, as renegociações vão ocorrer a partir da materialização dos impactos econômico-financeiros das lacunas contratuais. Um dos pontos centrais dos contratos de concessão é a definição da matriz de riscos. Essa matriz determina qual parte (Poder Público ou o parceiro privado) é responsável por assumir determinado risco. A ocorrência de determinado risco acarretará um impacto econômico-financeiro que deverá ser assumido pela parte definida em contrato, ou mesmo algum nível de compartilhamento entre as partes. A matriz de risco costuma ser uma grande fonte de incompletude de contratos. Uma alocação muito desbalanceada dos riscos dos contratos pode ser entendida como uma incompletude do contrato. Se um risco foi alocado a uma parte que não consegue lidar com o impacto do risco, a lacuna contratual reside no fato de não ter previsto como a parte é capaz de gerenciar ou mitigar o risco a ela alocado.

Os riscos podem estar relacionados a ocorrências de eventos como variações de demanda, eventos macroeconômicos, manifestações sociais, eventos climáticos ou mesmo de decisões ou comportamentos das partes como a escolha dos métodos construtivos, fontes de financiamento, alterações de impostos, leis, regulamentos, decisões de alterações da infraestrutura aumentando ou reduzindo a necessidade de investimentos. Tudo isso acarreta um impacto econômico-financeiro em uma ou ambas as partes do contrato, que podem ocasionar consequências para a própria execução contratual ou mesmo incentivar determinados comportamentos.

Com a maturidade da regulação de contratos de concessão e a experiência em lidar com a materialização de diversos riscos ao longo da gestão contratual espera-se que seja possível evoluir na alocação dos riscos do contrato e assim reduzir as lacunas contratuais da matriz de risco. A evolução da matriz de risco dos contratos é um exemplo de como a maior qualidade e robustez dos contratos pode minimizar a chance de que haja uma renegociação contratual.

Mas a própria melhoria da modelagem contratual (variáveis endógenas) depende de variáveis exógenas. A elaboração de contratos de concessão é uma atividade complexa que requer um corpo técnico altamente qualificado. A regulação deste contrato também requer uma estrutura robusta com pessoal especializado, recursos apropriados, governança adequada, continuidade e a vivência da experiência da regulação, que alimenta a melhoria da modelagem contratual.

A compreensão do impacto das variáveis exógenas também permite elaborar regramentos para o contrato se adaptar a esses eventos, melhorando ainda mais a modelagem contratual. Por exemplo, se um determinado país ou setor depende de financiamentos externos e a experiência mostra que tanto a oferta quanto o custo deste financiamento se alteram bastante ao longo da vida de um contrato, é possível elaborar cláusulas de mitigação do risco cambial para permitir o contrato dialogar melhor com essa situação ao longo do tempo.

Um contrato bem desenhado, porém, pode não resistir ao ambiente em que ele está inserido. Por exemplo, um ambiente que não favorece a segurança jurídica, sob forte pressões políticas ou econômicas, com maior nível de corrupção poderá permitir a busca de caminhos que ocasionem uma ampliação das oportunidades de uma renegociação (provavelmente ruim), ainda que o contrato seja bem modelado.

Desta forma, enfrentar o desafio de estabelecer os limites de uma renegociação, isto é, definir as balizas para a realização das boas renegociações, envolve desenvolver contratos que busquem minimizar as suas lacunas e um marco regulatório capaz de lidar com eventuais renegociações necessárias diante da ocorrência de eventos não vislumbrados durante a modelagem contratual.

A experiência brasileira na concessão de infraestrutura é bastante longa e vem apresentando avanços significativos. O setor rodoviário, com experiência no âmbito federal e de diversos estados é considerado um dos mais maduros e serve de referência para outros setores da economia que iniciam programas de concessões.

Mas essa experiência, também, veio acompanhada de desafios, dentre eles a baixa performance das concessionárias, como apresentado no subcapítulo 3.2. Por conta disso, ao longo do tempo, os

reguladores puderam aprender sobre eventos que comprometiam a performance das concessionárias e implementar ajustes nos projetos seguintes ocasionando uma evolução dos contratos ao longo do tempo.

Os primeiros contratos de concessão de rodovias, por exemplo, não tinham uma matriz de risco bem definida. Os contratos da 2ª Etapa do PROCROFE incorporaram cláusulas específicas para alocação dos riscos entre as partes. A cada nova etapa, há uma evolução da distribuição dos riscos. A 5ª Etapa apresentou uma das maiores evoluções na matriz de risco, comprovando a maturidade do setor.

Outro exemplo de evolução dos contratos pode ser observado nas cláusulas de extinção do contrato. Até a 3ª Etapa, o regramento basicamente reproduzia a previsão legal, que limita a dar diretrizes de como realizar o procedimento. No entanto, quando os reguladores estão diante de uma situação em que é necessário discutir uma eventual extinção antecipada do contrato, como uma caducidade, percebe-se que são necessárias balizas mais claras para a sua efetiva realização, tanto na evolução das cláusulas contratuais, como nos normativos infralegais, no âmbito da própria agência para detalhar e regulamentar o regramento.

O estresse decorrente de uma baixa performance de um contrato de concessão, aumenta o conflito entre as partes o que explica, em parte, a evolução dos contratos prevendo a arbitragem e as diferentes instâncias para a resolução dos conflitos.

A outra face da mesma moeda que permitiu a evolução dos contratos em diversos aspectos é como resolver a questão dos contratos com baixa performance.

O art. 38 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão, estabelece que o contrato poderá ser extinto em caso de inexecução total ou parcial do contrato (caducidade), ou seja, quando a concessionária:

- Prestar o serviço de forma inadequada, considerando os parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- Descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais;

- Perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido

Neste caso, a declaração de caducidade deverá ocorrer mediante processo administrativo, assegurado o direito a ampla defesa e a concessionária fará jus a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

A experiência brasileira mostra que a decretação de caducidade é um processo lento e que envolve longa disputa judicial, em especial em situações sistêmicas, em que inúmeros contratos apresentam *default* contratual relevante. No setor rodoviário brasileiro apenas o caso da BR-153/GO/TO, da Concessionária de Rodovias Galvão da 3ª Etapa do PROCROFE, foi concluído. A BR-393/RJ, Rodovia do Aço da 2ª Etapa do PROCROFE está enfrentando um processo de caducidade.

A partir deste diagnóstico, o governo propôs a Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de concessão como alternativa a caducidade para a solução dos contratos com baixa performance. Ao contrário da caducidade, que é um processo litigioso, a relicitação foi concebida como uma devolução negociada da concessão que permitiria ao governo manter o atual operador, responsável por garantir uma qualidade mínima de serviço, até a realização de uma nova licitação para um novo operador.

Novamente, em 2023, o governo federal, a partir do diagnóstico da demora no processo de caducidade e da relicitação apresentou a proposta da readaptação e otimização dos contratos de concessão, que na prática significa uma renegociação do contrato com o atual incumbente.

Porém, esta alternativa suscita algumas dúvidas: Uma renegociação para este fim está dentro dos limites ou balizas para uma boa renegociação? O contrato ou o marco regulatório permitem uma adaptação contratual que tenha o condão de melhorar a performance da concessionária?

Não existe no normativo brasileiro ou nos contratos uma definição objetiva dos limites de uma renegociação. Mas o Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário de 02/08/2023, conforme apresentado

no subcapítulo 5.1, trouxe as primeiras diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público nos processos de renegociações em substituição aos processos de relicitação, a saber:

- Deve-se manter, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual;
- Deve-se manter, em relação ao contrato em vigor, o equilíbrio econômico-financeiro;
- Deve-se manter, em relação ao contrato em vigor, os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos
- Deve-se 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

Essas diretrizes vão ao encontro da experiência europeia materializada no artigo 43 da Diretiva 2014/23/EU, conforme apresentado no subcapítulo 2.1 que estabelece, resumidamente, que as renegociações são possíveis se:

- Estiverem previstas no contrato;
- Decorram de uma circunstância que não se podia prever;
- Não alterar a natureza da concessão;
- Não representar uma alteração significativa do valor do contrato;
- Não alterar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Essas diretrizes estão perfeitamente alinhadas com os limites para as negociações apresentados por GUASCH, BENITEZ, PORTABALES e FLOR (2017), a saber:

- A preservação do *Value for Money* original do contrato;
- O operador deverá ser responsabilizado pela sua oferta e pelos riscos aceites no contrato.
- O resultado dos benefícios deverá ter um impacto de valor presente líquido zero, e as modificações do contrato não devem alterar a alocação de risco original matriz.
- A renegociação não deve ser utilizada para corrigir erros na proposta ou excessivamente arriscada ou propostas agressivas.

Portanto, apesar do normativo nacional e os contratos não definirem objetivamente os limites para a realização de renegociações de contratos de concessão, a prática internacional traz essas balizas que poderiam servir de diretriz para o caso em tela:

- Preservação do equilíbrio econômico-financeiro, ou de forma mais ampla o *Value for Money* do contrato original;
- Respeito ao contrato original, que significa a manutenção do cerne do contrato, a sua natureza e a sua matriz de risco;
- Decorrente de eventos que não vislumbrados quando da elaboração do contrato e que suas consequências também não recebem tratamento contratual.
- Não deve ser utilizada para corrigir as consequências de propostas agressivas, de forma que o investidor deve ser responsabilizado pela sua oferta e riscos assumidos.

A adoção de diretrizes equilibradas e balizas para a admitir a realização de um processo de renegociação de um contrato de concessão não é garantia de que se atingirá uma boa renegociação. No entanto, ao não as considerar, aumenta-se de forma muito significativa a possibilidade de incentivar comportamentos oportunistas de interessados nos ativos. Se a prática de realizar renegociações ruins for disseminada em determinado setor ou país, pode-se comprometer todo o programa de concessão com a seleção viesada de investidores, atraindo aqueles capazes de melhor renegociar os contratos, que justificam a baixa qualidade do ativo como consequência de eventos que demandariam renegociações que melhorariam seus resultados, e entregando para o país custos mais elevados para a disponibilização da infraestrutura, diminuindo o bem-estar da sociedade.

6.2 Avaliação comparativa entre a Readaptação e Otimização dos Contratos, a Relicitação e a Caducidade

Apesar dos benefícios do PROCROFE, o diagnóstico realizado pelo TCU e apresentado no subcapítulo 3.2 indica que o desempenho de grande parte das concessionárias tem se mostrado muito abaixo do que é exigido pelos contratos de concessão o que pressiona a Administração Pública a buscar soluções para esse problema.

A readaptação e otimização dos contratos apareceu como a mais recente alternativa. Trata-se na verdade de uma ampla renegociação do contrato com o atual incumbente. A literatura econômica é farta na avaliação dos limites e impactos da renegociação do contrato de concessão. Quatorze concessionárias solicitaram a readaptação e otimização dos contratos, conforme detalhado no subcapítulo 5.1, o que representa quase a totalidade dos contratos administrados pela ANTT.

O fato de ter havido a solicitação não garante que será possível chegar a um acordo renegociado. No entanto, espera-se que haja um número representativo de procedimentos concluídos. Por esse motivo torna-se relevante avaliar se esta alternativa é capaz de entregar os benefícios esperados o que significa não incorrer nas preocupações de GUASCH, BENITEZ, PORTABALES e FLOR (2017) com a alta incidência de renegociações, a saber:

- Podem colocar em risco a credibilidade no modelo;
- Conduzem a assimetria de informação e a ausência de pressão competitiva no processo de renegociação;
- Podem criar uma distorção no leilão, na medida em que é mais provável que o vencedor seja o mais experiente ou qualificado para realizar processos de renegociação e não o melhor operador;
- Podem diminuir as vantagens e os benefícios em bem-estar social do modelo de parceria entre o poder público e a iniciativa privada.

Apenas uma avaliação individual de cada caso pode concluir se a renegociação foi positiva ou não. O processo de readaptação e otimização dos contratos está em desenvolvimento e ainda não existe nenhum caso concluído. A avaliação depende não só da conclusão dos termos renegociados, mas também de como será a performance do contrato renegociado.

Destarte não ser possível realizar esta avaliação neste momento, é possível comparar as principais características deste processo com as alternativas de caducidade e relicitação e verificar se representam, ou não, um avanço em relação a estas.

Para permitir a comparação, inicialmente é necessário discutir se a alternativa de readaptação e otimização dos contratos é admissível para cada caso concreto, dado que, conforme discutido no subcapítulo 6.1 deveriam ser impostos limites para a sua realização, resumidos em:

- a) Deveria estar previsto no contrato a previsão de renegociação nos termos desejados;
- b) Deveria decorrer de circunstâncias não previstas de forma diligente quando da concepção do contrato;
- c) Não deveria alterar o equilíbrio econômico-financeiro;

- d) Não deveria alterar a matriz de risco originalmente prevista no contrato;
- e) Não deveria ser utilizada para corrigir propostas agressivas, ou seja, o operador deve ser responsável pela sua oferta e riscos assumidos.

Os limites “a” e “d” podem ser avaliados de forma mais ampla, enquanto os previstos nos itens “b”, “c” e “e”, dependem de uma avaliação de cada caso.

Os contratos de concessão do PROCROFE não possuem qualquer previsão para a sua readaptação na relevante magnitude pretendida pela Portaria nº 848, de 25 de agosto de 2023 do Ministério dos Transportes, que estabelece, dentre outras coisas: uma ampla alteração contratual que consiste em atualizar todos os contratos para o modelo contratual da 5ª Etapa do PROCROFE e a inclusão e alteração dos cronogramas de investimentos com a prorrogação do prazo contratual.

A própria atualização para o modelo da 5ª Etapa configura numa atualização profunda da matriz de risco do contrato com um maior compartilhamento dos riscos. As principais alterações da matriz de risco do contrato da 5ª Etapa, se comparadas principalmente com os contratos da 2ª e 3ª Etapas, que representam a maioria dos contratos em avaliação para readaptação e otimização dos contratos podem ser resumidas da seguinte maneira:

- 1) Os contratos da 2ª e 3ª Etapas elencavam os riscos assumidos pelo Poder Público e alocava todos os demais riscos à concessionária, listando alguns deles de forma exemplificativa. Na 5ª Etapa, os riscos são taxativa e objetivamente alocados em cada uma das partes. Os riscos não alocados objetivamente em uma parte são chamados de riscos residuais que são compartilhados entre as partes.
- 2) Alguns riscos objetivamente alocados às partes podem ainda ter um grau de compartilhamento entre elas, como é o caso dos riscos de demanda, cambial, geotécnicos, de variação de custos de insumos que eram integralmente alocados ao parceiro privado em etapas anteriores do PROCROFE.

Assim, a proposta da Portaria nº 848, à princípio, ultrapassa os limites previstos nos itens “a” e “d” acima.

As concessionárias Autopista Fluminense - Arteris (BR-101/RJ), Concebra – Triunfo (BR-060/153/262/DF/GO/MG), Eco101 – EcoRodovias (BR-101/ES/BA) e MSVia (BR-163/MS) solicitaram a relicitação e, posteriormente, a readaptação e otimização dos contratos. Considerando que, conforme apresentado no capítulo 4, as principais justificativas para o requerimento da relicitação estão relacionadas, à princípio, a riscos alocados à concessionária e as suas propostas vencedoras representaram deságios significativos de 40,95%⁵⁷, 52%⁵⁸, 52,74%⁵⁹ e 45,63%⁶⁰ respectivamente, é uma hipótese plausível que a baixa performance esteja relacionada a combinação de uma oferta agressiva com a materialização de riscos assumidos pela concessionária o que poderia significar ultrapassar os limites previstos nos itens “b”, “c” e “e”. A análise das informações contidas nos Acórdãos de aprovação do TCU dos três primeiros casos de readaptação e otimização dos contratos (ECO101, Autopista Fluminense e MSVia) realizada no subcapítulo 6.2.6 sugere que as balizas foram efetivamente ultrapassadas. Repisa-se que estas hipóteses devem ser confirmadas diante de uma avaliação dos casos concretos⁶¹.

⁵⁷ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/empresa-espanhola-garante-cinco-dos-sete-lotes-do-leilao-de-rodovias-federais/142062#:~:text=Lote%20%20%E2%80%93%20OHL%20Brasil%20S.A,6%20mil%20quil%C3%B4metros%20de%20estradas>. Acesso em 28 set. 2024.

⁵⁸ Disponível em: <https://exame.com/economia/triunfo-vence-leilao-das-rodovias-060-153-e-262/>. Acesso em 28 set. 2024.

⁵⁹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/ccr-vence-leilao-de-privatizacao-da-br-163-com-desagio-de-52-11089673>. Acesso em 19 nov. 2024.

⁶⁰ Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/ecorodovias-vence-leilao-federal-de-trecho-da-br-101-entre-espírito-santo-e-bahia/>. Acesso em 28 set. 2024.

⁶¹ Nos subcapítulos subsequentes, quando avaliados trechos dos Acórdãos dos casos da ECO101, Autopista Fluminense MSVia, verifica-se que a CSC reconhece a situação de insustentabilidade financeira das concessionária e as manifestações da AudRodoviaAviação sugerem que as propostas de renegociação iriam além de as supostas causas da inviabilidade

Ainda que os limites da admissibilidade de executar uma renegociação possam ter sido ultrapassados, é possível realizar uma comparação, sob diferentes dimensões, da readaptação e otimização dos contratos com as alternativas de caducidade e relicitação.

Os contratos de concessão dispõem de inúmeras medidas para remediar um problema de baixa performance de um operador. Os contratos são modelados para que existam incentivos para que os comportamentos desejados do concessionário sejam efetivamente executados. São incentivos financeiros, onde realizar o comportamento modelado no contrato deve ser mais vantajoso financeiramente do que não executar. Podem ser incentivos de imagem, em que os comportamentos de diversos operadores são comparados e avaliados pelos reguladores e pela sociedade, de forma que todos busquem o reconhecimento de sua capacidade de operação.

Adicionalmente existem as penalidades. Quando os incentivos não foram suficientes para induzir os comportamentos esperados, a atuação indesejada reflete em penalidades para o operador com o objetivo de reverter os inadimplementos.

Caso as inexecuções se tornem mais gravosas e abrangentes, a questão pode estar mais relacionada à efetiva capacidade de o operador cumprir o contrato. Diante deste cenário alternativas mais severas podem ser necessárias. Com a inadequação na prestação do serviço e o descumprimento das obrigações contratuais pela concessionária, o Poder Público poderá decretar a intervenção no contrato de concessão. A intervenção é uma medida temporária e ao final do processo, com o reestabelecimento da prestação do serviço, a concessionária retorna à operação.

O inadimplemento do contrato de concessão pelo operador, pode colocar em risco o crédito concedido por um financiador. A lei brasileira permite a assunção do controle temporária dos financiadores para assegurar a continuidade da prestação dos serviços, direito conhecido como *step-in-rights*.

contratual, que teriam sido a motivação da discussão da proposta de readaptação e otimização dos contratos o que poderia representar uma correção de uma proposta agressiva isentando o investidor da responsabilidade dos riscos assumidos.

Uma medida extrema, diante da incapacidade do reestabelecimento da boa prestação do serviço é a decretação da caducidade. A caducidade deverá ser precedida da verificação da inadimplência assegurado o direito de ampla defesa, além do dever de indenização à concessionária, descontadas as multas e danos causados pela concessionária. No entanto, a aplicação deste instrumento se mostrou demorada e complexa, dificultando a sua aplicação, em especial pelo cenário em que vários contratos em baixa performance poderiam caminhar para este desfecho.

Assim, foi desenvolvida a primeira grande alternativa a caducidade para lidar com o desafio de vários contratos com baixa performance no setor rodoviário e aeroportuário: o instituto da relicitação. Esta alternativa, na sequência, foi também diagnosticada, talvez de forma prematura, como morosa e que não atingia aos objetivos propostos. Como resultado uma nova alternativa foi desenhada e se encontra em implementação: a readaptação e otimização dos contratos.

Neste subcapítulo, a readaptação e otimização de contratos que se encontram com amplo descumprimento contratual será avaliada à luz dos conceitos apresentados no capítulo 2, comparada com as alternativas, também aplicáveis a esses casos, da relicitação e da caducidade e confrontada com os limites para a renegociação apresentados no subcapítulo 6.1. Outros casos de readaptação e otimização de contratos não relacionados a amplo descumprimento contratual e que, portanto, não de enquadrariam também nas alternativas de relicitação ou caducidade, podem não se enquadrar nas avaliações apresentadas neste trabalho, ainda que devam observar os limites da renegociação.

6.2.1 Formas para a solução do conflito (litígio x consenso)

Quando um contrato se encontra num estágio de amplo descumprimento, um conjunto de conflitos entre os diferentes *stakeholders* do projeto estão ocorrendo. Entre a Concessionária e o Poder Concedente, entre a Concessionária e seus financiadores, entre a Concessionária, Poder Concedente e as bancadas do Poder Legislativo, a sociedade civil cobrando uma solução da Concessionária, do Poder Concedente e pressionando suas bancadas entre outros conflitos.

A caducidade, pela sua natureza, resultará numa busca da solução do conflito por um caminho litigioso. Inicialmente na esfera administrativa, mas também terá reflexos em vias arbitrais e judiciais.

Em muitos casos os acionistas das concessionárias são grandes grupos econômicos, capazes de mobilizar grandes bancas de advogados para engrossar a sua defesa diante de um Estado que pode encontrar dificuldades para fazer frente a este poderio, resultando em processos longos e complexos e, enquanto isso, os investimentos que já não estavam sendo realizados em sua plenitude, são ainda mais reduzidos prejudicando o atendimento aos usuários. Se um processo de caducidade já apresenta este elevado custo, num cenário de amplo descumprimento contratual em vários projetos, pode representar um fardo quase insustentável, limitando de forma muito significativa a sua efetiva aplicabilidade. Este cenário de baixa performance dos contratos de concessão no Brasil é encontrado nos setores rodoviários, aeroportuários e ferroviários e serviu de motivação para o governo criar a figura da relicitação e partir para uma solução consensual com os operadores.

Segundo MARQUES JUNIOR (2023), o Brasil se encontra numa fase de consolidação do mecanismo negocial no âmbito dos contratos públicos, que se iniciou com as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a aprovação da Lei de Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018), após anos de tramitação de projeto de lei apresentado pelo então Senador Antonio Anastasia, hoje Ministro do Tribunal de Contas da União, que busca incentivar o emprego de soluções consensuais pela administração pública.

Neste processo de consolidação no mecanismo negocial, MARQUES JUNIOR (2023) elenca um grupo de leis que introduziram processos negociais aos contratos de parcerias, como a Lei nº 13.448/2017, que criou a relicitação, e outras que replicam este instrumento em outros entes federados.

A criação da relicitação buscou, assim, viabilizar, pela via negocial, uma solução mais célere para a ampla inexecução contratual das concessões de infraestrutura logística. Adicionalmente, diferentemente, de um processo de caducidade, em que o operador abandona de vez a prestação do serviço uma vez instaurado o processo, na relicitação busca-se garantir um mínimo de prestação de serviço ao usuário, ainda que investimentos mais robustos deixem de ser realizados.

A nova alternativa da readaptação e otimização dos contratos também surgiu dentro deste contexto de maior incentivo a busca de soluções consensuais e negociadas, a partir de críticas à relicitação.

A relicitação e a readaptação e otimização dos contratos apresentam uma característica comum que representa uma grande vantagem em relação à caducidade, em especial considerando a amplitude dos casos de descumprimento contratual no setor de rodovias, que é a busca de uma solução amigável e consensual. Isso permite tanto vislumbrar uma solução mais célere, quanto com menor impacto aos usuários que continuam recebendo uma prestação de serviço mínima, enquanto a solução é desenvolvida. Uma solução por meio de via negocial e consensual deve ser a melhor forma e fio condutor para delinear uma solução viável para um setor com problema em diversos contratos.

6.2.2 Etapas e prazos da readaptação e otimização dos contratos e da relicitação

Uma das principais desvantagens do processo de relicitação em comparação com a nova proposta de readaptação e otimização dos contratos, estaria relacionada ao tempo necessário para a conclusão do procedimento. A nova proposta seria capaz de reduzir, de forma significativa, o ciclo e etapas até permitir o reinício dos investimentos. No entanto, esse diagnóstico e a promessa de redução do tempo devem ser observados com alguma cautela.

Como abordado no capítulo 4, o primeiro caso de relicitação de uma concessão rodoviária concluído foi o do trecho da BR-040/MG de Juiz de Fora/MG a Belo Horizonte/MG, com o leilão ocorrido em 11 de abril de 2024. Segundo SOUZA (2023), o primeiro pedido de adesão, de 11/09/2017, foi indeferido pela ANTT por ausência da regulamentação da lei, que só ocorreu com o Decreto nº 9.957/2019. A Concessionária realizou nova solicitação de qualificação em 20/08/2019 e, após os trâmites na ANTT, a Diretoria da Agência atestou a viabilidade técnica e jurídica do requerimento da relicitação em 26/11/2019 e foi aprovada pelo Presidente da República meio do Decreto nº 10.248, de 18/2/2020, resultando na assinatura do termo aditivo da relicitação em 20/11/2020.

Ainda segundo SOUZA (2023), o estudo do trecho Juiz de Fora/MG a Belo Horizonte/MG (neste momento a configuração do trecho correspondia a BR-040 do Rio de Janeiro a Belo Horizonte) foi concluído em agosto de 2021⁶² e ficou em avaliação pelo governo até 24/11/2021 com a abertura da

⁶² O estudo foi contratado em 27/11/2020 com a celebração do Termo Aditivo nº 6 ao Contrato nº 13/2017 entre a Empresa de Planejamento e Logística – EPL e a International Finance Corporation – IFC que incluiu o trecho da rodovia BR-

Consulta Pública com prazo de contribuição até 10/01/2022⁶³. O estudo foi protocolado no TCU apenas em 08/09/2022, que permaneceu em análise pelo Tribunal até 19/04/2023 com a publicação do Acórdão nº 752/2023 – TCU – Plenário. Posteriormente, por determinação do Ministério dos Transportes houve a cisão do projeto, com a decisão de realizar, naquele momento, a concessão apenas do trecho de Juiz de Fora a Belo Horizonte. Assim o estudo deste trecho foi submetido novamente ao TCU e uma nova manifestação ocorreu com o Acórdão nº 2208/2023 – TCU – Plenário de 01/11/2023. Assim o edital do trecho da BR-040 de Juiz de Fora a Belo Horizonte foi publicado em 29/12/2023⁶⁴.

Adotando-se esse caso como referência, podemos observar as seguintes etapas e prazos:

- 1) Avaliação da admissibilidade da relicitação: 15 meses (considerando a nova solicitação de agosto de 2019 até a assinatura do Termo Aditivo da Relicitação em novembro de 2020)
- 2) Realização dos Estudos Técnicos: 9 meses (considerando a assinatura do aditivo entre a EPL e a IFC, em novembro de 2020 até a conclusão do estudo em agosto de 2021)
- 3) Avaliação do governo dos Estudos Técnicos: 3 meses (considerando a conclusão dos Estudos Técnicos e a abertura da Consulta Pública, em novembro de 2021)
- 4) Realização e implementação das contribuições da Audiência Pública: 10 meses (considerando a abertura da Audiência Pública até o protocolo no TCU, realizado em setembro de 2022)

040/MG, entre Juiz de Fora/MG e Belo Horizonte/MG dentre outros objetos ao contrato original. Disponível em <https://www.infrasa.gov.br/wp-content/uploads/2017/12/sexta-termo-aditivo.pdf#:~:text=Considerando%20que%20a%20EPL%20e%20o%20IFC,%C3%A0%20inclus%C3%A3o%20de%20269%20kms%20de%20novos>. Acesso em 19 out. 2024.

⁶³ Audiência Pública ANTT nº 07/2021, neste momento o projeto ainda estava configurado como a concessão da BR-040 do Rio de Janeiro a Belo Horizonte.

⁶⁴ Informações disponíveis no site <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/novos-projetos-em-rodovias/BR-040-MG-BH-JF>. Acesso em 19 out. 2024.

- 5) Avaliação do TCU: 14 meses (considerando o protocolo do projeto da BR-040 do Rio de Janeiro a Belo Horizonte, em setembro de 2022 e a manifestação final do TCU do projeto de Juiz de Fora a Belo Horizonte, em novembro de 2023).
- 6) Implementação das exigências do TCU: 2 meses (a partir do início de novembro de 2023 ao final de dezembro de 2023).
- 7) Prazo de elaboração de propostas e realização do leilão: 104 dias.

Considerando todas essas etapas, o processo durou aproximadamente quatro anos e oito meses. O prazo mais longo do processo se referiu, neste caso, a admissibilidade da relicitação, com 15 meses. Deve-se considerar que se tratava de um processo pioneiro e inovador onde todas as instituições estavam desenvolvendo os procedimentos para realizar tal iniciativa. Ademais, naquele momento estavam sendo desenvolvidos os primeiros projetos de uma grande carteira de projetos de concessões de rodovias que resultou nos projetos da 4ª e 5ª Etapas do PROCROFE e que, portanto, competiam por recursos e prioridades de todas as instituições envolvidas na estruturação do projeto, notadamente o Ministério dos Transportes e a ANTT. Provavelmente, com o aprendizado do processo esse prazo poderia ser expressivamente reduzido em casos posteriores (o que provavelmente ocorreu e justificou a redução dos prazos da admissibilidade da readaptação e otimização dos contratos).

O segundo prazo mais longo, refere-se à avaliação do Tribunal. O histórico da avaliação do TCU durante aquele período apresentava prazo relativamente longo, em torno de 9 meses ou até mais, e no caso concreto houve uma cisão do projeto demandando uma reavaliação. É um prazo que o governo não controla e depende também da priorização e disponibilidade das equipes para realizarem as avaliações.

Uma etapa bastante longa e sob o controle do governo é a realização da Audiência Pública e o tratamento de suas contribuições. Este prazo comumente é superior ao prazo de realização do próprio estudo como ocorreu neste projeto da BR-040. Não é objeto deste trabalho destrinchar os motivos para que esta etapa seja tão longa, mas estão relacionados a realização de mesmas atividades por mais de uma instituição, como a verificação dos estudos pela ANTT, Ministério e EPL, priorização das atividades das equipes diante do extenso pipeline, pressões e interferências políticas entre outras. Porém, a redução deste tempo pode ser obtida com uma melhor organização e gestão das atividades que necessitam ser realizadas.

Assim, se por um lado, tomando como referência o primeiro caso concluído de relicitação pode demandar um prazo em torno de 56 meses, por outro lado, como visto na Figura 2, planejou-se que o processo de readaptação e otimização dos contratos seria concluído em apenas 8 ou 9 meses. Como essa redução seria possível?

Em parte, a redução dos prazos pode ser obtida com o próprio aprendizado do processo da relicitação. Com a experiência obtida a partir dos 7 pedidos iniciais seria plenamente possível identificar os erros, acertos e gargalos do processo e com isso implementar melhorias e simplificações.

Além do aprendizado com os casos de relicitação anteriores e a eliminação, simplificação e união de etapas explica as principais reduções entre a readaptação e otimização dos contratos e a relicitação, a saber:

- A exclusão da etapa da Audiência Pública⁶⁵, que consumiu 10 meses para o caso da BR-040/MG
- A simplificação dos estudos que embasam o instrumento bem como a realização da análise do TCU durante o desenvolvimento do Estudo Técnico. Para o protocolo do pedido de readaptação e otimização dos contratos a concessionária deve incluir um estudo técnico simplificado e os ajustes e avaliações até a elaboração da proposta final ocorre no âmbito da avaliação do TCU, na SecexConsenso. Ou seja, em tese, os prazos das etapas da readaptação e otimização dos contratos já consideram a existência de um estudo pronto que será discutido e ajustados durante a avaliação na SecexConsenso. Esse aspecto explica a redução do prazo, que na relicitação da BR-040/MG foi de 9 meses de estudos mais 14 meses de avaliação pelo TCU para pouco mais de 5 meses, o período planejado para a avaliação da SecexConsenso. O início dos Estudos Técnicos, em tese, também poderia ocorrer em momento anterior para o caso da relicitação, contribuindo para a redução do prazo entre a sua formalização e a ocorrência do leilão.

⁶⁵ O processo desenhado na Portaria do Ministério dos Transportes nº 848 não previu a realização de Audiência Pública. Porém os três casos de readaptação e otimização de contratos foram aprovados pelo TCU condicionados a realização de audiência Pública.

- A não realização de um leilão⁶⁶, excluindo uma etapa que consumiu em torno de 6 meses, considerando o prazo de ajustes dos estudos para a publicação do edital e o prazo de elaboração de propostas e realização do leilão.

Dessa maneira, a redução de prazos planejada pela readaptação e otimização dos contratos é obtida pela eliminação ou simplificação de etapas que na verdade representam fortes fragilidades do processo, como será apresentado adiante. Ademais, algumas características desta nova alternativa se assemelham (e são até amplificadas) à uma PMI (como será abordado no subcapítulo 6.2.3 e nos demais subsequentes). O Banco Mundial, conforme apresentado no subcapítulo 2.2, recomenda que esses procedimentos de PMI, caso o governo insista em sua utilização, tenham um processo similar ao desenvolvimento de qualquer outro projeto estruturado pelo Poder Público. Esta recomendação não estaria sendo seguida com esta simplificação do processo, pois estar-se-ia abrindo mão de etapas fundamentais a dar mais transparência garantindo um maior escrutínio do projeto pela sociedade que existem num processo normal da estruturação de uma nova concessão.

Todavia, os prazos definidos na Portaria nº 848, assim como os prazos da relicitação, também sofrem frustrações, pelo seu pioneirismo, apesar de contar com os aprendizados das experiências anteriores. Quando da realização do evento Brasil Road Invest em junho de 2023 que apresentou a otimização dos contratos a previsão era que as obras nos 4 primeiros casos (BR-163/MS – MSVia, BR-101/ES/BA – ECO101, BR-101/RJ – Autopista Fluminense e BR-116/324/BA – ViaBahia) fossem iniciadas ainda em 2024, o que não será mais possível de ocorrer.

O caso mais adiantado é o da BR-101/ES/BA – ECO101, que obteve manifestação favorável do Plenário do TCU sobre a proposta de solução consensual por meio do Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário. A partir da solicitação de solução consensual – SSC e feita a admissibilidade foi constituída a Comissão de Solução Consensual – CSC, que iniciou os trabalhos em 10 de novembro de 2023 e encerrou em 09 de abril de 2024. Não obstante, a aprovação do Plenário ocorreu apenas em 25 de setembro de 2024, mais de 10 meses depois, condicionada às seguintes atividades:

⁶⁶ O processo desenhado na Portaria do Ministério dos Transportes nº 848 não previu a realização de um leilão. No entanto, as três propostas de solução consensual aprovadas pelo TCU continham o processo competitivo simplificado.

9.1.1. ajuste, pela ANTT, dos custos associados às intervenções (Capex) e aos serviços (Opex) constantes do modelo econômico-financeiro, antes da publicação do edital, e eventuais correções julgadas necessárias, de acordo com a avaliação paramétrica realizada pela Infra/SA, permitindo identificar os referenciais adotados e sua razoabilidade em relação aos valores atualmente praticados pelo mercado ou apresentação de justificativas para particularidades do projeto;

9.1.2. 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;

9.1.3. adoção de providências para realização de consulta pública, nos termos do art. 68 da Lei 10.233/2001 e art. 10 da Lei 13.448/2017, que trate dos parâmetros e disposições do termo aditivo a ser celebrado e dos procedimentos a serem adotados no processo competitivo;

9.1.4. análise e comprovação, pela ANTT, da capacidade técnica e econômico-financeira da atual controladora e da SPE para assumir as obrigações decorrentes do acordo, incluindo avaliação sobre os impactos de condenação definitiva na ACP 5016859-74.2022.4.02.5001/ES; (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 158)

As três primeiras condicionantes referem-se exatamente às citadas fragilidades do processo para reduzir o tempo do processo, o que exigirá tempo adicional ao inicialmente planejado pela Portaria do Ministério dos Transportes nº 848.

A condicionante 9.1.1 está relacionada a fragilidade dos estudos realizados no âmbito da readaptação e otimização dos contratos. A segunda condicionante trata do prazo para elaboração de propostas do Processo Competitivo Simplificado (PCS) que não estava inicialmente previsto na Portaria do Ministério dos Transportes nº 848, mas acabou sendo efetivamente incluído no processo. A condicionante 9.1.3 exige que seja realizada a consulta pública que não fez parte da concepção original do processo de repactuação dos contratos. A última condicionante é ao requisito previsto na Portaria do Ministério dos Transportes nº 848 de capacidade técnica, econômica e financeira de execução imediata das obras. Os outros dois casos aprovados pelo TCU apresentaram condicionantes na mesma linha, considerando as especificidades de cada caso.

O cumprimento das três primeiras condicionantes, a depender de como serão efetivamente cumpridas, tenderá a reduzir de forma significativa a vantagem temporal da repactuação em relação a relicitação, pois exigiria, em tese, a realização de estudos mais detalhados (esse aspecto é abordado em mais detalhes no subcapítulo 6.2.3 adiante) reintroduzirá a necessidade de realização de Audiência Pública e demandará um prazo para o PCS similar ao de elaboração de proposta para os leilões de novos projetos.

Adicionalmente a revisão dos custos e a realização de Audiência Pública desconfigurará a proposta de solução consensual aprovada o que poderá exigir novas rodadas de negociação entre a concessionária, ANTT, Ministério dos Transportes e TCU, o que demandará prazo adicional para a evolução no processo, podendo, no limite, inviabilizar uma nova solução de consenso.

Ressalvada essa complexidade adicional introduzida ao processo de repactuação por essas duas condicionantes, outra diferença entre os processos de repactuação e relicitação reside na forma e momento da atuação do TCU.

Na relicitação, como em qualquer processo de estruturação de uma concessão em âmbito federal, a avaliação do TCU ocorre após a Audiência Pública e sobre a proposta final do Ministério dos Transportes e ANTT, após todas as discussões com todos os *stakeholders* do processo e apesar de haver um prazo estabelecido na IN 81/2018 do TCU de 90 dias⁶⁷, a prática demonstra que esses prazos podem girar em torno de 9 meses ou até mais.

Já na readaptação e otimização dos contratos a as unidades do TCU SecexConsenso e a AudRodoviaAviação participam da elaboração da concepção final com os *stakeholders* elegíveis a participar da construção da proposta.

⁶⁷ A Instrução Normativa (IN) 81/2018 do Tribunal de Contas da União (TCU) estabelece um novo modelo de fiscalização de processos de desestatização pelo Poder Público. O art 8º estabelece o prazo de 90 dias.

Caso se avalie que esta forma de atuação do TCU é benéfica para o processo de estruturação de uma nova concessão, em tese, não existiria requisito específico da repactuação que impedisse a adoção desta mesma sistemática em qualquer outro processo de estruturação de uma concessão, não sendo, portanto, uma diferença singular do processo de repactuação.

Adicionalmente, no primeiro caso da ECO 101, como permeia o histórico do Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário houve a prioridade de todos os órgãos envolvidos resultando numa conclusão dos trabalhos observando os prazos estabelecidos, que parece que não ocorreu nos demais casos de relicitação.

Por esses motivos, na essência, não se vislumbra qualquer especificidade do processo de readaptação e otimização dos contratos que ensejam um ganho de tempo em relação a relicitação. Os ganhos planejados de tempo, na verdade, configuram verdadeiras fragilidades do processo ou melhorias que também poderiam ser implementadas ao caso da relicitação, não representando, portanto, uma vantagem e sim riscos e fraquezas dessa nova alternativa em implementação pelo governo federal.

6.2.3 Nível de detalhe dos Estudos Técnicos que embasam os projetos

A elaboração dos Estudos Técnicos é uma etapa fundamental para a estruturação de um projeto de concessão. Para uma concessão rodoviária, em regra, são desenvolvidas as seguintes frentes de trabalho:

- 1) **Estudo de demanda:** realiza o levantamento de campo do tráfego do trecho em estudo e as pesquisas com os usuários para permitir avaliar a dinâmica do tráfego na região, como este se comportaria com a implementação de melhorias ou criação de alternativas de tráfego e ainda realiza a projeção de demanda no período da concessão. Esta informação é fundamental para dimensionar o potencial de receitas através da cobrança das tarifas de pedágio, as necessidades de melhorias e ampliações de capacidade ao longo do período da concessão e ainda como insumo para a frente de engenharia dimensionar o programa de recuperação e manutenção do pavimento da rodovia.

- 2) **Estudo de Engenharia:** define os requisitos técnicos e parâmetros de desempenho que devem ser exigidos no contrato de concessão de todos os elementos da rodovia e dimensiona soluções de engenharia capazes de atender a esses requisitos e parâmetros. Neste estudo são definidas as ampliações de capacidade, como duplicações de trechos ou implantação de terceiras faixas, necessidade de implantação de vias marginais em travessias urbanas entre outras melhorias. Também são desenvolvidas soluções de recuperação e manutenção para a concessão e a orçamentação de todas as obras.
- 3) **Estudo do Modelo Operacional:** define os sistemas operacionais e serviços oferecidos aos usuários, bem como os parâmetros de desempenho e demais requisitos desses serviços e sistemas. São exemplos os sistemas de fiscalização de peso de caminhões (balanças), os serviços de cobrança das tarifas de pedágio e os serviços de ambulância e socorro mecânico prestados aos usuários.
- 4) **Estudo socioambiental:** realiza os levantamentos dos passivos ambientais, necessidade de desocupação de faixa de domínio ou desapropriações, a definição de requisitos, exigências e programas socioambientais, avalia os impactos decorrente da proximidade com áreas de preservação ambiental, comunidades indígenas ou quilombolas ou áreas de interesse histórico, avalia ainda os procedimentos necessários ao licenciamento ambiental das obras e identifica as possíveis condicionantes exigidas nesses processos entre outras atividades.
- 5) **Estudo jurídico-regulatório:** avalia toda a legislação envolvida no processo de estruturação do processo e apoia o desenvolvimento de todos os documentos jurídicos, como o edital e o contrato do projeto.
- 6) **Estudo Econômico-financeiro:** consolida os resultados de todas as frentes segundo as regras previstas no contrato. É realizado o modelo econômico-financeiro considerando a demanda e todos os custos para a operação do projeto, a rentabilidade definida para o projeto e como *output* obtém-se a tarifa de pedágio e/ou as necessidades de contribuições de recursos do governo.

Ao longo do desenvolvimento dos programas de concessões do setor rodoviário, em função da evolução das técnicas para a realização de levantamentos e estudos, dos desafios enfrentados no desenvolvimento dos estudos ou em decorrência da experiência de gestão dos contratos de concessão e de exigências dos Tribunais de Contas, o escopo dos estudos tornou-se mais detalhado e completo. Atualmente o tempo para a sua realização pode exigir entre 6 e 10 meses, a depender do nível de detalhe desejado ou da abrangência da malha em estudo.

Em função da sua relevância, em especial pela responsabilidade de definição dos requisitos técnicos e de parâmetros de desempenho a serem exigidos do privado bem como pela definição dos custos e tarifas, uma questão relevante é o nível de detalhamento dos estudos (e conseqüentemente a precisão e aderência a realidade) e por quem esses estudos são realizados.

Uma alternativa para o Poder Público estruturar projetos de concessão é a realização dos estudos diretamente pelo governo ou por meio da contratação de estudos independentes. Esta é a alternativa mais indicada para realizar os Estudos Técnicos para a maioria dos projetos de concessão.

Um outro caminho é aquele apresentado no subcapítulo 2.2, quando um interessado privado na concessão desenvolve o Estudo Técnico e oferece ao Poder Público que o utiliza para a elaboração do leilão do projeto através de uma PMI. Os principais problemas relacionados a esta alternativa estão associados: 1) aos vieses no seu desenvolvimento; 2) a assimetria de informação, de forma que o Poder Público não consegue obter as reais informações sobre o projeto e fica suscetível ao que o desenvolvedor privado interessado no objeto da concessão deseja revelar ao Poder Público; e 3) esta falta de transparência associada a posição de privilégio que o desenvolvedor privado dos estudos possuiu em participar do processo competitivo pode afastar demais interessados em participar do leilão.

Os Estudos Técnicos realizados no âmbito de uma relicitação de concessão rodoviária são similares, em termos de escopo e nível de detalhe, aos realizados para os demais novos projetos de concessão rodoviária do PROCROFE. Todos os estudos para as relicitações foram ou estão sendo desenvolvidos diretamente pelo governo federal, com estudos independentes.

O governo federal já se utilizou do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, para a estruturação de projetos de concessão de rodovias. O primeiro caso foi o da BR-101/RJ (Ponte Rio Niterói), com a publicação em 29/01/2014 do Edital de Chamamento Público nº 1/2014 com a finalidade de obter estudos de viabilidade da concessão da Ponte Rio-Niterói (BR-101/RJ, trecho Acesso à Ponte Presidente Costa e Silva, Niterói - Entr. RJ-071, Linha Vermelha). O estudo selecionado pelo governo para servir de referência para a licitação foi o da operadora de então do trecho, a CCR. O leilão, realizado em 18 de março de 2015 selecionou a EcoRodovias para a operação do trecho, com deságio de 36,67%, e contou com outras 5 propostas, ficando a CCR ofertando o

menor deságio, de 18,2%⁶⁸. No entanto, em torno de 20 chamamentos públicos foram realizados ao longo de 2014, 2015 e 2016 e muito poucos resultaram em leilões. A adoção dessa alternativa de estruturação é um dos motivos para a lacuna de projetos entre 2014 e 2019 na transição entre a 3ª e 4ª Etapas do PROCROFE e por isso foi abandonada.

Após a iniciativa frustrada da estruturação dos projetos por meio da PMI, o governo federal retomou o desenvolvimento dos projetos de forma independente também para os novos projetos.

No processo de readaptação e otimização dos contratos, no entanto, o desenvolvimento dos Estudos Técnicos apresenta graves retrocessos.

O primeiro deles está relacionado ao nível de detalhe. Quando da elaboração deste trabalho, não foi possível avaliar o Estudo Técnico do primeiro caso, e até então único, de readaptação e otimização de contratos, da ECO101, que foi tornado público na Consulta Pública nº 1/2024 iniciada em 04 de novembro de 2024. Mas existem indicativos que permitem inferir que o nível de detalhe é significativamente inferior ao realizado para as relotações e os novos projetos de concessão. Em junho de 2023 o Ministério dos Transportes apresentou a sociedade a proposta de readaptação e otimização dos contratos e em agosto houve a publicação da Portaria nº 848 com os procedimentos relativos aos procedimentos dessa alternativa, definindo a janela para protocolo da solicitação da readaptação do contrato que já deveria incluir o Estudo Técnico. Assim o tempo para a elaboração de tais estudos e permitir o protocolo no prazo estipulado sugere que seria pouco provável contratar e desenvolver os estudos com o mesmo nível de profundidade.

Essa inferência é confirmada para o caso da repactuação da ECO101. O relatório produzido pela Comissão de Solução Consensual do TCU registrou o seguinte entendimento sobre o nível de detalhe dos Estudos Técnicos:

⁶⁸ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2015/03/ecorodovias-vence-leilao-da-ponte-rioterrei.html#:~:text=A%20Ecorodovias%20arrematou%20nesta%20quarta,o%20m%C3%A1ximo%20fixado%20pelo%20governo..> Acesso em 27 out. 2024.

425. A respeito, entende-se que, apesar de conterem alguns dos elementos que constam dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA), que subsidiam as novas contratações de concessões, os estudos indicados pelo TCU no Acórdão 1593/2023 podem resultar de uma metodologia mais simplificada, considerando que se está diante da repactuação de um contrato de concessão já existente, em que são sabidos, ou, ao menos, mais previsíveis, diversos fatores que serão levados em conta à tomada de decisão.

426. Diferente da situação da estruturação de novos projetos, o caso em tela se refere a remodelação de um ativo já criado e um contrato em execução. De certo a concessão encontra-se sob nova configuração e modernizada, então as análises tecidas para a definição da solução foram baseadas em informações reais da concessão, tais projetos funcionais, projetos executivos, composições de custos, dados internos produzidos pela concessionária e verificados pela ANTT e Infra S.A., licenças ambientais, histórico de desapropriação, processos administrativos e judiciais, diferente de um novo ativo, que parte do zero de alguns das informações acima citadas. Esse fato permitiu ao poder concedente checagens e verificações mais direcionadas e céleres acerca dos estudos feitos

427. Com efeito, pensar o contrário, no sentido de que se faz necessário um estudo tão robusto quanto o EVTEA, que é justamente um dos gargalos da relicitação, iria não só de encontro à própria natureza do seu objeto, que apresenta contornos mais factíveis – já que se está repactuando um contrato já vigente –, como também contraria a própria inteligência de que todo o processo de solução consensual deva ser realizado de modo mais célere.

428. O próprio item 9.2.4.4 do Acórdão vaticina que a retomada dos investimentos se dê em "prazo razoável", de modo que tal condição temporal não se mostra possível, caso se entendesse pela necessidade de elaboração de EVTEA nos mesmos moldes praticados para a realização dos leilões de concessões. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 68)

A elaboração de um estudo mais simples no âmbito de uma renegociação contratual em si já seria um problema e um retrocesso. Mas o problema é amplificado ao se considerar que o estudo foi realizado pelo próprio incumbente e interessado em permanecer com o novo contrato resultante da repactuação, com os problemas decorrentes de um processo muito similar à PMI, como descrito no subcapítulo 2.2. Estes problemas foram também reconhecidos pela Comissão de Solução Consensual do TCU, que considera que os riscos associados podem ser eliminados com o PCS, que será objeto do subcapítulo 6.2.5:

389. Ao se considerar que a proposta de modelo econômico-financeiro foi construída pela Eco101 em linha com uma expectativa de permanência na operação do ativo, mesmo com a

análise promovida pelo ente regulador, não se pode rejeitar a possibilidade de que a referida proposição possa estar gerando algum excedente de valor ao ativo. Se houver um excedente de valor gerado pela condição acordada, o mercado terá condições e interesse de adquirir esse ativo nestas novas condições, e, portanto, esse excedente de valor poderá ser revertido em descontos tarifários em favor dos usuários da rodovia, além do pagamento de compensação devida ao operador anterior, que sairá do ativo sem auferir vantagem alguma. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 64)

Mas a adoção de um estudo mais simples e elaborado pela incumbente pode ser explicada pelo diagnóstico realizado pelo governo sobre um dos gargalos do processo de relicitação apresentados no relatório produzido pela Comissão de Solução Consensual:

55. Em que pese a relicitação ser mais rápida que o processo de caducidade, que apenas em raros casos é de fato levado ao fim, a finalização do processo de devolução amigável não tem se mostrado tão rápida como se imaginava. O Ministério dos Transportes aponta que, com base em histórico recente, a conclusão do processo referente aos novos estudos de viabilidade, que permitirão passar os trechos para os próximos operadores, tem levado um tempo considerável, por uma série de fatores descritos a seguir.

(...)

61. É possível extrair dos dados resumidos da tabela exemplificativa que um dos maiores gargalos é o tempo de elaboração e envio para audiência pública dos novos estudos técnicos e econômicos necessários para um leilão. Usualmente, o ente estruturador (Infra S/A ou BNDES) promove a elaboração do projeto, que é realizado diretamente ou por meio de subcontratação.

62. A pasta ministerial aponta ainda que os processos de relicitação em curso no momento tiveram seu início em 2020, e a partir disso houve um aumento relevante no quantitativo de demanda por novos projetos, o que também impactou do tempo para elaboração. Neste interim de 4 anos, o processo de reestruturação de projetos vem sendo aprimorado constantemente considerando as experiências adquiridas, em busca de maior celeridade. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 21)

A combinação de um estudo simplificado e realizado pelo atual incumbente coloca o Poder Público numa posição extremamente fragilizada num processo de renegociação de um contrato. Dever-se-ia esperar exatamente o contrário, o Poder Público com estudos independentes e robustos para poder

negociar com o atual incumbente, que, exatamente por estar operando a concessão, naturalmente possuiu mais informações sobre o ativo que o Poder Público.

Essa preocupação, no caso da ECO101, foi revelada pela Unidade AudRodoviaAviação do TCU⁶⁹ e contou com a concordância do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), conforme se extrai de sua manifestação:

91. Quanto à revisão dos custos dos investimentos, a AudRodoviaAviação ressalta que a **proposta da CSC os pretende inflar em R\$ 960 milhões em comparação com o plano de negócios que integra o contrato vigente** (peça 92, p. 17). Nessa mesma linha, aponta que a repactuação tenciona substituir a obrigação de duplicar 41 quilômetros do trecho concedido pela implantação de faixa adicional, estimando o custo desta (R\$ 3,6 milhões/km) em patamar superior àquela (R\$ 2,1 milhões/km), decisão flagrantemente incongruente.

92. Contribui para tanto o fato de **que foi a própria ECO101 quem apresentou o modelo econômico-financeiro definidor dos custos dos investimentos (CAPEX), valores dos serviços (OPEX), a curva de tráfego etc., sem os “procedimentos de conferência e verificação usualmente realizados na preparação para realização de uma licitação de concessão”** (peça 92, p. 22) e sem memória de cálculo dos valores envolvidos (peça 92, p. 23).

93. Recorda a AudRodoviaAviação que, **nas concorrências que antecedem concessões, tais estudos passam por escrutínio público e são realizados por estruturadora (o BNDES ou a Infra S.A.) “independente e imparcial e não incorre em conflito de interesse em relação ao resultado da licitação”** (peça 92, p. 23). E pontua que **a prestação de informações inverídicas por concessionárias para deturpação de atos preparatórios a concessões tem ensejado investigações criminais**, tais como a Operação Cancela Livre, fato que levou à descontinuidade no uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (peça 92, p. 24). No âmbito da Operação Infinita Highway, **a própria ECO101 admitiu ter fornecido relatórios com informações inverídicas à ANTT** (peça 92, p. 26).

94. Acrescenta (peça 92, p. 27) que a metodologia usada pela ECO101 para estimar os valores – a saber, “custos gerenciais paramétricos” - fora expressamente proscrita pelo Acórdão 290/2018-Plenário (Rel. Min. Augusto Nardes).

⁶⁹ A unidade AudRodoviaAviação do TCU se manifestou contrariamente a proposta de solução consensual da ECO101.

95. Nessa mesma linha, **indica a AudRodoviaAviação (peça 92, p 28-29) que a Infra S.A., em cotejo superficial envolvendo custos paramétricos, encontrou robusto indício de sobrepreço nos dados apresentados pela ECO101** nesta SSC: “as duplicações custariam R\$ 6,2 milhões por quilômetro, em contraste com R\$ 8,8 milhões, em média, na proposta de repactuação, 42% a mais (Anexo 7 da minuta do termo de compromisso, peça 70, p. 12).”.

96. A ANTT, sobre o tema, informou que **“não possuiria tempo hábil no prazo de funcionamento da comissão para certificar os mencionados valores trazidos pela concessionária”** (peça 92, p. 29).

97. Outro grave indício de incorreção de dados providos pela ECO101 para formação da proposta de solução consensual, no sentir da AudRodoviaAviação, correspondeu às “receitas das motocicletas [isentas, e portanto ensejadoras de compensação tarifária], que equivaleriam a percentual entre 4,5% e 8,0% da receita total, dependendo da praça, quando no histórico da concessão esse valor não chegava a 1,0%”. Essa irregularidade nos dados de entrada, percebida a tempo pela unidade especializada, tem o condão de render à ECO101 receitas indevidas superiores a R\$ 1 bilhão (peça 92, p. 30).

98. O Parquet comunga das preocupações da AudRodoviaAviação no atinente aos indícios de sobrepreço de pelo menos R\$ 1,5 bilhão (peça 92, p. 45) nos valores empregados para o cálculo da pretensa tarifa de pedágio (R\$ 0,156/km). A origem desse sobrepreço repousa sobretudo no fato de que a “reprecificação do valor dos investimentos que se pretende conceder é muito superior àquela que poderia ser justificada com base no incremento real dos custos dos insumos” (peça 92, p. 44).

99. **A natureza autodeclaratória dos subsídios que basearam a solução consensual é agravada considerando-se que “a incompletude e a ausência de rastreabilidade dos valores envolvidos na modelagem inviabilizaram a realização das conferências” daqueles valores** (peça 92, p. 45).

100. Ressaltamos a importância dos apontamentos feitos na presente seção do parecer, pelo risco de sobrevalorização da tarifa a ser praticada, **especialmente porque tanto a teoria quanto a prática em matéria de concessões não permitem crer que a submissão do contrato repactuado a processo competitivo, baseado no maior desconto de tarifa, seja suficiente a corrigir eventuais sobrepreços decorrentes de falhas de projeto. Ao contrário, o que se verifica é que o lance inicial tem influência no resultado (sinalizam a assimetria de informações do "vendedor"), então as necessárias cautelas a uma precificação correta não podem ser aqui menosprezadas.** (grifo nosso)(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 91)

O Ministro Relator da solução consensual da ECO 101 sensibilizou-se com estas fragilidades do estudo, embora, ao final, tenha proposto a aprovação da proposta de solução consensual e a verificação dos custos do estudo culminou apenas como uma condicionante, como se observa do seu voto:

Considero relevante o alerta da unidade especializada e do MPTCU a propósito da existência de sobrepreço de 42% no valor das duplicações, que é um dos custos mais significativos do projeto (20,52% do CAPEX). A própria Infra S/A destacou, corretamente, a má qualidade dos orçamentos que foram apresentados pela Eco101, por impossibilitarem o rastreamento das memórias de cálculo dos custos (peça 70), o que é imprescindível para a correta aferição dos dados examinados.

(...)

De todo o exposto, revela-se a absoluta precariedade das memórias de cálculo das estimativas de custos apresentadas e aceitas pela Comissão. E, muito pior, a impossibilidade absoluta de verificar-lhes a exatidão.

(...)

Os argumentos da Comissão sobre não haver tempo para aprofundamento das checagens, sob pena de atrasar a entrega de investimentos à sociedade, não pode ser aceito, uma vez que o termo aditivo, depois de assinado, vigerá por 24 anos, com tarifa indevida, gerando prejuízos muito maiores do que os advindos de maior prazo para análise de custos, em benefício da concessionária e em detrimento dos usuários.

(...)

Assim, **manifesto-me para que o Tribunal condicione a celebração do termo de autocomposição à reanálise, comprovação e correções necessárias nos custos estimados do projeto, com fundamento no artigo 11 da IN-TCU 91/2022.** (grifo no original)
(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 144 e 145)

Um nível de detalhe inferior dos Estudos Técnicos utilizados para a readaptação e otimização dos contratos e a sua realização por um interessado no novo contrato em renegociação, ou seja um estudo não independente, representam fragilidades relevantes em relação à forma e o nível de detalhe dos Estudos Técnicos utilizados para o caso de uma relicitação.

Além desses retrocessos e fragilidades, é importante notar nesses extratos do Acórdão da repactuação da ECO101 o senso de prioridade e urgência para o cumprimento do prazo. As instituições envolvidas

na elaboração da proposta de solução consensual estavam imbuídas da necessidade de cumprimento dos prazos. Se por um lado a preocupação em cumprir os prazos é algo desejado e contribui para que o cronograma da readaptação e otimização dos contratos se materialize num tempo inferior ao da relicitação, por outro, diante das fragilidades e conflitos de interesse na realização do estudo que instrui o processo de renegociação, é um fator adicional que compromete qualquer possibilidade de obtenção de uma renegociação positiva, na medida em que se inviabiliza realizar um escrutínio mais profundo e tentar eliminar, pelo menos parte, dos vieses do estudo elaborado pela incumbente.

Consultorias independentes poderiam ser utilizadas para análise/auditoria dessas informações de modo a mitigar o problema de informação assimétrica entre incumbente e governo. A própria área técnica do TCU poderia fazer análise similar das informações ao que é feito em processos de concessão de novos projetos.

6.2.4 O “custo de saída” do atual incumbente (o valor da indenização ou do *equity*)

Um dos maiores desafios em qualquer processo de extinção antecipada de um contrato de concessão é a apuração do valor de indenização pelos ativos não amortizados devida pelo Poder Público ao incumbente.

Historicamente os contratos de concessão no Brasil, inclusive no setor rodoviário federal, repetiam a previsão legal sobre as indenizações para os casos de extinção antecipada, até porque, até então não foi necessário lidar com o desafio de realizar este cálculo. A partir da necessidade de lidar com este desafio com as primeiras discussões de caducidade e relicitações (contratos da 3ª Etapa, principalmente), o contrato da 4ª Etapa da BR-153/414/080/TO/GO (Ecovias do Araguaia) apresentou significativa evolução buscando trazer mais clareza quanto ao que deve ser considerado no cálculo de tais indenizações.

Durante os processos de relicitação houve forte discussão sobre a metodologia que deveria ser utilizada para o cálculo das indenizações⁷⁰. No final de 2019, a ANTT editou a Resolução nº 5.860, que estabeleceu a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais. Ao encontro dessa dificuldade, SOUZA (2023) fez um levantamento das fiscalizações do TCU sobre a atuação da ANTT. No processo TC 010.222/2019-7, com o intuito de avaliar os atos administrativos praticados pela ANTT relacionados à inadimplência, renegociação e relicitação dos contratos, que levou à edição do Acórdão 601/2023-TCU-Plenário, o trabalho concluiu que, para os contratos analisados, o acompanhamento realizado pela ANTT é insuficiente para a extinção antecipada dos contratos, como é o caso da relicitação. A fiscalização do TCU entendeu que havia grande assimetria de informação entre as concessionárias e a agência reguladora no tocante a situação em que se encontravam os ativos concedidos, o que tenderia a gerar vultosos valores de indenização pelos investimentos em ativos não depreciados ou amortizados.

Na avaliação realizada por SOUZA (2023) do processo de relicitação da Via040, parte considerável do longo tempo de tramitação do pedido decorreu da apuração da indenização e constituiu o maior desafio enfrentado no encerramento do contrato da concessionária.

Na readaptação e otimização do contrato, com a inclusão do Processo Competitivo Simplificado (PCS), também é necessário discutir a condição de saída do atual incumbente, caso haja um vencedor diferente da atual concessionária. No entanto, como será apreciado em mais detalhes no subcapítulo 6.2.5, o PCS consiste em um leilão para realizar a transferência do controle da concessionária, ou seja, a concessionária permanecerá operando o ativo sob as novas condições pactuadas e o que se está realizando é a venda das ações. Nesta circunstância, não haveria que se avaliar ativos não amortizados para indenizar a atual concessionária que sairia da operação com uma extinção antecipada do contrato, como ocorre na caducidade ou na relicitação, pois os ativos permanecem com a concessionária e

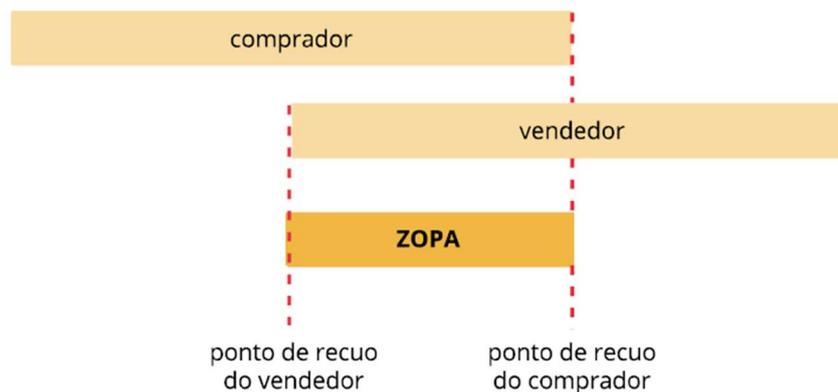
⁷⁰ A discussão em si ultrapassa o objeto deste trabalho. Informações sobre essa discussão podem ser obtidas, por exemplo na reportagem da Agência iNFRA disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/indenizacao-de-ativos-para-relicitar-rodovia-so-por-valor-de-mercado-e-com-teto-decide-tcu/>. Acesso em 20 out. 2024.

poderão ser amortizados ou depreciados, ainda que haja, eventualmente, a transferência de controle. No PCS, portanto, o “custo de saída” deveria ser o valor de suas ações (*equity*).

Existem diversas metodologias para realizar a avaliação das ações em processos de transferências de controle ou de M&A (fusões e aquisições). Uma das mais tradicionais é a avaliação com base no fluxo de caixa descontado, que considera os fluxos de caixa futuros da empresa, no caso em questão, da concessionária. Esse fluxo de caixa futuro depende dos ativos (projetos) da empresa que no setor rodoviário consiste nos fluxos advindos do contrato de concessão da rodovia. O *equity* da empresa, deverá considerar ainda, os demais ativos, como o caixa, processos administrativos ou judiciais de cunho regulatório com possibilidade de aferição de novos recursos financeiros (como reequilíbrios econômico-financeiros a seu favor), descontados dos passivos, como dívidas, ou passivos regulatórios (aplicação de multas, penalidades ou reequilíbrios a favor do Poder Concedente).

Um aspecto que aproxima a readaptação e otimização de contrato e a relicitação e as diferenciam da caducidade foi abordado no subcapítulo 6.2.1. As primeiras buscam uma solução negociável e consensual e a caducidade é um processo litigioso. Todavia, mesmo diante de uma oportunidade de buscar um acordo por via negocial é preciso que ambas as partes estejam dispostas a abrir mão de parte do que julgam correto receber e que os valores (no caso a indenização ou o valor do *equity*) estejam próximos a ponto de permitir fechar um acordo consensual, na chamada Zona de Provável Acordo (ZOPA), como mostrado de forma ilustrativa na Figura 4. Cada uma das partes possui um limite, a partir do qual o acordo se torna desvantajoso, o ponto de recuo. Assim, acordar um valor de indenização ou *equity* num ambiente negocial, característico da relicitação e da readaptação e otimização dos contratos, tende a ser menos custoso e mais provável do que num ambiente litigioso, como o caso da caducidade, porém, ainda assim, não é certo. Se as expectativas de valores forem muito divergentes, não haverá a ZOPA, inviabilizando um acordo negocial.

Figura 4 - Faixas de Barganha



FONTE: CASTRO p.65

Apesar das diferenças metodológicas que devem existir no cálculo de indenização de uma relicitação ou caducidade e no valor do *equity* de uma transferência de controle no caso da otimização dos contratos, existem dificuldades em seus cálculos para ambos os casos.

Os passivos e ativos regulatórios em discussão em sede administrativa, arbitral ou judicial entre a agência e a concessionária serão os mesmos em todos três caminhos. Uma diferença estará na apuração dos ativos não amortizados, que deverá seguir a metodologia da Resolução nº 5.860/2019 da ANTT, no caso do cálculo da indenização devida à contratata original no caso da relicitação ou caducidade, e do fluxo de caixa futuro a ser descontado para a realização do *valuation* do *equity* da concessionária no caso da readaptação e otimização do contrato.

Possivelmente seria mais difícil atingir um acordo no valor do fluxo de caixa futuro a ser descontado do que a apuração do valor dos ativos não depreciados ou amortizados de uma relicitação (antes dos descontos de multas, penalidades e demais prejuízos causados pela concessionária). De um lado, a Resolução nº 5.860/2019 estabelece que os valores da indenização dos bens reversíveis serão calculados pelo custo histórico, considerando a base de ativos contábeis e a realização de ajustes previstos na resolução. Parte do problema estará nos ajustes em função de investimentos realizados por partes relacionadas ou em condições consideradas acima do valor de mercado entre outras. No entanto, os registros contábeis são passíveis de serem verificados no balanço patrimonial da concessionária.

Por outro lado, a elaboração de um fluxo futuro para a readaptação e otimização do contrato que considera a projeção de demanda, os custos dos investimentos e da operação da rodovia é baseado em premissas de como será a percepção da realidade futura. Por envolver um conjunto de premissas de como será a evolução dessas projeções ao longo do tempo, o fluxo de caixa esperado pela concessionária e pelo Poder Público poderão ser muito diferentes.

Outra diferença no cálculo do *equity*, está no fato de que ainda devem ser considerados outros ativos e passivos registrados (ou não) no balanço da concessionária, que podem trazer dificuldades adicionais. Assim é possível que, metodologicamente, a apuração do “custo de saída” do PCS da readaptação e otimização do contrato (ou seja, o valor do *equity*) seja mais complexa do que o cálculo da indenização de uma relicitação ou caducidade.

No caso da repactuação da ECO101, apesar das dificuldades esperadas, foi possível atingir um acordo rapidamente para o valor do *equity* da transferência de controle⁷¹. Um fator que pode ter contribuído para este célere resultado está relacionado às mesmas fragilidades apresentadas na elaboração dos Estudos Técnicos e abordadas no subcapítulo 6.2.3, como se depreende da manifestação constante do relatório da Comissão de Solução Consensual:

293. O levantamento e acerto de haveres e deveres de uma concessão é habitualmente feito com a extinção antecipada do contrato de concessão para o pagamento de indenização pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Como aqui nesta solução consensual há a possibilidade de troca acionária, como previsto e descrito na seção sobre processo competitivo, existiu a necessidade de se estimar o saldo de haveres e deveres. Adicionalmente, aqui existe também o compromisso de renúncia a litígios, incluindo processos administrativos e judiciais - assim, foi feito o levantamento da existência e valores de processos, como parte do detalhamento de passivos da Eco101. Desta maneira, detalha-se o levantamento dos haveres e deveres da ECO101 Concessionária de Rodovias S.A.

(...)

⁷¹ Não é objetivo deste trabalho a realização do estudo do caso da ECO101 e portanto avaliar os valores resultantes da proposta de solução consensual. O exemplo serve para que o caso possa ilustrar e corroborar as ideias apresentadas.

294. Foram identificados os seguintes ativos: bens reversíveis não amortizados ou depreciados e pleitos administrativos (pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro) e judiciais em andamento, ingressados pela concessionária, em desfavor da ANTT.

(...)

297. A metodologia para cálculo do valor se baseia no levantamento dos bens reversíveis não amortizados ou depreciados por meio do valor contábil do ativo avaliado por verificador independente, conforme a Lei 13.448/2017, o Decreto 9.957/2019 e a Resolução ANTT 5860/2019. **No entanto, em vista da ausência de tempo hábil para uma verificação completa e que o cálculo detalhado é realizado por verificador independente, a estimativa baseou-se na aplicação de um desconto paramétrico sobre o ativo intangível e imobilizado.** Esta glosa se balizou em percentuais de desconto aplicados pelos verificadores independentes nos contratos de concessão que estão em processo de relicitação (Via-040, Concebra e MSVia), que variaram de 20,26% a 28,89%. (grifo nosso) (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 53)

(...)

331. Foi estimado de forma negocial, que o valor da venda integral das ações pertencentes ao atual grupo controlador da SPE, a ser pago por eventual novo controlador, será de R\$ 320 milhões (data base agosto 24). A partir de agosto de 2024, este valor será acrescido para refletir as adições ao ativo intangível e imobilizado decorrentes de investimentos em bens reversíveis não depreciados ou amortizados, ou seja, obras realizadas após agosto de 2024.

332. Apesar de no caso concreto o processo de relicitação estar suspenso, identificamos semelhanças no que diz respeito ao cálculo de acerto de haveres e deveres da concessionária, comparativamente ao da indenização prevista nas normas aplicáveis à extinção antecipada do contrato, em vista da possibilidade de saída antecipada do atual controlador da Sociedade de Propósito Específico. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 57)

Como descrito acima, a apuração dos valores devidos partiu de informações providas pela concessionária, impossibilitando que o Poder Público tivesse uma avaliação independente do valor, de forma semelhante ao visto na elaboração dos Estudos Técnicos, abordado no subcapítulo 6.2.3. Por este motivo, a manifestação do Ministério Público junto ao TCU demonstrou preocupação com a apuração do valor de saída para a ECO101.

111. Ademais, o valor da suposta indenização devida à ECO101 merece redobrada atenção, conforme bem aponta a AudRodoviaAviação, pois fora calculado tendo por base valores

autodeclarados, em processo aproximativo que de fato não conta com respaldo normativo. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 94)

No entanto, parece que a Comissão de Solução Consensual possuiu uma interpretação diferente, percebendo uma clara vantagem para a repactuação com a transferência de controle proposta em relação a relicitação no cálculo do valor de saída, pois neste caso haveria ferramentas diferenciadas para tratar os passivos regulatórios, conforme é possível extrair do relatório, reproduzido a seguir. Todavia, não foram identificadas descrições de quaisquer ferramentas no Acórdão que corroborasse a afirmação.

456. Destaca-se que nos casos de relicitação e saída de uma concessionária para entrada de outra, o cálculo e avaliação dos valores dos bens não amortizados também carrega uma série de complexidades: são trabalhosos, demorados e frequentemente judicializados. Evitar tais procedimentos representa ganhos para o poder público. A solução também oferece maior segurança jurídica em relação a estimativa de haveres e deveres, evitando potenciais litígios administrativos ou judiciais.

457. No cenário apresentado, a proposta de otimização propõe uma série de ferramentas que permite tratar o passivo regulatório em cada contrato de concessão conforme detalhado no item dos Haveres e Deveres, bem como ressarcir a União pelos gastos incorridos decorrentes do processo de relicitação, além de ter como consequência a possibilidade de que o usuário não pague, via tarifa, pela indenização devida a União. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 72)

Em outro trecho a Comissão de Solução Consensual ainda reforça o entendimento rebatendo a preocupação apresentada pelo MPTCU e reconhecendo que não possui um levantamento independente e a obtenção de apoio de verificador independente, tomaria um tempo que o processo de repactuação não comportaria.

O tratamento pormenorizado do valor de indenização só seria possível após o início dos trabalhos de um verificador independente, nos termos e formas previstos pela Resolução ANTT nº 5.860/2019, o que seria inviável para o caso em análise ao se considerar o prazo exíguo previsto na IN TCU nº 91/2022 [...].

Apenas a título de exemplo, no caso das concessões em processo de relicitação nos quais há contratação de verificador independente para o cálculo de indenização pelos bens reversíveis

indenizáveis, o período compreendido entre a contratação da empresa e entrega do último produto costuma ser maior do que 1 ano, veja:

i) contrato do verificador da CONCEBRA (peça 130, SEI nº 13857666) com previsão contratual de duração de 2 anos e 9 meses;

ii) contrato do verificador da MSVIA (peça 131, SEI nº 8073497) com previsão contratual de duração de 1 ano e 8 meses; e

iii) contrato do verificador da VIA 040 (peça 132, SEI nº 5012477) com previsão contratual de 1 ano e 1 mês.

Como sabido, “não há um verificador independente contratado para a apuração de eventuais valores de indenização devidos ao controlador da Concessionária ECO-101, sendo os valores já apresentados ao TCU uma referência para a estimativa deste valor” (peça 121).

78. A ANTT complementa informando que tendo em vista a inexistência de um verificador independente, resta impossibilitada por parte da ANTT apresentar o inventário detalhado dos bens reversíveis e com os respectivos laudos de avaliação.

79. A ANTT na peça 122 ainda reforça:

122. Mais que isso, a contratação, no presente momento processual, de uma verificadora independente e a realização de todas as etapas que compõe a metodologia de cálculo trariam justamente importante malefício ao interesse público, consistente no retardo do início da execução dos investimentos, dado que foi justificado pela CSC para a desconsideração da alternativa da relicitação como melhor opção regulatória. (...)

125. Por fim, entende-se que o pagamento de R\$ 320 milhões por bens reversíveis não amortizados por outros interessados não constitui vantagem à atual controladora, mas decorre do próprio negócio jurídico a ser eventualmente celebrado, de que faz parte a transferência do ativo da SPE, além dos direitos de exploração da infraestrutura rodoviária previstos no contrato de Concessão. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 119)

Apesar dessas fragilidades na apuração do valor de uma eventual saída do atual incumbente, de forma surpreendente o Ministro Relator não vislumbrou qualquer problema e, em contraponto ao que ocorreu quando de sua avaliação dos Estudos Técnicos, não propôs qualquer condicionante relativa ao valor de saída para a aprovação da proposta de solução consensual.

A Comissão defende que o pagamento de R\$ 320 milhões por outros interessados não constitui vantagem à atual controladora, mas decorre do próprio negócio jurídico

eventualmente celebrado, de que faz parte a transferência do ativo da SPE, além dos direitos de exploração da infraestrutura rodoviária previstos no contrato de Concessão.

Na verdade, são coisas de todo diversas o valor a ser pago ao eventual vencedor do processo competitivo e a indenização paga pela União quando a concessão é encerrada, restando bens reversíveis não amortizados, deduzidos de deveres da concessionária junto ao Poder Público.

A Eco101, como detentora da SPE, tem direito a receber um preço pela transferência do controle acionário da empresa. Esse direito não representa, a meu ver, vantagem indevida à Eco 101, no processo competitivo, mas decorre da natureza do negócio a ser firmado. Se a transferência de controle ocorresse fora da presente solução consensual e sem a realização de processo competitivo, conforme permite a Lei 8.987/1995, haveria o pagamento pelas ações da SPE, sem vinculação necessária aos valores dos bens reversíveis. O preço seria livremente negociado entre os agentes privados.

O preço a ser pago pelas ações depende de diversos fatores, como o valor da empresa no mercado, as perspectivas da economia e outros que podem não ter relação com os valores de seus ativos ou de seus haveres e deveres. Depende, principalmente, das negociações entre vendedor e comprador, dos valores que estão dispostos a receber/pagar pela empresa.

A ANTT, nos processos de anuência para as transferências de controle acionário, não trata dos preços negociados entre os particulares, mas analisa a capacidade técnica, operacional e financeira do adquirente, como prevê a Resolução ANTT 5.927/2021.

No caso concreto, o valor foi negociado no âmbito da Comissão e já expressa o montante final pelo qual a EcoRodovias aceita transferir a propriedade da SPE Eco101. Nas negociações, houve a opção de aferir o preço a partir dos valores de haveres e deveres, considerando o valor dos primeiros como o dos bens reversíveis não amortizados. No entanto, qualquer outro critério de negociação e de definição do preço poderia ter sido escolhido e o Tribunal não estaria, necessariamente, discutindo a suficiente apuração dos valores dos bens reversíveis.

Assim, a partir do fato de a avaliação mais detalhada - semelhante à empreendida para cálculo das indenizações a serem pagas pela União - demandar prazo significativo, colocando em risco o objetivo de disponibilizar os investimentos à sociedade de forma célere, bem como o fato de ter sido aplicado desconto paramétrico sobre o valor dos ativos, pode ser superada a questão do valor de venda das ações negociado. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 147)

Dessa forma, metodologicamente, é possível que o cálculo do custo de saída do PCS, o *equity*, seja até mais complexo do que o da indenização de uma relicitação ou caducidade. Todavia, o fato de

realizar a discussão desses valores num ambiente negocial em busca de um consenso é uma vantagem da relicitação e da readaptação e otimização dos contratos.

Porém, é possível que a agilidade de consensuar com o valor de eventual saída do atual incumbente na readaptação e otimização do contrato em comparação à relicitação esteja muito mais relacionada com a forma como a discussão foi conduzida do que com alguma efetiva diferença entre a repactuação e a relicitação. A demora e a dificuldade de chegar a um termo sobre o valor da indenização na relicitação, a partir do que consta do Acórdão da solução consensual da ECO 101, parece estar relacionada a maior capacidade de escrutínio de todos os valores envolvidos na discussão, contando inclusive com o apoio de verificador independente. No caso da repactuação, optou-se por abrir mão de todas as cautelas e produzir um resultado primordialmente com base em valores informados pela própria concessionária, aplicando-se referências de descontos de outros processos em prol da celeridade.

Este valor, aliás, nem será objeto de avaliação de razoabilidade no PCS, como será mais bem explorado no subcapítulo 6.2.5. Para os eventuais interessados em participar do PCS, o valor a ser pago para os acionistas da ECO101 pela transferência de controle é um dado de entrada de suas avaliações. Trata-se de um valor a ser pago, sem permissão de discutir a correção ou justiça de seu valor. O objeto de avaliação pelos eventuais interessados em participar do processo são os fluxos financeiros futuros decorrentes da exploração do novo contrato de concessão.

6.2.5 Os argumentos em favor da readaptação e otimização do contrato e a adoção do Processo Competitivo Simplificado (PCS)

O processo previsto na Portaria nº 848 consistia, essencialmente, num processo de renegociação do contrato com o atual incumbente e, por isso, inicialmente, não previa a realização de um processo seletivo para o direito de explorar o novo contrato. Como apresentado no capítulo 5, a partir de críticas da sociedade ao processo, foi anunciado o Processo Competitivo Simplificado (PCS) como forma de mitigação de riscos do processo.

O processo de readaptação e otimização dos contratos é protegido pelo sigilo, até a apreciação do TCU. Assim as primeiras manifestações técnicas sobre o tema sugeriram com o Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, de 25 de setembro de 2024, que aprovou a primeira proposta de solução consensual referente ao contrato da BR-101/ES/BA da concessionária ECO101 (EcoRodovias).

As diferentes manifestações dos técnicos e autoridades no âmbito da avaliação deste primeiro caso no TCU sobre os riscos e as vantagens relacionadas a repactuação demonstram alguns posicionamentos divergentes sobre os temas afetos a readaptação e otimização do contrato proposta pelo governo. A Comissão de Solução Consensual apontou os seguintes riscos associados à readaptação e otimização dos contratos.

343. Os principais riscos que foram identificados e endereçados, foram agrupados da seguinte forma:

- a) Risco moral ou moral hazard, que se relaciona ao sistema de incentivos, ao risco de gerar incentivos reversos, e no caso concreto, ao risco de incentivo ao descumprimento contratual;
- b) Risco sistêmico, vez que o risco moral pode impactar próximos leilões e dar uma sinalização de incentivos inadequados a todo setor;
- c) Risco social, que é o risco de não fazer, de se gerar uma percepção negativa da população quanto ao sistema de concessões, da cobrança de pedágios em rodovias com baixa qualidade,
- d) Riscos de legalidade e discussões do limite da mutabilidade dos contratos complexos e ainda das diretrizes do Acórdão 1.593/2023-Plenário;
- e) Riscos de judicialização e litigância, ou de estar criando situações que aumentem esses riscos que são inerentes ao Estado de Direito;
- f) Riscos econômicos e financeiros a respeito da manutenção do equilíbrio do contrato, da sua sustentabilidade e avaliação da financiabilidade da concessão;
- g) Transparência e publicidade de todo o processo;
- h) Riscos inerentes ao processo de concessão: assimetria de informações, riscos de leilões vazios, dificuldades na aplicação de alternativas como caducidade e relicitação, dificuldades com licenciamento; (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 59)

Apesar dos riscos identificados, seria o PCS combinado com o período de transição de no mínimo 3 anos, onde o descumprimento do cronograma de obras resultará na instauração automática do

processo de caducidade, que teria o condão de mitigar tais riscos, como se depreende instrução elaborada por auditora de controle externo da SecexConsenso:

19. Concomitante aos ganhos, não há como deixar de reconhecer a existência de riscos. E estes também são significativos. O relatório discute estes riscos e sua mitigação (peça 74, item 6.1). **Na visão da ANTT e sua Procuradoria, do Ministério dos Transportes e sua Consultoria Jurídica e dos participantes da Secex Consenso esses riscos serão mitigados, em maior ou menor grau, pelo processo competitivo e o período de transição com processo de extinção antecipada.** No entanto, é impossível prever o futuro, antecipar o comportamento do mercado e antever o desfecho e a eficiência real das medidas mitigadoras aqui desenvolvidas. Assim, naturalmente restam riscos residuais.

20. O contrato de concessão da Eco 101 envolve circunstâncias complexas, grande quantidade de variáveis e o fato deste ser o primeiro caso de desistência de relicitação a ser analisado pelo poder público.

21. Nesta situação específica observou-se um equilíbrio delicado entre riscos e benefícios. **No fechamento do acordo, os membros da comissão, excetuando-se a auditoria especializada, estavam convencidos que os benefícios alcançados com a repactuação superam os riscos residuais identificados.**

22. **A manifestação da AudRodoviaAviação (peças 92-94) tece considerações duras sobre potenciais fragilidades e expressa sua visão da legalidade da solução.** Os temas dos apontamentos feitos pela auditoria especializada foram objeto de amplo e construtivo debate nas reuniões da comissão e em reuniões bilaterais. Consideramos que os pontos levantados estão endereçados no relatório (peça 74). (grifo nosso)(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 03)

(...)

43. **O procedimento competitivo aqui proposto promove isonomia a todas as empresas ao oferecer este novo contrato,** diferente do originalmente licitado, ao mercado e possíveis interessados.

44. Sobre a interface entre mutabilidade e isonomia, fica a questão relativa ao terceiro que participou do leilão original e que pode entender que em havendo possibilidade de mutação do contrato, sua oferta seria diferente. **No entanto, tal argumento não se aplica aqui, vez que as circunstâncias que levaram à inviabilidade do atual contrato são conjunturais e exógenas, e factualmente teriam se abatido sobre qualquer empresa que assumisse a concessão.**

45. O processo competitivo proposto, combinado com os mecanismos de escuta e análise propostos e discutidos no relatório (item 6.1.4 transparência, peça 74) 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.**

46. 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.

47. O auditor aponta (peça 92, §179-185, 199) fragilidades do processo competitivo proposto, tais como assimetria de informações em favor do atual grupo controlador, os custos e a complexidade envolvidos na elaboração do lance por outro potencial interessado, o pouco tempo disponível para preparação da proposta e o necessário pagamento de R\$ 320 milhões ao atual controlador pelo novo entrante. Como já dito, o procedimento competitivo aqui desenvolvido não mitiga 100% dos riscos e não é possível prever seus resultados. Mas em vista dos benefícios que serão alcançados com a repactuação do contrato, ele mitiga de forma razoável os riscos. (grifo nosso)(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 06)

A Comissão de Solução Consensual não considerou que o PCS reproduz os mesmos efeitos de uma PMI, como a assimetria de informação resultando em uma possibilidade de menor competitividade de um leilão⁷² descritos no subcapítulo 2.2.

⁷² Nem sempre essa baixa competição ocorre num caso de PMI, o que não significa o afastamento desta hipótese. O PROCROFE tem o exemplo do leilão da BR-101/RJ – Ponte Rio-Niterói de março de 2015. Como apresentado no subcapítulo 3.1, o trecho, então operado pela CCR fez parte da 1ª Etapa do PROCROFE e foi realizado um novo leilão para a troca do operador devido a proximidade do término do contrato. A estruturação do projeto foi realizada por meio de uma PMI, com os estudos de referência elaborados pela própria CCR. O leilão contou com 6 participantes, dentre eles a CCR, e a vencedora foi a EcoRodovias. O fato deste exemplo aparentemente contrariar as tendências que os estudos sobre PMI apontam, não significa que os problemas não existem. As demais empresas provavelmente precificaram a assimetria de informação e, devido a atratividade do projeto, podem ter considerado que poderiam ser competitivas e realizaram ofertas. Ou seja, é possível que se, o projeto fosse estruturado de forma independente, houvesse mais participantes e as ofertas ainda mais vantajosas.

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 alvitada 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. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 68)

As manifestações dos integrantes da Comissão de Solução Consensual e demais autoridades envolvidas na elaboração da proposta sugerem que o fato dos Estudos Técnicos terem sido desenvolvidos pelo atual incumbente é um problema menor e que poderia ser resolvido com um processo competitivo, que garantiria a isonomia do processo.

Aliás, a Comissão de Solução Consensual vai além, reconhece que o processo competitivo não tem o objetivo de selecionar a melhor proposta e sim validar a proposta negociada com o atual incumbente, pois o real objetivo, o interesse público, é permanecer com o atual concessionário.

268. Após recebimento dos envelopes fechados, poderão ser apresentadas propostas em viva-voz, com possibilidade de repique ao menor valor apresentado, com etapa de viva-voz aberto. Entendeu-se que pelo avançar das discussões e fim do prazo da Comissão de Solução Consensual, tratando-se de um teste de mercado, o viva-voz será feito sem limite de diferença percentual.

269. Será admitida a participação do grupo controlador atual da concessionária no certame, podendo também participar de viva-voz aberto em caso de ofertas de interessados pelo ativo.

270. Sobre esse assunto, importa destacar que nesta solução há possibilidade de participação do grupo atual, diferentemente do disposto na relicitação, em que a Eco101 não poderia participar do novo certame.

271. A relicitação fala de um processo de rescisão e saída amigável, então resta claro que se o processo desenha a saída da atual concessionária, não faz sentido que ela participe do novo

certame. **Já a repactuação aqui proposta parte de um ponto totalmente diverso: parte da premissa que é vantajoso para o poder público continuar com a mesma concessionária, para possibilitar execução de obras imediata. O processo competitivo aqui proposto não tem a função de necessariamente selecionar nova concessionária, mas abrir a possibilidade. O objetivo aqui é validar o contrato modernizado, trazer isonomia ao processo e mitigar riscos moral e sistêmico.**

272. Primeiro, importa destacar que o objetivo exposto na lei é de possibilitar novos e imediatos investimentos no setor de infraestrutura de transportes, bem como sanear contratos vigentes cuja continuidade da execução se tornou inviável. Nesse sentido, durante os trabalhos da comissão, percebeu-se que um dos maiores desafios para o alcance desse objetivo estaria justamente na troca de concessão, que envolve a elaboração de um novo projeto e o cálculo de indenização.

273. **Assim, em busca de construir um modelo que resolvesse esse imbróglio, não guardaria sentido lógico a solução proposta ir na mesma toada do dispositivo legal, visto que, na realidade, a possibilidade de participação da empresa no certame e manutenção da SPE é justamente um ponto que traz vantajosidade para a proposta de solução, garantindo a antecipação e execução de investimentos.**

274. **Ademais, o Ministério pontuou que um dos riscos relevantes que o processo de relicitação carrega é a possibilidade de leilão deserto.** Na relicitação, havendo a ausência de interessados, há a abertura automática do processo de caducidade (art. 20), o que gera impactos negativos também, e um afastamento ainda maior da consecução do interesse público e do objetivo da lei.

275. **Abrir a possibilidade de participação da Eco101 no certame visa também mitigar o risco de leilão vazio atrelado à abertura de caducidade,** tendo em vista que se, no procedimento competitivo ora em discussão não acudirem interessados, a concessionária fica obrigada a permanecer no contrato, dando início imediato às obras. (grifo nosso)(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 50)

Além do PSC e do período de transição descritos acima como os principais mitigadores desses riscos envolvidos no processo, a Comissão de Solução Consensual identificou outros, talvez até de forma ingênua.

379. 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.

380. 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, se não única. A renegociação só é passível de ser realizada, portanto, devido a uma conjuntura muito particular e prevista em política pública.

381. 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 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.

382. 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.

383. O próprio ambiente consensual também é mitigador de riscos: do risco moral, da legalidade e da análise de informações econômico-financeiras e regulatórias. Entendemos que as normas de análise de solução consensual, a discussão com a participação multilateral: do MT, do TCU, da ANTT e em alguns momentos da própria concessionária dão robustez às propostas, minimizam a assimetria de informações e assim contribuem para mitigar o risco moral. Os métodos alternativos de resolução de conflitos permitem uma maior celeridade na troca de informações e nas análises, tanto individuais como em grupo. **Essa interação mais fluida, célere e num ambiente de confiança, possibilita o compartilhamento instantâneo de análises e dados, entre todos os atores e governança decisória e minimiza a assimetria de informações.** (sublinhado no original)(grifo nosso)(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 63)

Outro aspecto, abordado na revisão da literatura sobre as renegociações de contratos de concessão, apresentada no subcapítulo 2.1, refere-se a existência ou não de comportamento oportunista da EcoRodovias na oferta de sua proposta quando venceu o certame. Este foi um ponto em que houve divergência entre os envolvidos na avaliação da solução consensual da ECO101. O Ministério Público junto ao TCU assim manifestou-se sobre o tema:

139. O relatório da comissão traz anotações sobre as causas do insucesso da concessão em tela, é dizer, da inexecução das obras contratadas, relacionando-as aos motivos para a relicitação e posterior busca de solução consensual. Complementando os fatores ali listados (vicissitudes de mercado etc.), entendemos necessário registrar as considerações seguintes.

140. Contextualizando a situação a que nos deparamos, o Parquet manifesta sua ressalva ao discurso de que a incumbente teria oferecido deságio expressivo unicamente "alimentada pelo otimismo econômico" (peça 104, p. 3) de então. No caso concreto em foco, há fortes indícios de que o consórcio que constituiu a SPE ECO101 adotou a chamada "low-ball bidding strategy", associada a realização de lances agressivos, ainda que potencialmente inexequíveis, com fins à arrematação do contrato, levando em consideração a baixa capacidade de enforcement dos agentes reguladores e seu próprio "anticipated high bargaining power after entering the industry" (elevado poder de barganha, uma vez assumida a concessão) (GUASCH et al.: 2004, p. 75):

[The analysis show that] a winning bidder's anticipated high bargaining power after entering an industry may lead to strategic underbidding at the auction stage. (...) This result helps explain why many concessions in Latin America have been renegotiated just after the concession award.

(idem, ibidem)

141. Outro fato inconteste é que a concessionária aguardou as vésperas do décimo ano da concessão, momento em que expira o prazo para duplicação integral do trecho concedido independentemente do acionamento do gatilho de tráfego, para, nesse momento, buscar eximir-se da obrigação contraída - seja via relicitação, seja mediante SSC. Em termos simples, auferiu a receita de pedágios durante os dez primeiros anos e, agora que inevitáveis os investimentos de vulto (ampliação do trecho rodoviário), procura furta-se ao cumprimento do contrato, ora propondo substituí-los por contornos, passarelas e ciclovias.

142. Assim, não nos parece inteiramente correta ou muito menos demonstrada a assertiva de que "as circunstâncias que levaram à inviabilidade do atual contrato são conjunturais e exógenas, e factualmente teriam se abatido sobre qualquer empresa que assumisse a concessão" (peça 105, p. 5). Ao revés, em 2020 a própria ANTT assim discorre sobre o desempenho pregresso da concessionária:

(...) apesar de não ter havido uma paralisação dos serviços, do 4º ao 6º ano de concessão a Concessionária ECO101 apresentou uma execução média de somente 10% dos investimentos previstos, o que não demonstra o esforço ou intenção de cumprimento do Contrato.

Informa ainda que é justificativa recorrente da Concessionária, com relação a inexecução das obras de duplicação, o atraso na emissão da licença ambiental, todavia, após avaliações, a Concessionária ECO101 foi considerada como responsável pela demora na obtenção da licença ambiental dos trechos Norte e Sul.

Outrossim, destaca que a Concessionária atua de forma protelatória para postergar a execução das obras, onde cita como exemplo a implantação das obras de vias laterais, sendo que, até a

presente data, não apresentou os projetos executivos. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 99)

Outra fragilidade no planejamento inicial do PCS foi a ideia de concessão de um prazo curto para a elaboração da proposta por outros eventuais interessados no processo. Esta redução representa um benefício adicional ao atual incumbente e reduz ainda mais a isonomia do PCS, contribuindo para a potencial redução de interessados na medida que o tempo menor constitui uma dificuldade adicional para potenciais proponentes identificar todos os vieses do processo (ou seja, tentar reduzir a assimetria de informação) e apresentar uma proposta. A concessão de prazo razoável para elaboração de propostas é um dos mitigadores dos riscos associados a utilização de estudos desenvolvidos por privados interessados no projeto, como apresentado no subcapítulo 2.2. Porém a Comissão de Solução Consensual apresentou um entendimento diferente.

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. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 16)

No entanto, o Ministro Relator refutou o argumento da Comissão de Solução Consensual, manifestando-se veemente contra os argumentos e até reconhecendo diversas fraquezas do processo. Porém ao final, apenas votou pela aprovação da solução consensual condicionada ao ajuste de prazo para formulação da proposta e a disponibilização de informações aos interessados, o que acabou validado pelo Plenário do TCU.

Conforme mencionado alhures, os prazos para realização do processo competitivo e efetiva disponibilização dos documentos à sociedade são críticos para efetividade do certame e eficiência da contratação.

A Comissão, após ser chamada a se manifestar sobre os pronunciamentos do *Parquet* e da AudRodoviaAviação sobre a exiguidade do prazo de 70 dias entre a publicação do edital do processo competitivo e a realização do leilão, manifestou-se pela sua suficiência e necessidade de disponibilizar os investimentos à sociedade de forma célere.

Informou, ainda, que a ANTT se compromete a divulgar toda a documentação à sociedade quinze dias antes da publicação do edital, assim que for prolatada a decisão do TCU.

Considerou que o prazo se justifica pelos levantamentos já realizados e pela presença de menor risco decorrente de haver ao menos um *player* manifestamente interessado no projeto. Defendeu, ainda, que o mercado é ágil e se adapta a prazos mais curtos para realização de estudos e *due diligences*.

Dirirjo totalmente de tal entendimento. No presente caso, temos projeto cujos estudos foram elaborados pela própria Eco101, detentora da SPE, e profunda conhecedora das condições da rodovia e da empresa a ser vendida. Tal fato cria um desnível absoluto entre a Eco101 e as interessadas eventuais. Para poderem efetivamente participar da disputa, os interessados no processo competitivo terão que conhecer os dados do modelo econômico-financeiro, as condições da rodovia, os detalhes dos investimentos a serem realizados, as condições da SPE e outros aspectos que não existem em um projeto de nova concessão, promovida mediante leilão público, que passa por prazos maiores para discussão pela sociedade e análise de documentos pelos interessados.

Ao contrário do que argumenta a Comissão, trata-se, a meu ver, de análise mais complexa do que a realizada em uma concessão e deve ser disponibilizado prazo compatível com tal empreitada.

Além de o período de 70 dias entre publicação do edital e realização do leilão ser inferior aos 100 dias previstos para um leilão público, novas concessões ou relicitações têm os documentos efetivamente disponibilizados à sociedade durante as audiências públicas (cerca de 45 dias) e enquanto os documentos estão sob análise do TCU, que exige 90 dias de antecedência à publicação do edital. (grifo original)

Considero que os prejuízos decorrentes de um processo competitivo conduzido de forma açodada, em que os interessados não têm condições de concorrer efetivamente, são muito maiores do que os eventualmente advindos da postergação, por alguns meses, na realização de obras e serviços, pois corre-se o risco de as tarifas a que os usuários serão submetidos por 24 anos restarem indevidamente majoradas.

Permitir a realização do procedimento em setenta dias significa incorrer em grande risco de que o processo competitivo seja ineficaz e represente apenas dispêndio de energia e recursos sem o alcance do benefício esperado.

Vejo com ressalvas o entendimento externado pela Comissão de que o objetivo do processo competitivo não é escolher novo *player*, mas apenas validar as condições do MEF. O interesse público é obter a proposta mais vantajosa para prestação de serviço público, pelo qual os usuários pagarão por muitos anos.

Por tais razões, diante do lamentável histórico de atuação da concessionária Eco101 e das profundas alterações a serem promovidas no contrato original, a realização da disputa, em prazo razoável, é indispensável, sob pena de afronta ao princípio da isonomia e da concretização dos riscos morais e sistêmicos identificados nos autos.

Assim, a **solução consensual deve ser condicionada reformulação do prazo de disponibilização de informações e de documentos, com o objetivo de garantir atendimento ao princípio da isonomia.** (grifo no original) (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 148)

No caso das repactuações, existem agravantes adicionais aos apresentados num PMI. O primeiro deles está relacionado ao nível de detalhe dos Estudos Técnicos. Se já existe a assimetria de informação do estudo de referência ser elaborado por um dos participantes do processo competitivo, se este ainda for menos detalhado do que aqueles usualmente utilizados nas demais estruturas de projetos de forma independente, o efeito da assimetria de informação é amplificado.

Um segundo aspecto é que este incumbente já possui um lance ativo, a tarifa-teto do PCS, que foi fruto de um processo negocial, em que, em tese, deveria ter resultado no menor valor do negócio possível (mais vantajoso). No entanto, o atual incumbente, além de ter um lance ativo, poderá participar do leilão, com os eventuais interessados, ofertando uma tarifa ainda menor. Esta possibilidade lança luz sobre, pelo menos, duas questões. Esta possibilidade é a evidente constatação de que o processo negocial foi um fracasso, pois existiria um valor aceitável para um acordo com o atual incumbente que só foi revelado (assimetria de informação) quando este se confrontou com outra proposta e a real possibilidade de perder o negócio. Uma outra questão é que o atual incumbente possui uma “segunda chance” de vencer o leilão. Durante todo o processo negocial da renegociação, o incumbente terá todo incentivo de não relevar informações relevantes sobre o ativo ao Poder Concedente e aos demais interessados em participar do leilão, para extrair o máximo de excedente do processo. Caso essa tentativa fracasse e o mercado identifique algum excedente e decida apresentar ofertas, o atual incumbente poderá fazer novas ofertas, inclusive pelo fato de não haver limite para participação no leilão viva-voz.

Um outro aspecto possível refere-se a uma vantagem potencial adicional para o atual incumbente. À princípio, o atual incumbente pode ofertar uma menor tarifa, como os eventuais demais participantes do PCS. No entanto, estes também devem considerar em suas propostas valor adicional referente a compra das ações para a transferência de controle (o valor do equity, discutido no subcapítulo 6.2.4),

que naturalmente o atual incumbente não incorre. Esta diferença, a depender de como estiver tratado na modelagem, poderá representar uma vantagem adicional ao atual incumbente⁷³.

A discussão do prazo para elaboração das propostas está associada a uma outra importante característica do PCS que o difere de todos os outros processos competitivos para seleção de um operador de um novo contrato de concessão rodoviária no Brasil.

Trata-se na verdade de um processo competitivo para a transferência de controle da concessionária, que, a partir daquele momento, terá em mãos um novo contrato repactuado. Usualmente o leilão é para a seleção de um operador de um novo contrato de concessão. Neste caso a concessionária permanecerá operando o ativo, mas com um novo contrato. e a disputa, se existir, é para selecionar aquele que controlará esta concessionária, podendo permanecer com os atuais acionistas ou haver a transferência de controle para novos acionistas.

Quem participar do leilão, diferentemente dos demais processos em que o vencedor institui uma nova empresa para operar o ativo, estará comprando uma empresa operacional que passa a possuir um novo contrato de concessão. Isso significa que os demais interessados deverão realizar *due dilligences*, para conhecer todos os passivos e ativos que esta empresa possui. Apesar de as informações mais relevantes, os passivos e ativos regulatórios, estarem equacionados, podem existir passivos trabalhistas, tributários ou outros ativos que a concessionária terá todo o incentivo para dificultar o acesso aos demais interessados (a incumbente tem incentivo a manter uma assimetria de informação, pois isso representa uma vantagem competitiva, na medida ela seria a mais capaz em valorar de forma correta cada rubrica). Ademais, em processo de mercado de transferência de controle, usualmente se está em uma relação entre duas partes, envolvida em sigilo, para preservar os dados da empresa que está sendo vendida, pois podem existir contratos protegidos por sigilos, segredos empresariais ou comerciais que podem representar suas vantagens competitivas. No caso do PCS, ao contrário, a incumbente deverá abrir seus dados e informações para toda a sociedade, de forma muito mais

⁷³ Não foi objeto do presente trabalho realizar um estudo dos casos no processo de repactuação, inclusive pelo fato de nem todos os documentos e estudos dos casos estarem disponíveis. Esta hipótese, portanto, deve ser confirmada em uma análise das informações, estudos e modelagens de cada caso concreto.

abrangente do que numa transação de venda no mercado privado. Neste contexto, a contratada original terá interesse em revelar o mínimo de informação possível. Por outro lado, a Agência que conduzirá o PCS deverá buscar a divulgação da máxima informação possível. Este conflito de interesse é um fator que tende a aumentar a assimetria de informação no PCS.

Assim, no PCS existe uma assimetria de informação superior. Porém, não bastassem essas assimetrias favorecerem o atual incumbente, foi proposto que o prazo de elaboração de propostas fosse reduzido, criando ainda mais dificuldade para os demais interessados tentarem aprofundar os estudos e avaliações e tentar diminuir a imensa lacuna de assimetria, beneficiando, ainda mais o atual incumbente.

As manifestações das autoridades e integrantes da Comissão de Solução Consensual apresentam ainda duas vantagens do PCS da repactuação em relação ao processo de relicitação: 1) permite o início de obras de forma imediata, com a assinatura dos novos termos contratuais; 2) não existe a possibilidade de que o PCS resulte em um leilão vazio, o que na relicitação ensejaria revogação da suspensão das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado.

A principal vantagem desta opção, seria a possibilidade de iniciar as obras de forma imediata, pois a atual concessionária já dispõe dos projetos, com os respectivos licenciamentos ambientais aprovados, das obras selecionadas para o início imediato e, caso não houvesse a manutenção da concessionária, a transferência da titularidade para uma nova concessionária poderia inviabilizar este início dos investimentos que configura como a principal vantagem da renegociação. No caso da relicitação, argumentam que a conclusão das primeiras obras em um caso de relicitação ocorre apenas a partir do terceiro ano.

Associada a esta vantagem em relação a relicitação está a redução dos riscos de engenharia, decorrente inclusive da existência de projetos já licenciados. O atual incumbente, ao aceitar permanecer no contrato repactado, que contém o período de transição que pode levar a caducidade automática em caso de descumprimento, já considerou que existe uma probabilidade muito elevada de cumprir o novo cronograma pactuado.

Por fim, a manutenção da concessionária no PCS conferiria maior agilidade pois dispensaria os prazos necessários para a formalização de um novo contrato, para a integralização de capital social, mobilização dentre outras atividades, contribuindo para o início das obras de forma imediata. Todavia, o próprio exemplo da transição da BR-101/RJ – Ponte Rio-Niterói relativiza essa vantagem. Neste caso houve uma transição contínua de uma operadora para a outra, encerrando uma operação e no minuto seguinte a EcoPonte assumiu.

Outro aspecto positivo da manutenção da concessionária, que não consta do Acórdão da ECO101 está relacionado a posição dos financiadores. Na relicitação, apesar de a lei permitir o pagamento diretamente aos financiadores do contratado original do valor correspondente às indenizações devidas pelo Poder Público, estas devem ser abatidas das multas e demais somas de natureza não tributária. Isso pode significar que o valor resultante seja inferior ao valor do crédito, ocasionando perdas aos financiadores (*haircut*). Essas perdas, especialmente se ocorressem em diversos casos de relicitação, poderiam resultar numa maior percepção de risco do setor ocasionando uma contração de oferta de crédito comprometendo todo o pipeline futuro de projetos.

Na repactuação, com a manutenção da concessionária, e a possibilidade de transferência de controle a situação é diferente. Em princípio, como a concessionária se mantém com o contrato repactuado, os financiadores podem manter o crédito, sem o risco de *haircut* de uma relicitação, o que é positivo⁷⁴. Pode até haver uma melhoria para os financiadores, dado que, na proposta de repactuação, o novo contrato alterou o equilíbrio econômico-financeiro, melhorando o fluxo de caixa futuro do projeto e equacionou os passivos regulatórios, aumentando a capacidade de pagamento.

Todavia, a manutenção da concessionária no PCS, mas com a possibilidade de troca de controle, traz novos riscos aos financiadores. O processo de financiamento de longo prazo exige um período para que o banco avalie o contrato de concessão e seus riscos, bem como avalie também o cliente e a estrutura

⁷⁴ Destaca-se que a Lei 13.448/2017 permite que o Poder Público exija da futura concessionária a assunção das dívidas adquiridas pelo anterior contratado, mediante consulta aos financiadores. Porém esta faculdade se mostra na prática ainda mais complexa.

as garantias e o contrato com um todo, o que pode consumir vários meses de análise. Caso haja a troca de controle, é necessário que o financiador anua com essa transferência.

Associado a isso, existe um risco decorrente do processo de transição, que pode levar a caducidade em caso de descumprimento do cronograma de investimentos, que certamente será avaliado pelo financiador.

Um caminho para viabilizar a transferência do controle seria o PCS exigir dos interessados em participar do processo garantias robustas, por exemplo fianças bancárias de primeira linha, ao longo de todo o período de transição. Durante a vigência dessas garantias os financiadores poderiam realizar a análise do novo controlador e do contrato de concessão para fazer a anuência da transferência de controle bem como mitigar o risco de uma caducidade ao final do período de transição. No entanto, pode-se questionar em que medida essas exigências de garantias robustas não poderia limitar ainda mais a concorrência do PCS.

Por outro lado, se não houver a preocupação com os financiadores inviabilizando a anuência da transferência de controle, poderá haver o vencimento antecipado da dívida que deveria ser arcada pelo atual incumbente, o que não estaria previsto no processo, colocando em risco, portanto, o arranjo planejado da repactuação.

O aspecto do financiador pode apresentar outras dificuldades caso haja uma dívida relevante em debêntures. De maneira similar a uma dívida bancária, os debenturistas também devem anuir com a transferência de controle. Mas, a depender das regras previstas nas debentures sobre quóruns para decisão e o quanto a emissão foi pulverizada, obter a anuência pode não ser um processo simples. Sem a anuência para a transferência de controle, a alternativa seria a recompra dos papéis. Se a emissão for de valor expressivo, pode dificultar ou inviabilizar a transferência de controle.

Apesar da vantagem de não impor um *haircut* ao financiador nesse processo da repactuação com a manutenção da concessionária do PCS, esta possibilidade não seria exclusiva dessa alternativa. Conceitualmente, nada impediria de se desenhar, neste ambiente de consenso, uma alternativa semelhante a relicitação, em que existe de um lado o contrato antigo que é finalizado e o antigo

operador é indenizado, garantindo-se que este valor é suficiente para saldar a dívida e pago diretamente ao financiador (não impondo um *haircut*) e de outro um novo contrato que é desenhado de forma a gerar os recursos necessários para realizar a indenização do antigo operador. Nesta alternativa, não haveria o dificultador de garantir que existam condições (a oferta de garantias de todos os participantes) para os financiadores avaliarem o novo controlador, o contrato e mitigar os riscos da caducidade ao final do período de transição.

A vantagem do início imediato das obras que existe na repactuação também deve ser relativizada. Esta exigência, em primeiro lugar, pode ser mais uma fonte de assimetria de informação entre o atual incumbente e os demais interessados. O concessionário atual participou da elaboração da proposta e por isso tem um profundo conhecimento dessas obras e teve a oportunidade de buscar fornecedores e parceiros para estar apto a iniciar as obras a partir da assinatura do contrato. Os demais participantes terão apenas o prazo de elaboração de propostas para conhecer em detalhes os projetos, avaliar se o projeto proposto é a melhor alternativa e buscar parceiros para a realização dos investimentos de forma imediata. Além da questão da assimetria de informação, essa obrigação pode representar custos maiores para os demais interessados no PCS, em função do menor tempo de conhecer o projeto das obras iniciais e para negociar parcerias para a sua realização.

Num processo em que o atual incumbente estivesse impedido de participar, como na relicitação, poderia ser ajustada uma forma de os projetos desenvolvidos e licenciados pelo concessionário atual fossem disponibilizados a todos os interessados. A transferência de titularidade do licenciamento ambiental é um processo administrativo simples, que usualmente é concluído em poucas semanas. Isso significa que, se é viável o início imediato dos investimentos, em havendo os projetos e licenças, na repactuação, seria possível realizar esta exigência em outras alternativas, pois não existem características singulares na repactuação que inviabilizariam a adoção desta premissa em outro arranjo.

Na proposta de repactuação elimina-se a hipótese de não haver interessado em executar o novo contrato, que reduz significativamente o risco das obras não serem iniciadas com a assinatura do contrato (ou termo aditivo). Porém, caso o cronograma não seja cumprido, pode-se lidar com um processo de caducidade automática no período de transição. Exceto no caso do PCS, qualquer leilão de um novo projeto existe o risco de não haver interessados. No PROCROFE há histórico de leilões

vazios, embora sejam poucos casos. Alguns associados a baixa atratividade do projeto e outros pelo alto risco do projeto. Mas todos os casos eram de projetos em que não havia uma concessão em operação anteriormente. Os projetos objeto de renegociação são contratos existentes, com histórico de tráfego, que já se mostrou atrativo em oportunidade anterior o que reduz muito o risco de haver um leilão vazio, se for um projeto bem estruturado.

Por fim, se um leilão vazio em uma relicitação pode redundar na continuidade de um processo de caducidade, a proposta de readaptação e otimização de contrato não afasta essa possibilidade por completo. A renegociação impõe um cronograma agressivo, com previsão de conclusão de obras nos primeiros três anos, durante o período de transição, o que nunca ocorreu em nenhuma outra concessão do PROCROFE. O descumprimento do cronograma no período transição enseja um processo de caducidade automático. Assim, existe um risco de em poucos anos o governo ter que lidar com processos de caducidade em diversos contratos simultaneamente, o que talvez se configure num cenário pior do que o existente hoje, em que a caducidade é uma das alternativas (a mais difícil de lidar) para a solução do problema de baixa performance. Se por um lado existem os mitigadores deste risco, com destaque para a existência de projetos e licenciamentos dessas obras prioritárias e a confiança na possibilidade de conclusão, em função do atual incumbente ter aceito tal condição, de outro existe o histórico de inexecuções na maioria dos contratos associado a um cronograma mais agressivo do que qualquer outra concessão, onde igualmente todos os investidores, em tese, também confiavam que conseguiriam cumprir seus contratos.

Assim, as vantagens para a repactuação devem ser observadas com ressalvas, pois não são exclusivas desta alternativa. Como apresentado, os benefícios elencados para a proposta de repactuação poderiam ser adaptados no desenvolvimento de alternativas. Dessa forma, a proposta da renegociação com o PCS carrega muitos riscos, que não foram convincentemente mitigados e as vantagens não são unicamente associadas a esta alternativa, podendo ser replicada, em grande medida em outras alternativas, tornando a relação de custo x benefício desfavorável para a proposta de readaptação e otimização dos contratos. A Tabela 10 resume esses pontos.

Tabela 10 - Síntese dos argumentos e considerações

<p>Principais argumentos a favor do PCS e da readaptação e otimização dos contratos, segundo os documentos governamentais</p>	<p>Resumo das considerações do autor sobre tais pontos</p>
<p>O PCS mitiga os riscos de uma renegociação, em especial o risco moral e sistêmico e a assimetria de informação, garantindo maior isonomia</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A CSC reconhece que o PCS na verdade não tem o objetivo de selecionar a melhor proposta e sim validar a proposta negociada com o atual incumbente. A premissa é de que o interesse público é garantido pela manutenção do incumbente com o contrato. Já na relicitação, ao contrário, a premissa é que o atual operador não pode participar da relicitação. ▪ Não considera que o PCS possui características de uma PMI, que pode inibir o resultado de um processo competitivo e pode resultar em baixa competitividade. Por este motivo o PCS pode não eliminar eventuais excedentes no novo projeto modelado decorrente da assimetria de informação entre o atual incumbente e o poder público durante a elaboração da renegociação. Ademais, o eventual excedente na definição do valor a ser pago ao atual incumbente pela transferência de controle não será objeto de correção nos eventuais lances no PCS, pois os demais participantes não avaliam ou corrigem este valor, apenas o consideram na elaboração das suas propostas. ▪ A permissão do atual incumbente ofertar novos lances no PCS acaba por denotar o próprio fracasso negocial, representando uma “segunda chance” para o atual incumbente. Isto funciona como um incentivo adicional para que possa “jogar” com as informações a serem disponibilizadas e corrigir, se necessário, sua atuação nesta segunda oportunidade, agravado pelo fato de todos estarem aptos a ofertar lances em viva-voz. Não há chance de o atual incumbente não participar do viva-voz.

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Um processo de transferência de controle usualmente é protegido por sigilo em uma negociação bilateral. No PCS, ao contrário, espera-se que o atual incumbente revele todas as informações a todos os interessados. Como consequência, naturalmente, o comportamento esperado será o de evitar o compartilhamento de informação, aumentando a assimetria. ▪ O potencial incumbente pode ter uma vantagem adicional no PCS por não precisar considerar na sua oferta o valor de compra de suas ações (valor do <i>equity</i>), que todos os demais participante provavelmente terão que considerar
Além do PCS o período de transição também contribui para mitigar os riscos da renegociação	O rigor do período de transição como <i>enforcement</i> para a execução do contrato pode representar um fator de assimetria entre o atual incumbente e demais interessados reduzindo a própria competição do PCS, na medida em que o atual incumbente detém maiores informações sobre todas as circunstâncias, requisitos e condicionantes para o cumprimento de um cronograma tão ousado. Assim, para um novo operador, o risco de enfrentar a caducidade automática é superior, o que pode afastá-lo do PCS.
As características do processo permitiriam o estabelecimento de um prazo mais curto para interessados apresentarem oferta no PCS, conferindo ainda mais celeridade (apenas 70 dias ante o mínimo de 100 dias de um leilão típico)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Além dos problemas decorrentes da semelhança a um processo de PMI, o PCS incorpora complexidade adicionais decorrentes de uma transferência de controle, o que demandaria mais tempo para avaliação dos interessados no processo e não menos. ▪ Outro aspecto que tenciona ainda mais o prazo exíguo é o nível de detalhe dos Estudos Técnicos. Se a utilização de estudos elaborados por um interessado já é crítica, estudos menos detalhados aumentam a assimetria de informação, que contribuiria para um aumento de prazo para tentar mitigar esse risco adicional e não a sua diminuição.

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A ampliação do prazo para elaboração das propostas do PSC foi uma das condicionantes para a aprovação pelo TCU.
<p>Não existe a possibilidade do PCS resultar em leilão vazio, como pode ocorrer em uma relicitação e, portanto, reduz o risco de as obras não serem iniciadas rapidamente</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Esta aparente vantagem deve ser relativizada. Exceto no caso do PCS, qualquer leilão de um novo projeto existe o risco de não haver interessados. Porém existem poucos casos no histórico de leilões do PROCROFE e nenhum relacionado com um projeto que já estava sendo operado pela iniciativa privada. ▪ Outra aparente vantagem do PCS é que um leilão vazio em uma relicitação pode ensejar a continuidade da caducidade. Na otimização dos contratos a possibilidade de caducidade também não está afastada, na medida em que o não cumprimento do cronograma (já ousado com entregas nos anos iniciais) no período de transição ensejará a caducidade automática.
<p>A manutenção da concessionária, ainda que com transferência de controle, permite o início de obras imediatamente, ao contrário de uma relicitação</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Um primeiro argumento para a agilidade reside no fato de a concessionária já dispor dos projetos e licenças ambientais, portanto, mantê-la contribuiria para o início imediato. Em tese, nada impediria que esses projetos fossem disponibilizados num processo de relicitação, praticamente eliminando essa vantagem. Adicionalmente, a possibilidade do atual incumbente participar do PCS acentua a assimetria de informação, em relação aos demais interessados, pois aquele terá menos incentivo a revelar informações desses projetos objetivando inibir a participação de outros interessados, reduzindo a isonomia. Os demais interessados terão que dispender mais recursos para a compreensão dos riscos do início imediato das obras. ▪ Um segundo argumento reside na crença de menor risco de engenharia dessas obras iniciais, pois o atual incumbente concordou em executá-la ainda que sob o grave risco da

	<p>caducidade automática do período de transição. Como citado acima, estas condições podem inibir ainda mais a participação de outros interessados no PCS.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Um terceiro argumento está relacionado a desnecessidade dos trâmites para a troca de concessionária que existiria numa relicitação. Este argumento pode ser relativizado pois já existiram essas transições sem maiores problemas, como no caso da Ponte Rio-Niterói.
<p>A manutenção da concessionária apresentaria uma vantagem para a posição dos financiadores</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Em tese, a manutenção da concessionária poderia evitar que houvesse um <i>haircut</i> da dívida com consequências positivas para o provimento do <i>funding</i> para o setor. ▪ No entanto, não existem óbices para construir uma alternativa (como a relicitação) sem implicar em <i>haircut</i> para o financiador. ▪ A transferência de controle requer a anuência do financiador. Caso não haja essa anuência, o vencimento antecipado da dívida pode inviabilizar a renegociação do contrato. Por outro lado, criar mecanismos no PCS para facilitar a anuência de transferência de controle pode restringir a competição do próprio PCS.
<p>O caráter excepcionalíssimo da renegociação também mítica o risco moral e sistêmico, pois seria aplicado a poucos casos (casos específicos)</p>	<p>Em que pese ter havido uma janela temporal restrita para a adesão à readaptação e otimização do contrato, houve a solicitação por um número elevado de concessionárias, o que talvez não torne a questão tão excepcional assim. Ademais, nada impede que uma iniciativa similar venha a ser adotada no futuro, inclusive se houver a frustração desse processo implicando em caducidades automáticas ao final do período de transição. Ressalta-se que instrumentos como a otimização dos contratos ou até mesmo a relicitação deveria ser usada somente para os contratos estressados que foram licitados entre os anos de 2011 e 2014. Deixar essas alternativas abertas para qualquer futuro caso de má</p>

	performance contratual poderá gerar os problemas comuns de <i>moral hazard</i> e seleção adversa. Entende-se que instrumentos regulatórios de incentivos tradicionais são eficazes para mitigar descumprimentos contratuais.
O ambiente consensual mitiga os riscos pois cria interação mais fluída, célere e num ambiente de confiança, possibilitando o compartilhamento instantâneo de análises e dados, entre todos os atores e governança decisória, minimizando a assimetria de informações	Diante do contexto de uma renegociação desse porte é questionável se o comportamento do atual incumbente será tão transparente, ainda que seja efetivamente colaborativo.

A avaliação da vantajosidade da proposta de solução consensual da ECO101 no Acórdão nº 1.996/2024 – TCU – Plenário foi realizada apenas de forma qualitativa, apresentando os riscos, os mitigadores destes riscos e as vantagens, concluindo de forma qualitativa de que a proposta era vantajosa. Porém, como visto acima, essa conclusão é questionável. Dessa maneira, seria altamente desejável que houvesse uma metodologia para a quantificação dessa vantajosidade⁷⁵.

⁷⁵ Na apresentação do relatório da Comissão de Solução Consensual do Acórdão nº 1996/2024 – TCU, existe uma seção de “Opções e Soluções Exploradas que indica que foram avaliadas as seguintes opções: i) a relicitação; ii) a renovação antecipada; iii) uma revisão contratual nos moldes de revisão quinquenal e iv) a modernização do contrato por meio de aditivo contratual. Não existem muitos detalhes sobre a avaliação de cada uma das alternativas para justificar que o melhor caminho foi o da solução aprovada pelo TCU.

6.2.6 Avaliação das balizas em relação ao caso da ECO101⁷⁶

Os contratos do PROCROFE, o arcabouço regulatório do setor e os normativos legais não definem limites para a realização de renegociações. No subcapítulo 6.1, foram apresentados referências e limites para a realização de renegociações de contratos de concessão que estão elencadas a seguir.

- Preservação do equilíbrio econômico-financeiro, ou de forma mais ampla o *Value for Money* do contrato original;
- Respeito ao contrato original, que significa a manutenção do cerne do contrato, a sua natureza e a sua matriz de risco; e
- Decorrente de eventos que não vislumbrados quando da elaboração do contrato e que suas consequências também não recebem tratamento contratual.
- Não deve ser utilizada para corrigir as consequências de propostas agressivas, de forma que o investidor deve ser responsabilizado pela sua oferta e riscos assumidos.

A avaliação da aderência às balizas se iniciou no começo do subcapítulo 6.2 abordando aspectos que se aplicariam a qualquer caso no âmbito da readaptação e otimização de contratos. Naquela oportunidade destacou-se que a avaliação das demais balizas dependeria de uma análise específica de cada caso. A realização de um estudo de caso ultrapassa os objetivos deste trabalho pelos motivos já apresentados. No entanto, explorar as informações disponíveis nos Acórdãos de aprovação do TCU dos três primeiros casos de readaptação e otimização dos contratos (ECO101, Autopista Fluminense e MSVia) podem sugerir evidências de que as balizas específicas também foram ultrapassadas.

O Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário de 02/08/2023 trouxe diretrizes a serem seguidas nos processos de readaptação e otimização dos contratos perfeitamente alinhadas às balizas apresentadas. O caso da ECO101 é o primeiro contrato a enfrentar as diretrizes definidas pelo Tribunal e se refere a um contrato que estava no processo de relicitação, em função da sua inviabilidade financeira, como foi constatado na avaliação do caso pelo TCU.

⁷⁶ Apesar deste tópico se concentrar no caso da ECO101, os outros dois casos são similares. Eventuais aspectos abordados nos demais casos que contribuem para a avaliação foram incorporados para complementar a avaliação.

38. As controvérsias do contrato se relacionam à necessidade de realização imediata de investimentos no trecho concedido diante do cenário de solicitação de relicitação e da inviabilidade financeira do contrato nos moldes atuais.

39. É fato notório as dificuldades que estão sendo enfrentadas pelas concessões rodoviárias federais, com diversos e recorrentes descumprimentos contratuais (Relatório do Grupo Técnico, peça 3, p. 2). As dificuldades enfrentadas que resultaram na baixa execução contratual, fazendo com que chegasse no estágio atual de relicitação. Os principais motivos elencados pelas concessionárias, foram dificuldades e atrasos na obtenção de licenciamentos ambientais, inclusive com bloqueios de segmentos, exigência de investimentos elevados nos primeiros anos da concessão, crise econômica que gerou queda de demanda, aumento de valor de insumos e dificuldades com financiamento. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 19)

A Comissão de Solução Consensual destacou o que a ECO101 apresentou como justificativas para a sua inviabilidade financeira, conforme apresentado a seguir:

118. Neste ambiente macroeconômico, a Eco101 relata fatores que impactaram na viabilidade financeira da concessão.

119. Dentre os fatores macroeconômicos, destacou-se um otimismo excessivo em relação ao crescimento da demanda, que não se concretizou. O volume de tráfego considerado pela Eco em sua proposta no leilão era de 560.135.000 de eixos equivalentes até o 10º ano. Na realidade, o tráfego realizado foi de 433.843.000 eixos, ou seja, um valor 22,5 % menor que o previsto.

120. Além disso, identificou-se um aumento significativo dos insumos à base de petróleo, especialmente o asfalto, bem acima dos índices de correção contratuais (IPCA e IGP-DI). O aumento no preço dos materiais betuminosos, acumulado, de 2014 a 2021, foi de 354% em relação à proposta original, o que foi agravado pela pandemia do COVID-19.

121. Também houve frustração em relação às taxas de financiamento esperadas. O Governo Federal à época tinha se comprometido a disponibilizar financiamento a taxas e condições compatíveis com o retorno do projeto (com carta de intenção nesse sentido assinada pelos representantes dos bancos públicos federais), o que não se confirmou.

122. No caso da Eco, foram relatadas grandes dificuldades, algumas ainda não superadas, com processos de licenciamento ambiental. Destaca-se que a BR 101 atravessa uma área demarcada como Reserva Biológica de Sooretama, o que encontra diversos óbices para a duplicação integral prevista para o trecho. Ademais, os entes públicos ambientais (IBAMA e ICMBIO) levaram mais tempo do que o previsto para análise dos processos de licenciamento ambiental, impactando decisivamente o cronograma das obras para os Trechos Norte e Sul.

123. Sobre as desapropriações, a emissão das declarações de utilidade pública necessárias para as desapropriações sofreu inúmeros atrasos e verificou-se dificuldade para desocupação das faixas de domínio de determinados subtrechos, também comprometendo o cronograma das obras;

(...)

125. Como resultado tanto do otimismo macroeconômico quanto do desenho de incentivos, o deságio oferecido nesses leilões foi elevado. A concessionária Eco101, por exemplo, ofereceu um deságio de 42% em relação à tarifa referência. O processo contou com 8 competidoras e um processo judicial com a 2ª colocada atrasou o início do contrato em aproximadamente 1 ano. Essa mesma ordem de grandeza de desconto foi observada em outros leilões da mesma época.

(...)

126. Outra causa dos problemas desses contratos foi o desenho hoje considerado inadequado da divisão de riscos e incentivos contratuais. Na época, esses mecanismos eram considerados o estado da arte pela agência reguladora, mas atualmente evoluíram bastante, com surgimento de bandas de compartilhamento de risco nos contratos mais modernos. Neste sentido, o modelo de concessão da 3ª etapa do Procrofe previa a necessidade de duplicação nos primeiros cinco anos da concessão, sem que esta fosse correlacionada com às necessidades de tráfego.

127. Por fim, a Eco101 afirma que teve impactos com a não conclusão das obras do Contorno do Mestre Álvaro pelo DNIT, com a chamada lei dos caminhoneiros, Lei 13.103/2015 aumentou o limite do peso bruto por eixo, sem que tivesse havido reequilíbrio econômico-financeiro. O cenário foi também agravado pelo não pedagiamento da BR-116, reduzindo a demanda projetada.

128. Assim, os descumprimentos contratuais e o fato de empresas como a Eco101 não terem realizado os investimentos previstos expõem que os problemas foram causados por um conjunto de fatores: não apenas o deságio, mas também o desenho do contrato de parceria em si, a situação macroeconômica vivenciada mesmo antes da pandemia, os desafios de licenciamento ambiental, dentre outros. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 30)

Em uma avaliação preliminar seria possível relacionar que estes eventos, em sua grande maioria, referem-se riscos alocados contratualmente à concessionária⁷⁷ como pode ser observados conhecendo-se a matriz de risco do contrato da ECO101:

19 Alocação de Riscos

19.1 Com exceção das hipóteses da subcláusula 19.2, a Concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

19.1.1 volume de tráfego em desacordo com as projeções da Concessionária ou do Poder Concedente, com exceção do disposto na subcláusula 20.8⁷⁸;

(...)

19.1.3 obtenção de licenças, permissões e autorizações relativas à Concessão, com exceção do disposto nas subcláusulas 5.2⁷⁹ e 7.3⁸⁰;

19.1.4 valor dos investimentos, pagamentos, custos e despesas decorrentes das desapropriações, instituição de servidões administrativas, imposição de limitações administrativas ou ocupação provisória de bens imóveis;

19.1.5 custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da Concessão, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.2 abaixo;

⁷⁷ Não foi objetivo deste trabalho realizar um estudo do caso da ECO101, que permitiria aprofundar a avaliação sobre quem deve arcar com as consequências da materialização dos riscos apontados. A apresentação do caso da ECO101, com base no seu Acórdão sobre a readaptação e otimização, tem o objetivo de ilustrar os conceitos apresentados.

⁷⁸ A cláusula 20.8 estabelece regras para a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro por meio do Fluxo de Caixa Marginal, que estabelece que estes fluxos considerarão o tráfego real, constituindo portanto uma exceção ao risco de tráfego.

⁷⁹ A cláusula 5.2 estabelece que a demora na obtenção de licenças ambientais não acarretará responsabilização da Concessionária, desde que, comprovadamente, o fato não lhe possa ser imputado.

⁸⁰ A cláusula 7.3 estabelece que a demora na obtenção da declaração de utilidade pública não acarretará responsabilização da Concessionária, desde que, comprovadamente, o fato não lhe possa ser imputado.

(...)

19.1.10 aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros;

(...)

19.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

19.2.6 implantação de novas rotas ou caminhos alternativos livres de pagamento de Tarifa de Pedágio, que não existissem e que não estivessem previstos, na data de assinatura do Contrato, nos instrumentos públicos de planejamento governamental ou em outras fontes oficiais públicas;

(...)

19.3 A Concessionária declara:

(i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato; e

(ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.

19.4 A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar. (Contrato de Concessão EDITAL DE CONCESSÃO Nº 001/2011 Parte VII Rodovia Federal: BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ), p.29)

Não é objeto deste trabalho realizar uma profunda avaliação das responsabilidades dos eventos que a ECO101 alegou para o descumprimento das suas obrigações. No entanto, a ANTT, em 2020 reconheceu que o não cumprimento do contrato nos decorrem de exclusiva responsabilidade da ECO 101 e por isso decidiu por arquivar o processo administrativo para dar prosseguimento a uma eventual caducidade.

76. Ainda em relação às possíveis ações do poder público em casos de descumprimento contratual, cabe trazer à tona a questão da caducidade. Em relação ao processo de pré-caducidade, ressalta-se que, em cumprimento aos dispositivos contratuais e aos regulamentos e legislação vigente, a antiga Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária – SUINF instaurou processo administrativo com o objetivo de avaliar o cumprimento das obrigações contratuais. Assim, foram avaliadas as obrigações contratuais da Concessionária, elaborados Pareceres conclusivos, apresentando eventuais não conformidades detectadas, e

por fim, o processo foi arquivado. Destaca-se que a antiga SUINF concluiu o seguinte em seu Relatório à Diretoria 68/2020 de 18/02/2020 (peça 54):

Após apreciação dos autos do processo, esta Superintendência conclui que os serviços, em parte, estão sendo prestados de forma inadequada, pois observa-se com atrasos de algumas obras e baixos níveis de atendimento de parâmetros de alguns serviços de recuperação em alguns segmentos da rodovia, todavia, ficou evidenciado que a Eco101 está envidando esforços para retomar as obras de ampliação da capacidade e melhorias e recuperar o sistema rodoviário, em especial, o pavimento.

Ademais, mister ressaltar que a Concessionária foi convincente em suas justificativas, ficando caracterizado que muitas das falhas e transgressões contratuais detectadas não ocorreram por sua exclusiva responsabilidade, mas sim por conta das demoras dos processos de licenciamento ambiental, emissão de DUP e processos judiciais de remição da faixa de domínio, além de atrasos de obras do DNIT e divergência na contagem de tráfego de subtrecho homogêneo para fins de verificação do gatilho das obras condicionadas ao volume de tráfego.

Portanto, tendo em vista que a Eco101 demonstrou que está retomando os investimentos previstos no PER, e considerando os princípios que regem a Administração Pública, esculpido, em especial, no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999, sobretudo, da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, e aos critérios dos processos administrativos da boa-fé e da adequação entre meios e fins, preconizados no art. 2º, incisos IV e VI, da Lei nº 9.784/1999, e considerando a conveniência e oportunidade para o caso em tela, esta Superintendência decide pelo arquivamento do presente processo administrativo (procedimento preparatório de caducidade), nos termos do art. 19, inciso I, do Regulamento Anexo à Resolução ANTT nº 5.083/2016. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 23)

A Comissão de Solução Consensual reconheceu, assim, que o objetivo do trabalho era devolver a capacidade financeira da concessionária, a partir de um diagnóstico de que a situação de inviabilidade é completamente exógena, como se parte disso não estivesse de fato alocado contratualmente à concessionária, e adicionalmente argumenta que é do interesse público a alteração da matriz de risco.

41. Ante o exposto, os trabalhos desta comissão de solução consensual buscaram desenvolver solução com vista à retomada da capacidade econômico-financeira da concessão e à realização dos investimentos necessários no trecho concedido por meio da otimização deste contrato de concessão, à luz da política pública definida pelo Ministério dos Transportes. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 19)

(...)

32. Como construção do entendimento de mutabilidade contratual e de que é necessário que os contratos tenham elementos que permitam sua adaptação, as concessões recentes e modernas, tanto no Brasil quanto as internacionais, têm compartilhado cada vez mais os principais riscos.

33. Assim, riscos que eram inteiramente alocados à concessionária (como variações na demanda, valor de insumos e custos de desapropriações) hoje são compartilhados de forma customizada. No caso da Eco 101 e das concessões das 2ª/3ª etapas de concessões está consolidado o entendimento de que o racional da matriz de riscos adotada prejudica o ativo e a população.

34. Assim, o mercado tem feito grandes elogios à nova alocação de riscos proposta pela ANTT para os contratos de 5ª etapa. Desta forma, diferente do que a unidade especializada afirma (peça 93, §11-13) é justamente uma visão mais moderna e realista da alocação de riscos que justifica o reequilíbrio do contrato.

35. Nesta perspectiva, a dicotomia de soluções endógenas e soluções exógenas mostra que no caso concreto, o melhor interesse público será alcançado pela modificação da matriz risco original resultante do processo de licitação porque ela foi pensada por uma outra realidade socioeconômica. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 05)

A unidade especializada do TCU expressou preocupação com a amplitude das alterações do contrato e a alteração do equilíbrio econômico-financeiro, que foi, inclusive uma das balizas postas pelo Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário.

25. A respeito do entendimento da auditoria especializada de que as alterações pretendidas se encontram muito além dos limites de mutabilidade dos contratos de concessão (peça 92, § 31), cabe trazer algumas das riquíssimas exposições que aconteceram no recente Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública¹. Como trazido pelo Ministro Antonio Anastasia, pela Prof. Juliana Palma e pelo Procurador Flávio Amaral numa discussão sobre o limite da mutabilidade dos contratos, não há na legislação administrativa uma única resposta certa a ser dada pelo administrador público e não há “bala de prata” para resolver o tipo de problema aqui tratado.

26. Segundo os ilustres palestrantes, os assuntos e dinâmicas dever ser absolutamente customizados. Exatamente com esse propósito, a comissão teve como premissa que “a solução se dá em caráter excepcional e se restringe ao caso concreto, marcado por suas circunstâncias particulares, não sendo replicável para outros casos de outras concessões rodoviárias” (Termo de Autocomposição, item 2.1, peça 73, e Relatório, peça 74 §105repetido no §94, peça 92).

27. A comissão customizou a solução e balizou o limite da mutabilidade pelas peculiaridades do caso concreto, pelas necessidades dos usuários e da população, sempre visando o interesse público (item 4.1 do Relatório discute as causas da controvérsia e item 6.3 que discute a vantajosidade, peça 74).

28. A unidade de auditoria especializada entende ainda que houve desconstituição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, vez que não foi mantido o deságio de tarifa em relação à tarifa base do processo licitatório original (peça 92, §19, 20a, 45) e que a “empresa foi inteiramente isentada das consequências negativas do lance otimista apresentado no certame” (peça 92, §93 e §20d). Tais entendimentos não encontram concordância dos outros membros da comissão.

29. Nos procedimentos ordinários de ajustes contratuais, é natural e previsto pela em regulamentação que com a inclusão, a exclusão de investimentos e outras alterações a tarifa seja recalculada de forma justamente a manter o equilíbrio econômico do contrato. Considerar as mudanças de conjuntura de áleas extraordinárias não é desconstituir o equilíbrio do contrato e desvinculá-lo do procedimento licitatório. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 04)

(...)

59. Mais controversa, porém, é a questão levantada pela AudRodoviaAviação quanto ao terceiro elemento do contrato (a sua cláusula econômica), de que a tarifa a ser praticada, associada à dilação do prazo contratual, no caso de adoção da solução consensual proposta, seria divorciada da equação econômico-financeira inerente à proposta da licitante vencedora. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 85)

Como demonstrado, a Comissão de Solução Consensual, defende que era necessário devolver a viabilidade econômico-financeira e adequar o contrato, alterando a matriz de risco. Porém, como foi possível ultrapassar as diretrizes do Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário?

Foi dada uma interpretação bastante elástica daquelas diretrizes pela Comissão de Solução Consensual.

410. Assim, a diretriz de modicidade tarifária incutida na solução guarda consonância com a leitura do Acórdão, ocorre que, diferentemente do explicitado na decisão, há a formação de um novo equilíbrio econômico-financeiro para o projeto, quando da atualização dos investimentos obrigatórios, a utilização de percentual de crescimento de tráfego atualizado e da nova matriz de riscos. Na visão trazida e aquiescida do Ministério e da ANTT, uma leitura excessivamente restritiva da exigência de manutenção, em relação ao contrato em vigor, do

equilíbrio econômico-financeiro inviabilizaria as repactuações e iria de encontro às premissas traçadas pelo próprio TCU.

411. Perante a aceitabilidade da ANTT em dar início ao processo de relicitação, houve reconhecimento que a configuração original de alguns contratos se tornou inviável e admite a repactuação como alternativa para a continuidade da concessão. Durante os trabalhos da comissão, foram realizadas diversas tentativas de modelagem partindo do equilíbrio econômico-financeiro original, que geraram VPLs negativos. De modo que no estágio deficitário em que se encontrava a concessão, ao manter o equilíbrio original, não foi possível garantir a viabilidade econômica do ativo.

412. Assim, no caso em tela, a continuidade da prestação do serviço e a garantia de viabilidade financeira passa pela celebração de um ajuste pautado em um novo equilíbrio, aparentemente indo em direção contrária ao disciplinado pelo Acórdão. Acontece que o Ministério e a ANTT defendem que não faria sentido ler a exigência de preservação do equilíbrio econômico-financeiro como um dever de repetição daquilo que constava do contrato original.

413. Até porque, tratando-se de uma concessão em processo de relicitação, a certeza que se tem é que o contrato original fracassou e perdeu a capacidade de realizar os objetivos públicos. Por isso, na visão do poder concedente, seu objeto deve ser preservado, mas suas condições precisam ser repactuadas.

(...)

415. Outra limitação à alteração do contrato de concessão pelo novo termo aditivo diz respeito à necessidade de manutenção dos "princípios norteadores que fundamentaram a matriz de risco". Destaca-se, de logo, que o entendimento do TCU não é pela manutenção da atual matriz de risco, mas, sim, de seus princípios norteadores, o que infere – logicamente – a possibilidade de atualização da matriz de risco.

416. O princípio basilar que norteia a definição a respeito da responsabilidade pelos riscos contratuais é atribuí-la ao parceiro que tem melhores condições de gerenciar e contingenciar estes riscos, de modo a minorar, para ambas as partes, as consequências indesejáveis de eventos futuros e incertos.

417. Neste ponto, destaca-se que a regulação da ANTT, ao longo das etapas que compõem o programa de concessões, tem evoluído para incluir em seus contratos cláusulas que definam, de forma mais precisa, a matriz de risco contratual. A definição precisa dos eventos e da atribuição de responsabilidade, decerto, é medida regulatória que atende ao interesse público, já que minoraria eventual desgaste ao longo da execução contratual que possa ensejar litígios administrativos, judiciais e/ou arbitrais.

418. Assim, entende-se pela possibilidade de a proposta de solução em formação trazer uma nova matriz de riscos, desde que venha detalhar a matriz de risco original, inclusive no que respeita à atribuição de responsabilidade na hipótese de eventos imprevisíveis extraordinários, e, excepcionalmente, adaptá-la ao princípio basilar acima indicado. (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 66)

O Ministro Relator se manifestou sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a alteração da matriz de risco e a preocupação com o atendimento dos requisitos do nº 1593/2023 – TCU – Plenário, mas, no mesmo sentido que a Comissão de Solução Consensual, defendeu que é necessário dar uma interpretação menos restritiva ao que foi estabelecido naquele Acórdão.

Foi, de fato, estabelecido novo **equilíbrio contratual** a ser firmado, com relevantes alterações na taxa interna de retorno, nas estimativas de demanda, redução significativa de investimentos acompanhada de elevação dos custos acima dos índices de preços, dilação de prazo e aumento da tarifa de pedágio, o que, na visão da AudRodoviaAviação é contrário à jurisprudência desta Casa, principalmente ao item 9.2.4.4. do Acórdão 1.593/2023-Plenário.

Ocorre que **não há viabilidade na manutenção do contrato com as condições originais**, o que está evidenciado nas plúrimas sanções aplicadas à concessionária, nas discussões administrativas e judiciais sobre o equilíbrio contratual, no arquivamento do processo de caducidade e, finalmente, na aceitação do pedido de relicitação.

Os maiores prejudicados pelas discussões que se arrastam há anos são os usuários da rodovia, pois permanecem pagando tarifas caras, sem os serviços e as melhorias alardeados e pactuados à época da concessão em contrapartida, sendo que a tarifa levou em conta esses serviços.

Há, nos autos, evidências de que a Comissão formulou alternativas mais conservadoras, com a manutenção das variáveis caracterizadoras do equilíbrio original, mas resultaram em projetos inviáveis de serem executados (parágrafos 137 a 148 e anexo D do Relatório da CSC).

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.

(...)

Entendo que não há nos autos efetiva demonstração de que o acordo é mais vantajoso do que a relicitação em relação às tarifas, tanto pelo estágio embrionário dos estudos da segunda, quanto pelas dúvidas acerca da validade das simulações realizadas pela Comissão.

Todavia, como a Portaria 848/2023 possibilita que a tarifa seja menor que a média dos estudos em andamento já levados à audiência pública, este requisito restou atendido a partir da comparação paramétrica realizada pela Infra/SA (peça 70).

Além disso, considero que a solução proposta é mais vantajosa em relação ao prazo de disponibilização de investimentos e encerramento de discussões administrativas e judiciais. Daí a incerteza, quanto à relação tarifa acordo/tarifa relicitação, não obsta a conclusão sobre a vantagem do consenso.

Ainda assim, reconheço que ainda podem restar dúvidas de meus pares e da sociedade em geral sobre o pleno atendimento do Acórdão 1.593/2023-TCU-Plenário, em razão do descolamento das condições a serem pactuadas em relação às fixadas na proposta que embasou o contrato original, em especial no que se refere ao aumento da TIR.

Entendo, contudo, que o processo competitivo, para transferência do controle acionário da SPE, proposto pela Comissão, se bem conduzido, surge como instrumento inovador que tem a possibilidade de equacionar importantes dúvidas quanto ao atendimento do princípio da isonomia, pois oferecerá ao mercado a possibilidade de aquisição da SPE, com as mesmas condições negociadas com a Eco101. (grifo no original) (Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 142)

Como resultado, o que se está promovendo é um dos principais aspectos que deveriam ser evitados em um processo de renegociação, como destacado por GUASCH, BENITEZ, PORTABALES e FLOR (2017), que seria isentar de responsabilidade o investidor pela sua oferta e pelos riscos que aceitos e corrigindo uma proposta excessivamente agressiva. Esta, aliás, é a percepção do mercado. Com a publicação do Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário sobre a aprovação da repactuação da ECO101, *Equity Researchs*⁸¹ apresentaram avaliações positivas para o resultado da EcoRodovias, que é uma empresa listada em bolsa, com a perspectiva do seu aumento de valor de mercado devido a percepção de que uma de suas concessões, a ECO101, passou de uma avaliação de valor presente líquido negativo para um valor positivo, melhorando o resultado da companhia.

Nos processos subsequentes da Autopista Fluminense e da MSVia, a Unidade Técnica do TCU (AudRodoviaAviação) propôs uma solução alternativa partindo do contrato de concessão enfrentando

⁸¹ Equity Reserach é uma área de instituições financeiras que estudam empresas listadas em bolsa de valores com o objetivo de subsidiar as decisões de investimentos de seus clientes.

os problemas apresentados pelas partes e promovendo alterações contratuais para remediar tais pontos. A premissa por trás da proposta é que o contrato era originalmente viável de forma que se os impactos alegados fossem anulados ou mitigados o contrato retomaria a condição de viabilidade. Por outro lado, se a anulação ou mitigação desses impactos não fosse suficiente para a obtenção de um contrato viável, significaria que o contrato já era inviável desde o início. A AudRodoviaAviação reconhece, ainda assim, que 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. Em ambos os casos a proposta foi recusada pelas partes e a discussão ocorreu predominantemente na proposta da ANTT e do MT.

Mais grave, a AudRodoviaAviação registrou que algumas premissas da proposta final foi superior à própria proposta da Concessionária, no caso da Autopista Fluminense ou mais benéficas do que o que vem sendo utilizado no modelo da 5ª Etapa do PROCROFE, como se extrai dos trechos a seguir:

196. No EVTEA produzido pela Infra S.A., para a futura licitação do trecho hoje concessionado à Autopista Fluminense, foi projetado o crescimento médio de tráfego anual (CAGR – Compound Annual Growth Rate) de 1,96%:

(...)

198. Registra-se que o valor acordado pela Comissão para o CAGR, 1,1%, foi até mesmo inferior ao trazido pela concessionária em sua primeira modelagem para a repactuação, apresentada ao Ministério dos Transportes anteriormente à instauração da CSC. Assim, caso, hipoteticamente, o Poder Público tivesse imediatamente aceitado a proposta original da concessionária, o resultado seria uma modelagem econômico-financeira com uma projeção de crescimento maior que aquela pactuada ao final dos trabalhos da comissão, contribuindo para uma tarifa de pedágio mais baixa.

(...)

201. Portanto, entende-se inadequada a decisão da CSC de arbitrar para a modelagem econômico-financeira da repactuação a taxa média de crescimento anual de tráfego de 1,1%, significativamente inferior àquela obtidas por meio dos estudos produzidos pelo Poder Público, de 1,96%. De fato, observa-se que o alegado objetivo da repactuação – obter uma nova configuração contratual mais vantajosa para os usuários e para a Administração quando comparado à realização de uma nova licitação – não é atingido quanto a esse aspecto. . (Acórdão nº 2318/2024 – TCU – Plenário, p. 112)

(...)

204. No caso da repactuação pretendida, a proposta da CSC [para o mecanismo de mitigação do risco de demanda] traz uma banda de 2%, na qual o risco é integral da concessionária, e uma divisão de risco de 80% para o Poder Concedente e 20% para a Concessionária, no que ultrapassar esse percentual de 2%. Assim, por exemplo, se a projeção para o ano 1 for 100 milhões de veículos equivalentes e for efetivamente medido 78 milhões no período (22% menor), caberá o reequilíbrio no montante de 16 milhões a favor da concessionária. Isso porque, a frustração de até 2% (2 milhões) deve ser integralmente absorvida pela concessionária. Para os demais 20% (20 milhões), cabe que o Poder Concedente absorva 80% (16 milhões) e a Concessionária 20% (4 milhões), restando 16 milhões de veículos equivalentes para serem reequilibrados.

205. A mitigação de um risco, no caso o associado à demanda, tem por efeito tornar mais atrativo eventual licitação para uma concessão, tendendo a aumentar o número de eventuais interessados, bem como tornar os lances mais ousados.

206. Assim, na situação em exame, a repactuação proposta da CSC traz condições ainda mais favoráveis do que as que usualmente presentes nos contratos da 5ª Etapa, uma vez que o Poder Concedente absorve uma parcela ainda maior do risco da demanda, diminuindo o grau de imprevisibilidade do contrato.

207. Foi alegado, no curso dos trabalhos da comissão, que a configuração do mecanismo de mitigação do risco da demanda proposta pela CSC seria a mais adequada para o caso concreto, em especial considerando que havia sido decidido, pela comissão, adotar uma taxa de crescimento de tráfego inferior àquela advinda dos estudos do Poder Público. O racional seria no sentido de que, caso fosse confirmada a previsão de variação do tráfego projetada pelo estudo oficial, acima do percentual adotado pela proposta da CSC, boa parte do que ultrapassasse o previsto pela concessionária seria reequilibrado em favor do Poder Concedente. (Acórdão nº 2318/2024 – TCU – Plenário, p. 113)

(...)

219. Ademais, a TIR de 10,42% a.a., proposta pela CSC, é até mesmo superior ao percentual trazido pela concessionária em sua primeira modelagem para a repactuação, apresentada ao Ministério dos Transportes anteriormente à instauração da CSC, que tinha o valor de 9,45% (peça 6, p. 6). Assim, caso, hipoteticamente, o Poder Público tivesse imediatamente aceitado a proposta original da concessionária, o resultado seria uma modelagem econômico-financeira com uma TIR inferior àquela pactuada ao final dos trabalhos da comissão, contribuindo para uma tarifa de pedágio mais baixa.

220. Do exposto, entende-se que a adoção da TIR de 10,42% contraria o alegado objetivo de majorar a vantajosidade para os usuários e para o Poder Público, uma vez que a utilização de critérios objetivos e técnicos normatizados pela ANTT – em linha com o EVTEA elaborado

para a nova licitação do trecho – resultaria em um valor inferior da taxa, com impacto de minorar a tarifa de pedágio. (Acórdão nº 2318/2024 – TCU – Plenário, p. 115)

Este comportamento sugere o reforço de que a solução aprovada está na trilha de isentar de responsabilidade o investidor pela sua oferta e pelos riscos que aceitos e corrigindo uma proposta excessivamente agressiva.

Assim, complementando a avaliação da aderência iniciada no começo do subcapítulo 6.2, abordando aspectos que se aplicariam a qualquer caso no âmbito da readaptação e otimização de contratos, com a exploração as informações disponíveis nos Acórdãos de aprovação do TCU dos três primeiros casos de readaptação e otimização dos contratos, de fato, parecem existir sinais de que nos casos concretos as balizas elencadas no subcapítulo 6.1 podem ter sido ultrapassadas, como apresentado na Tabela 11.

Tabela 11 - Síntese da avaliação das balizas para uma renegociação

Balizas	Evidências
Preservação do equilíbrio econômico-financeiro, ou de forma mais ampla o <i>Value for Money</i> do contrato original	A CSC adotou como premissa devolver a capacidade financeira da concessionária, a partir de um diagnóstico de que a situação de inviabilidade é completamente exógena
Respeito ao contrato original, que significa a manutenção do cerne do contrato, a sua natureza e a sua matriz de risco	As alterações propostas na readaptação e otimização dos contratos não estavam previstas no contrato original. Aliás, este foi um dos argumentos em favor da proposta pois permitiria uma atualização dos contratos para o modelo da 5ª Etapa, o que implicava, dentre outras coisas uma revisão completa da matriz de riscos.
Decorrente de eventos que não vislumbrados quando da elaboração do contrato e que suas consequências também não recebem tratamento contratual	Segundo o que a análise dos documentos dos três casos de readaptação e otimização dos contratos sugere, os eventos elencados pelas concessionárias para justificar a renegociação já estavam previstos na matriz de risco original e

	portanto não se referem a eventos não vislumbrados.
Não deve ser utilizada para corrigir as consequências de propostas agressivas, de forma que o investidor deve ser responsabilizado pela sua oferta e riscos assumidos	A CSC não reconheceu qualquer comportamento oportunista e a situação de inviabilidade seria completamente exógena. No entanto, a combinação de ofertas agressivas, com deságios que variaram entre 41% a 53% em relação à tarifa-teto, e a não aceitação das propostas alternativas elaboradas pela AudRodoviaAviação parecem indicar que os argumentos para a inviabilidade transcendem os apresentados o que poderia caracterizar uma situação de inviabilidade de executar o contrato mesmo sem a ocorrência das causas alegadas.

6.2.7 Governança

Como visto até aqui, quando uma concessão está prestando um serviço deficiente, descumprindo as cláusulas contratuais ou perdeu as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido o caminho era a decretação de caducidade, que consiste numa forma de extinção antecipada do contrato.

Em virtude da dificuldade de trilhar este caminho da caducidade e a existência de um conjunto de concessões em estágio de pré-caducidade, criou-se o instituto da relicitação, que consiste numa devolução amigável e consensual, onde o atual incumbente continua com uma prestação de serviço mínima até o governo elaborar um novo projeto para a realização de uma nova licitação, que o atual incumbente não poderá participar. Em última análise, é feita uma extinção antecipada do contrato atual, mas de forma consensual, associado a um novo projeto que será iniciado dali em diante, e que proverá os recursos (pelo menos parte dele) para indenizar o operador do contrato original.

Um novo diagnóstico do governo avaliou que a relicitação também não surtiu os efeitos esperados, em função da dificuldade de conclusão dos processos e desenvolveu-se uma nova alternativa, que consiste em, como na relicitação, criar um novo contrato, porém agora negociado com o atual operador, com uma possibilidade de transferência de controle da concessionária através de um processo competitivo.

A caducidade é uma das formas de extinção antecipada prevista na Lei nº 8.987/1995 e deve ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, no caso das rodovias federais, no âmbito da ANTT. Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, ao final do processo, a Diretoria Colegiada da ANTT propõe à União a decretação de caducidade. Por fim, um decreto da Presidência da República declara a caducidade da concessão.

A Lei nº 13.448/2017, que estabelece as diretrizes para a relicitação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário exige que o projeto seja qualificado prévia e especificamente no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) para a sua relicitação. Portanto, segue um rito similar a um novo processo de concessão, que também deve ser qualificado no PPI, que assumiu as atribuições do Conselho Nacional de Desestatização.

O PPI foi criado pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, com o objetivo de ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura, incluídos os projetos de concessão. Os projetos qualificados no PPI serão tratados como empreendimentos de interesse estratégico e terão prioridade nacional perante todos os agentes públicos nas esferas administrativa e controladora da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dentre as diversas responsabilidades do PPP pode-se destacar:

- coordenar, monitorar, avaliar e supervisionar as ações do PPI;
- fomentar a integração das ações de planejamento dos órgãos setoriais de infraestrutura;
- apoiar, perante as instituições financeiras federais, as ações de estruturação de projetos que possam ser qualificados no PPI;
- avaliar a consistência das propostas a serem submetidas para qualificação no PPI;
- acompanhar os empreendimentos qualificados no PPI, para garantir a previsibilidade dos cronogramas divulgados; e

- promover e ampliar o diálogo com agentes de mercado e da sociedade civil organizada, para divulgação de oportunidades de investimentos e aprimoramento regulatório.

A governança máxima do PPI cabe ao Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, que é composto atualmente⁸² pelos seguintes membros com direito a voto:

- Ministro de Estado da Casa Civil da Presidência da República; que o presidirá.
- Ministro de Estado da Integração e do Desenvolvimento Regional;
- Ministro de Estado da Fazenda;
- Ministro de Estado dos Transportes;
- Ministro de Estado de Minas e Energia;
- Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento;
- Ministro de Estado do Meio Ambiente e Mudança do Clima;
- Ministro de Estado das Cidades; e
- Ministro de Estado de Portos e Aeroportos.

As reuniões do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos são dirigidas pelo Presidente da República e, em suas ausências ou impedimentos, pelo Presidente do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos. As principais atribuições do PPI são:

- Opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, quanto às propostas dos Ministérios para a inclusão de empreendimentos no PPI e quanto às políticas federais de longo prazo para investimento por meio de parcerias;
- Coordenar, monitorar, avaliar e supervisionar as ações do PPI e apoiar as ações setoriais necessárias à sua execução.
- Exercer as funções atribuídas ao:
 - Órgão gestor de parcerias público-privadas federais (Lei nº 11.079/04).
 - Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Lei nº 10.233/01).
 - Conselho Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

⁸² Composição definida pelo Decreto nº 11.412, de fevereiro de 2023.

Para um projeto em baixa performance poder entrar na esteira da relicitação, deve passar por diversas instâncias, desde as áreas técnicas do Ministério e da Agência, até a avaliação e manifestação pela sua qualificação no PPI por sete Ministros de Estados até a deliberação do Presidente da República.

Concessões que estavam com processos de relicitação em andamento ou que em algum momento poderiam seguir esta esteira, em função da sua baixa performance, estiveram (ou estarão) sujeitas à governança do PPI.

Estas mesmas concessões também puderam ser admitidas no processo de readaptação e otimização dos contratos estabelecida pela Portaria nº 848/2023. Como apresentado no subcapítulo 5.1, a governança deste instituto envolve autoridades de menor nível hierárquico do governo, se comparada à relicitação.

A análise de admissibilidade do Ministério dos Transportes ocorre por meio de uma portaria ministerial, que é um ato do Ministro de Estado do Transportes. O processo circula pela Diretoria Colegiada da ANTT e pelo Plenário do TCU, como ocorre também nas relicitações. No entanto a participação do TCU é diferente. No processo de relicitação a avaliação é regida pela Instrução Normativa TCU nº 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização e, portanto, em tese, não se discute o mérito do projeto. Já no âmbito da solução consensual a atuação do TCU é regida pela Instrução Normativa nº 91/2022 e o Plenário do Tribunal se manifesta sobre a proposta de solução consensual elaborada pela Comissão de Solução Consensual, ou seja, se manifesta sobre o mérito de uma proposta da qual participou da elaboração.

A caducidade, que consiste “apenas” na extinção do contrato, depende de uma deliberação da Diretoria Colegiada da ANTT, no caso de um projeto de rodovia, que opina pela caducidade e culmina com a decretação pelo Presidente da República.

A relicitação e a readaptação dos contratos de projetos com baixa performance, que na essência significam, em diferentes medidas, “extinguir” o contrato anterior e realizar um novo projeto, possuem processos de governança bem distintos. A relicitação, que possui menos conflitos de interesses, incentivos indesejados e assimetria de informação, possui uma governança robusta, que,

para ser levada adiante depende a deliberação da ANTT, Ministério dos Transportes, do TCU, do PPI, envolvendo sete ministros de Estado, e, por fim, um decreto do Presidente da República. Por outro lado, a readaptação dos contratos, que também permite uma completa reconfiguração do projeto, alteração de matriz de risco, prazo da concessão, consistindo num novo projeto, porém em um processo de renegociação com o atual incumbente, em contratos em que se altera profundamente o reequilíbrio econômico-financeiro e carrega os diversos riscos e problemas apontados ao longo do capítulo 6 tem uma governança mais frágil, circunscrita aos próprios órgãos que negociaram os termos contratuais, envolvendo colegiados de menor nível hierárquico que um novo projeto demanda.

Este menor nível de governança representa uma fragilidade adicional para a readaptação e otimização de contratos que estão, ou poderiam estar, em processos de pré-caducidade, caducidade ou relicitação em função dos altos níveis de descumprimento contratual que não podem mais ser revertidos de outras maneiras.

6.2.8 A necessidade da reavaliação das alternativas à readaptação e otimização dos contratos

A Comissão de Solução Consensual ao desenvolver uma proposta de readaptação e otimização do contrato reconhece, no entanto, que se deve perseguir o aprimoramento da relicitação e que a proposta de solução consensual decorreu apenas em função de uma “janela de oportunidade” aberta com a Portaria nº 848/2023.

72. A Portaria MT 848/2023 estabelece um prazo restrito e específico para adesão ao processo de readaptação e otimização dos contratos. O art. 17 restringe o prazo de 1º de setembro de 2023 e tem validade até 31 de dezembro de 2023. Tendo em vista os riscos associados, o MT afirmou reiteradamente na comissão que tal prazo não será prorrogado ou estendido.

73. Desta forma, destaca-se que esta proposta de modernização contratual foi pensada e desenhada apenas de forma delimitada no espaço **temporal vivido**, diante de uma janela em que há um limbo na resolução dos gargalos da relicitação, a fim de cumprir os objetivos de retomada dos investimentos e continuidade da prestação de serviços públicos.

74. Assim, a proposta de política pública do Ministério dos Transportes, em acordo com a ANTT, pela opção de otimização contratual se dá em caráter excepcional, sob égide das portarias já citadas, considerando o estágio atual do grau de maturidade do instituto de

relicitação, em resposta a obstáculos que não foram imaginados na época da consecução da lei e da insustentabilidade financeira da concessão.

75. Por fim, é de **suma importância apontar que as unidades deste Tribunal de Contas acreditam que o caminho de se aprimorar e melhorar a relicitação trará segurança jurídica** e deve ser perseguido pelo poder concedente, demais instituições públicas envolvidas no processo de outorgas rodoviárias, e todo setor rodoviário, de modo a não abandonar prematuramente a aplicação desse instituto, mas sim procurar melhorá-lo e amadurecê-lo para que se alcance a celeridade necessária nas resoluções dos percalços advindos dos contratos de concessão. (destaques no original)(Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, p. 22)

É fato que a Portaria nº 848/2023 definiu as diretrizes de Política Pública para uma nova alternativa à relicitação para a solução dos contratos com baixa performance e, portanto, seria esperado que este caminho viesse a ser percorrido como solução dos problemas dos contratos “estressados”. Como emerge da avaliação do Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário, também havia uma enorme pressão de tempo para a construção da solução a esses contratos, o que serviu de justificativa para prescindir de diversas cautelas que amplificaram as consequências dos conflitos de interesse e assimetrias de informação que permeiam toda proposta elaborada.

A busca dessa alternativa consensual também está envolta na mudança do ambiente jurídico brasileiro que vem evoluindo para acomodar mecanismos negociais no âmbito dos contratos público, como apresentado no subcapítulo 6.2.1 o que pode servir de sustentação na direção da argumentação em favor da readaptação e otimização dos contratos. Na Teoria Econômica, existem iniciativas recentes no sentido de contratos colaborativos para o provimento de infraestrutura, como apresentado no subcapítulo 2.3, que também é baseado na colaboração entre o parceiro público e privado na gestão do contrato diante de projetos cada vez mais complexos. No entanto, trata-se de arcabouço aparentemente distinto do utilizado na renegociação em andamento nas concessões rodoviárias, pois naquele toda a construção do modelo de contratação é desenhada para esta forma de atuação. Os contratos de concessão de rodovias atuais, ainda que, cada vez mais, venham aperfeiçoando as iniciativas de solução de conflitos, são concebidos em conceito completamente diverso dos contratos colaborativos. A proposta de renegociação da readaptação e otimização dos contratos a princípio não se enquadra neste conceito.

Por outro lado, todos os desafios que um processo de relicitação tem que superar, foram também percorridos na solução da readaptação e otimização do contrato da ECO101 como o desenvolvimento do Estudos Técnicos que embasaram a proposta e o cálculo do valor a ser pago a atual incumbente, em caso de saída (a indenização). Ademais, as vantagens não são exclusivas à solução da renegociação e poderiam ser aplicadas, ainda que com alguns ajustes, a outras soluções, inclusive na própria relicitação.

Dessa maneira, o ambiente conciliatório criado no âmbito da SecexConsenso do TCU, poderia (deveria) ter sido utilizado para a realização de um diagnóstico mais profundo dos entraves da relicitação e buscando alternativas para ser o *locus* da viabilização de um caminho de resolução para os casos de contratos com baixa performance, que poderia resultar no aprimoramento do instituto da relicitação.

Com a adesão à Portaria nº 848/2023 de praticamente todos os concessionários com contratos com algum tempo de operação, ou seja, com tempo suficiente para surgir os problemas de inexecução, e a expectativa de que os novos contratos, especialmente os da 5ª Etapa do PROCROFE que promoveram uma evolução ainda maior na matriz de riscos, ampliando o compartilhamento de riscos, reduzirão os problemas de baixa performance, na prática poderá haver pouco ou nenhum novo caso para a implementação da evolução da relicitação apontada pela Comissão de Solução Consensual e estar-se-á promovendo exatamente aquilo que buscou-se incentivar: o abandono prematuro do instituto da relicitação.

7 CONCLUSÃO

O Programa de Concessão de Rodovias Federais (PROCROFE) foi responsável por melhorar a qualidade das rodovias federais brasileiras, diante de um Estado com limitações orçamentárias para realizar os investimentos necessários em infraestrutura e é considerado um dos setores em que a concessões encontram-se em maior nível de maturidade.

Todavia, o cumprimento das obrigações contratuais está abaixo do desejável em muitos projetos. O caminho para a extinção antecipada desses contratos lindpor meio da caducidade se mostrou muito difícil e lenta, com litígios levados ao Judiciário. Foi criada, em 2016, a alternativa da relicitação, que consiste em uma devolução coordenada e negociada da concessão combinada com um novo leilão, em que a atual incumbente está proibida de participar.

Novamente o governo diagnosticou que a relicitação era morosa e não estava sendo capaz de responder aos problemas de baixa performance das concessões rodoviárias. Assim, em 2023, anunciou a proposta de readaptação e otimização dos contratos de concessão, que consiste, na essência, em realizar uma ampla repactuação do contrato com o atual incumbente, alterando de forma significativa as obrigações do contrato, o modelo contratual e a matriz de riscos de concessões que se mostravam inviáveis economicamente e que por isso não performavam a contento. Esta alternativa foi criada primordialmente para resolver os problemas dos projetos em processo de caducidade ou relicitação, mas foi aberta a possibilidade para que todas as concessões que desejassem aderissem ao procedimento, desde que manifestasse o interesse até 31 de dezembro de 2023. Ao final, o contrato negociado com o atual incumbente será submetido a um Processo Competitivo Simplificado (PCS), que consiste num leilão para a transferência de controle da atual concessionária.

Como apresentado ao longo do capítulo 6, uma avaliação desta alternativa sugere que estejam sendo ultrapassadas todas as balizas que a teoria econômica recomenda para a realização de uma boa renegociação de contrato de concessão.

O governo federal reconhece os riscos da alternativa, com destaque para o *moral hazard*, o risco sistêmico, os riscos econômicos e financeiros a respeito da manutenção do equilíbrio do contrato e de transparência e publicidade de todo o processo, mas entende que a realização do PSC combinado

com o período de transição, onde o descumprimento do cronograma de obras resultará na instauração automática do processo de caducidade, a janela excepcional de adesão ao procedimento e o ambiente consensual de elaboração do projeto, que permite uma interação fluida entre o atual incumbente e o Poder Público num ambiente colaborativo são mitigadores dos riscos. Na verdade, o objetivo do PCS, segundo o governo, não é selecionar a melhor proposta e sim validar a proposta negociada com o atual incumbente, pois o real objetivo, o interesse público, é permanecer com o atual concessionário.

Como benefícios dessa alternativa frente a relicitação e caducidade, o governo aponta: (i) a velocidade de implementação, a possibilidade de início das obras de forma imediata, enquanto a caducidade (seguida de licitação) e a relicitação demandariam pelo menos 3 anos a partir do início do contrato; e (ii) a impossibilidade de o processo resultar num leilão vazio, dado que o atual incumbente poderá permanecer no contrato se o PCS não atrair nenhum outro competidor.

A vantajosidade fica em xeque quando se avalia cada uma delas. Como apresentado ao longo do capítulo 6, as vantagens não são decorrentes de alguma especificidade da proposta e poderiam ser aplicadas em outras alternativas, se de fato representasse uma vantagem. Algumas das alegadas vantagens representam, na verdade, fragilidades.

Tanto a relicitação quanto a readaptação e otimização de contratos devem enfrentar os mesmos desafios, com destaque para a realização dos estudos técnicos e o cálculo do “custo de saída” do atual incumbente. Ambas partem de uma base comum, que é a solução consensual, o que facilita, mas não garante, chegar a um acordo para a solução da baixa performance. A conceito de consenso ou processo colaborativo em geral pressupõem igualdade entre as partes, o que não acontece nos casos em tela dado que estamos falando de uma condição de *default* ou inadimplemento grave de uma das partes. Esta divergência em relação à caducidade, que é um processo litigioso por natureza, é a principal questão que pode permitir uma solução para a baixa performance em uma grande quantidade de contratos como no setor rodoviário. Por outro lado, as duas alternativas partem de princípios opostos para a reversão do quadro: na relicitação, com a saída do atual incumbente para a entrada de um novo operador sob um novo contrato; e na repactuação, na manutenção do atual incumbente com um contrato renegociado, admitindo a transferência do controle da concessionária a um novo acionista decorrente do PCS. Esta diferença principal, associadas as demais características observadas na

readaptação e otimização do contrato configuram-na como uma alternativa difícil de ser defendida à luz da Teoria Econômica.

A avaliação da vantajosidade desta alternativa está sendo feita apenas de forma qualitativa o que pode não estar evidenciando, inclusive para os tomadores de decisão, a verdadeira dimensão dos reais problemas envolvidos nesta renegociação dos contratos. É fundamental que sejam desenvolvidas metodologias para a quantificação da vantajosidade da proposta, para não incorrer no desenvolvimento de uma solução que comprometa o *Value for Money* concebido originalmente.

A Comissão de Solução Consensual do processo da ECO101, no entanto, reconhece que o instituto da relicitação não deve ser abandonado prematuramente. Ao contrário, deve ser aprimorado para que alcance a celeridade na solução dos problemas das concessões.

O falecido economista Roberto Campos deixou várias frases lembradas até hoje. Uma das mais conhecidas: “O Brasil não perde uma oportunidade de perder uma oportunidade”. Talvez estejamos diante de mais um desses momentos no universo das concessões brasileiras.

O Brasil está em uma fase positiva de consolidação do consensualismo no âmbito dos contratos públicos, com promulgação de leis que privilegiam as soluções consensuais na administração pública, com claros benefícios para a sociedade.

Assim, diante de um cenário em que é necessário buscar uma solução para as diversas concessões de infraestrutura em recorrentes descumprimentos das obrigações de investimentos, dever-se-ia aproveitar a oportunidade em que o Poder Público, o Tribunal de Contas e as concessionárias estão imersas na busca de uma solução consensual e aprimorar os instrumentos existentes com senso de urgência, mas sem açodamento, de forma a não incentivar comportamentos oportunistas.

Em uma visão de mais longo prazo, o Brasil poderia começar a avaliar iniciativas que vem sendo experimentadas na América do Norte, Austrália e alguns países europeus no desenvolvimento de contratos colaborativos (*Collaborative Contracting*) para o provimento de projetos de infraestrutura

cada vez mais complexos e verificar o que pode ser adaptado e incorporado à realidade jurídica e cultural brasileira no desenvolvimento de contratos de concessão de longo prazo.

REFERÊNCIAS

BELSITO, Bruno Gazzaneo. O Procedimento de Manifestação de Interesse/PMI na estruturação de contratos de concessão: Exame crítico e propostas de aperfeiçoamento do instrumento no Direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

BULLOCK, Jessie. Corruption and unsolicited proposals: Risks, accountability and best practices. Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer. 2019.

CAMACHO, Fernando.T., RODRIGUES, Bruno C.L. and VIEIRA, Helder M.M., Unsolicited Proposals in Infrastructure – Lessons from Brazil and Chile, Leitão, J., de Moraes Sarmiento, E. and Aleluia, J. (Ed.) The Emerald Handbook of Public–Private Partnerships in Developing and Emerging Economies, Emerald Publishing Limited, Leeds. 2017

CAMPOS, Nicolas, ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald D., GALETOVIC, Alexander. Renegotiations and corruption in infrastructure: The Odebrecht case. Marco Fanno Working Papers 0230, Dipartimento di Scienze Economiche "Marco Fanno". 2019.

CASTRO, Marcela. Negociação e Administração de Conflitos. FGV Educação Executiva

CRUZ, Carlos Oliveira, SARMENTO, Joaquim Miranda. The Renegotiations of Public Private Partnerships in Transportation – Theory and Practice. Springer Cham. 2021

DOMINGUES, Sergio, SARMENTO, Joaquim Miranda. Critical renegotiation triggers of European transport concessions. Transport Policy 48, 2016.

ENGEL, Eduardo, FISCHER, Ronald, GALETOVIC, Alexander. Renegotiations in public private partnerships: Theory and evidence. Public Private Partnerships for Transport Infrastructure: Renegotiation and Economic Outcomes, Chapter 2, ITF Roundtable Reports, OECD Publishing, Paris. 2017.

ERIKSSON, Per Erik, VOLKER, Leentje, KADEFORS, Anna, LINGEGÅRD, Sofia, LARSSON, Johan, ROSANDER, Lilly. Collaborative procurement strategies for infrastructure projects: a multiple-case study. Proceedings of the Institution of Civil Engineers – Management, Procurement and Law, 2019.

EY. Collaborative contracting in North American infrastructure. 2021

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 2019.

GOMES, Milton Carvalho. Processo competitivo e renegociação dos contratos de concessão de rodovias. Consultor Jurídico. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-15/processo-competitivo-e-renegociacao-dos-contratos-de-concessao-de-rodovias/>. Acesso em: 21 set. 2024

GUASCH, J. Luis. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions - Doing it Right. Washington: The World Bank, 2004.

GUASCH, J. Luis, BENITEZ, Daniel, PORTABALES, Irene, FLOR, Lincoln. The renegotiation of public private partnership contracts: An overview of the recent evolution in Latin America. Public Private Partnerships for Transport Infrastructure: Renegotiation and Economic Outcomes, Chapter 3, ITF Roundtable Reports, OECD Publishing, Paris. 2017.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil: Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Programa de Fomento à Participação Privada, uma iniciativa de IFC, BNDES e BID. 2015.

MARQUES JUNIOR, José Jair. Negociação aplicada aos contratos de concessão de infraestrutura. 2023. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

MOURÃO, Carolina M., MONTEIRO, Vera. CAPÍTULO 6 – Procedimento de Manifestação de Interesse como instrumento de fomento à inovação: o artigo 81 da lei no 14.133, de 2021. Compras públicas para inovação no Brasil: novas possibilidades legais. IPEA, Brasília, 2022.

NETO, Dimas de Castro e Silva, CRUZ, Carlos Oliveira, SARMENTO, Joaquim Miranda. Renegotiation of transport public private partnerships: Policy implications of the Brazilian experience in the Latin American context. Case Studies on Transport Policy 7. 2019.

OSEI-KYEI, Robert, CHAN, Albert P.C., DANSOH, Ayirebi, OFORI-KURAGU, Joseph K., OWUSU, Emmanuel K.. Motivations for adopting unsolicited proposals for public-private partnership project implementation: A survey of international experts. Journal of Financial Management of Property and Construction. 2018

Pesquisa CNT de rodovias 2022. – Brasília : CNT : SEST SENAT, 2022.

ROSILHO, André, BRAGA, André de Castro O. P., TRISTÃO, Conrado, BOGÉA, Daniel, UEHBE, Diogo, JORDÃO, Eduardo, DUQUE, Gabriela, GOMES, Gilberto Mendes Calasans, PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia, PALMA, Juliana Bonacorsi de, YOUSSEF, Laís Menegon, CARVALHO, Mariana, VILELLA, Mariana, LUSTOSA, Pedro A. Azevedo, KANAYAMA, Ricardo Alberto, KANAYAMA, Rodrigo Luís, DAMASCENO, Vitória, GABRIEL, Yasser. Desafios do TCU na chancela a soluções consensuais disruptivas - Novo papel expõe o tribunal a novos riscos. JOTA Info. 02 de maio de 2024. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/desafios-do-tcu-na-chancela-a-solucoes-consensuais-disruptivas>. Acesso em 07/09/2024.

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

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário. Sumário: auditoria operacional. Avaliar a performance das concessões no âmbito do programa de concessões rodoviárias

federais (PROCROFE) e o seu real custo para sociedade. Determinação. Recomendações. Ciência. Relator: Ministro Bruno Dantas. Data da Sessão: 11 de setembro de 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1593/2023 – TCU – Plenário. Sumário: consulta. Interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III e 15, inciso I, da lei 13.448/2017. Conhecimento. Arquivamento. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Data da Sessão: 02 de agosto de 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1996/2024 – TCU – Plenário. Sumário: proposta de solução consensual. Concessão rodoviária. Eco 101. Desistência de pedido de relicitação. Portaria MT 848/2023. Acórdão TCU 1.593/2023-Plenário. Estabelecimento de condicionantes para aprovação da solução consensual. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 25 de setembro de 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2318/2024 – TCU – Plenário. Sumário: proposta de solução consensual. Concessão rodoviária. BR 101/RJ. Desistência de pedido de relicitação. Portaria MT 848/2023. Aprovação da solução consensual com condicionantes. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão: 30 de outubro de 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2382/2024 – TCU – Plenário. Sumário: acompanhamento. Desestatização. Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCOFE). 5ª Etapa. BR 060/153/262/GO/MG. Rotas Sertaneja e Zebu. Verificador independente. Identificação de falhas metodológicas e inconsistências no cálculo do valor de indenização de bens reversíveis não amortizados e depreciados. Determinação. Ciência. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 06 de novembro de 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2434/2024 – TCU – Plenário. 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. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data da Sessão: 13 de novembro de 2024.

WORLD BANK. Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs: An Analysis of Global Trends and Lessons Learned. The World Bank Group, Washington, DC, 2014.

WORLD BANK. Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects. The World Bank Group, Washington, DC, 2017 (Last updated 2024).

ZAPATRINA, Iryna. Unsolicited Proposals for PPPs in Developing Economies. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* Vol. 14, No. 2. 2019.