



PRÊMIO
MINISTRO GUILHERME PALMEIRA

2023

1º LUGAR
TRIBUNAIS DE CONTAS

SOLUÇÕES CONSENSUAIS NAS
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO:
O ESTADO DA ARTE NO DIREITO
COMPARADO E UMA PROPOSTA DE
FRAMEWORK PARA VIABILIZAR
RENEGOCIAÇÕES NO SETOR DE
INFRAESTRUTURA

ANDRE LUIZ DE ALBUQUERQUE FARIAS
FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA
RAFAEL LAPA SANTOS BEZERRA



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ANDRE LUIZ DE ALBUQUERQUE FARIAS
FERNANDO VILLELA DE ANDRADE VIANNA
RAFAEL LAPA SANTOS BEZERRA

**SOLUÇÕES CONSENSUAIS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO: O
ESTADO DA ARTE NO DIREITO COMPARADO E UMA PROPOSTA DE
FRAMEWORK PARA VIABILIZAR RENEGOCIAÇÕES NO SETOR DE
INFRAESTRUTURA**

Monografia submetida ao Prêmio Guilherme
Palmeira.

RESUMO

O presente trabalho investiga a possibilidade de adoção de práticas internacionais sobre modificações de contratos de concessão no marco jurídico-regulatório vigente, baseando-se em normas experimentadas da União Europeia. Parte-se da hipótese de que a existência de uma miríade de soluções alternativas previstas em leis esparsas é colocada atualmente como solução para problemas contratuais graves que demandam alterações materiais significativas nos contratos de concessão, quando, na verdade, os instrumentos e institutos que deveriam ser complementares, tais como relicitação, termo de ajustamento de conduta, solução consensual via Tribunal de Contas da União, entre outros, acabam por se tornar a primeira escolha das partes contratantes por ausência de diretrizes claras na legislação de referência. Nesse sentido, a introdução de regras mais claras na legislação geral que trata o tema permitiria, a um só tempo, a redução de distorções no ambiente de negócios e a diminuição de ineficiências geradas pela ausência de maior detalhamento legal sobre modificações contratuais a nível federal. A comparação com as regras europeias e a análise de casos concretos no Brasil permitiram concluir que o legislador brasileiro deve considerar rever as normas gerais de concessões e Parceria(s) Público-Privada(s) provendo contornos mais refinados ao tema, e, em alguns casos, definir de forma mais objetiva os limites para a mutabilidade dos contratos, em especial para os casos em que não haja necessidade de um novo processo competitivo. Propõe-se, ao final, um *framework* para endereçar na legislação brasileira os principais aspectos sobre modificações contratuais, com fundamento nas oportunidades de melhoria identificadas.

Palavras-chave: contratos de concessão; modificações contratuais; infraestrutura; mutabilidade; consensualidade.

ABSTRACT

The present thesis investigates the possibility of adopting international practices on modifications of concession contracts established in the actual legal framework, based on the already long-adopted regulations of the European Union. It starts from the hypothesis that the existence of a myriad of alternative solutions provided for in sparse laws is currently placed as a solution to serious contractual problems that demand significant material amendments in the concession contracts, when, actually, the instruments that should be complementary, such as rebidding, term of conduct adjustment, consensual solution via TCU, among others, end up becoming the first choice of the contracting parties due to the absence of clear guidelines in the reference legislation. In this sense, the introduction of clearer rules in the general legislation that deals with the subject matter would allow the reduction of distortions in the business environment and the reduction of inefficiencies generated by the absence of greater legal detail on contractual modifications at the federal level. The comparison with European rules, and the analysis of specific cases in Brazil, allowed concluding that the Brazilian legislator could consider reviewing the general laws of concessions and PPPs, providing more refined contours to this theme, and, in some cases, define in a more objective way the limits for the mutability of contracts, especially for cases where there is no need for a new competitive process. Finally, a framework is proposed to address in the Brazilian legislation the main issues related to contractual modifications, based on the opportunities for improvement identified.

Keywords: concession contracts; contractual modifications; transport infrastructure; mutability; consensus.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
APM	<i>Automated People Mover</i>
ASGA	Aeroporto de São Gonçalo do Amarante
CAGR	<i>Compound Annual Growth Rate</i>
CAPEX	<i>Capital Expenditures</i>
CCO	Centro de Controle Operacional
CJEU	<i>Court of Justice of The European Union</i>
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRO	Concessionária Rota do Oeste
EBP	Empresa Brasileira de Projetos
EC	<i>European Commission</i>
EVTEA	Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental
FCA	Ferrovia Centro Atlântica
IPCA	Índice de Preços ao Consumidor
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MASCS	Métodos Adequados de Solução de Conflitos
PAN	Plano Aeroviário Nacional
PPP	Parceria Público-Privada
PPI	Programa de Parcerias de Investimento
SDR	<i>Special Drawing Rights</i>
SPE	Sociedade de Propósito Específico
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TFEU	<i>Treaty on the Functioning of the European Union</i>
UE	União Europeia
WACC	<i>Weighted Average Cost of Capital</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO	7
1.2 PROBLEMA DE PESQUISA	10
1.3 HIPÓTESE	10
1.4 OBJETIVOS	12
1.5 JUSTIFICATIVA	13
2 METODOLOGIA	15
3 REFERENCIAL TEÓRICO	16
3.1 A INAPLICABILIDADE DA SUPREMACIA DA ADMINISTRAÇÃO SOBRE O PRIVADO E DE SUA UNILATERALIDADE AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	16
3.2 CONSENSUALISMO E MUTABILIDADE COMO FILOSOFIAS CONTRATUAIS NECESSÁRIAS PARA A SOBREVIVÊNCIA DA PARCERIA	17
3.3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA E O RECONHECIMENTO PELO LEGISLADOR DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.	22
4 DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA	25
4.1 DINÂMICA DE PROVISÕES LEGAIS PARA RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO NO AMBIENTE EUROPEU	25
4.2 COMPARAÇÃO ENTRE AS DIRETRIZES PARA MODIFICAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO NOS AMBIENTES EUROPEU E BRASILEIRO	32
4.3 ABORDAGEM DA DIRETIVA 2014/23/EU APLICADA EM CASOS REAIS NO BRASIL	47
4.3.1 Setor Aeroportuário	48
4.3.2 Setor Rodoviário.....	50
4.3.3 Setor Ferroviário.....	52
4.4 PROPOSTA DE <i>FRAMEWORK</i> PARA O CASO BRASILEIRO	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	57
APÊNDICE A – ANTEPROJETO DE LEI	64
APÊNDICE B – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA 2014/23/EU ÀS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS NO BRASIL	72
APÊNDICE C – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA 2014/23/EU ÀS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL	74
APÊNDICE D – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA 2014/23/EU ÀS CONCESSÕES FERROVIÁRIAS NO BRASIL	76
APÊNDICE E – PROCESSOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU	77
APÊNDICE F – COMPARATIVO DE PRÓS E CONTRAS DAS VIAS CONSENSUAIS	78

APÊNDICE G – PROCESSOS ENVOLVENDO APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RELICITAÇÃO NO TCU	79
APÊNDICE H – VISÃO GERAL ESQUEMÁTICA DA TIPOLOGIA DAS MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS	80
APÊNDICE I – COMPARATIVO ENTRE DEMANDA ESTIMADA E DEMANDA EFETIVADA NO AEROPORTO DE CONFINS.....	81
APÊNDICE J – ESTIMATIVAS DE CRESCIMENTO DA MOVIMENTAÇÃO ANUAL DE AERONAVES NO AEROPORTO DE CONFINS	82

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização

Nos últimos dez anos, vivenciou-se no Brasil um considerável aumento do número de projetos de parceria do poder público com o setor privado para a exploração de serviços públicos mediante contratos de concessão, o que até levou o Governo Federal a criar o Programa de Parcerias de Investimento (PPI) em 2016 para ampliar e fortalecer a relação e, principalmente, o diálogo construtivo entre Estado e iniciativa privada nos mais variados setores da infraestrutura brasileira.

Atualmente, no entanto, vários dos projetos concebidos e aperfeiçoados nessa última década entraram em colapso, notadamente nos setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, a exemplo, neste último, dos Aeroportos de Viracopos/SP e do Galeão/RJ, que optaram inicialmente por aderir ao instituto da relicitação em razão da impossibilidade econômico-financeira de adimplir as obrigações originalmente pactuadas em seus respectivos contratos. Foi, também, o caso das rodovias concedidas, em 2014, BR-153 e BR-040, além da ferrovia Malha Oeste. E não foi por outro motivo que o marco legal da relicitação foi moldado¹ em torno desses três setores mais críticos.

Mas o fato é que esse problema não vem de hoje. A bem da verdade, a partir de meados da década de 1980, verificou-se uma tendência crescente na desestatização de alguns serviços públicos e na provisão da infraestrutura por meio de Parcerias Público-Privada(s) (PPP(s)) (Abdeldayem; Dulaimi, 2019, p. 62). Isso decorreu, entre outras razões, do reconhecimento da falência do Estado-Empreendedor, que centralizava os investimentos em serviços públicos, e da importância de se fortalecer o Estado-Regulador, o que permitia, assim, concentrar os escassos recursos financeiros naquelas áreas mais sensíveis para a sociedade, como

¹ O art. 1º da Lei nº 13.448/2017 é categórico em limitar o instituto aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário:

*Art. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos **setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário** da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.*

saúde, educação e segurança. Foi essa, até mesmo, a opção do constituinte originário brasileiro em 1988, que passou a estruturar o Estado brasileiro no sentido de reduzir seu papel na economia, tornando-o subsidiário, fortalecendo suas funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento (art. 174, Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB). Desde então, apesar do número expressivo de experiências exitosas, alguns desses projetos sofreram reveses e tiveram de ser encerrados antes do prazo inicialmente previsto.

Dados do Banco Mundial para países em desenvolvimento demonstram que 334 dos 4.874 (6,85%) projetos de infraestrutura na modalidade de parceria entre entes públicos e privados foram extintos prematuramente entre 1984 e 2010 (Zhang; Xiong, 2015). No caso de concessões rodoviárias, esse percentual ficou em 6,76% de um total de 695 empreendimentos financiados no período. Geograficamente, as parcerias na América Latina e Caribe fracassaram em 8,95% dos casos, ficando abaixo somente da África Subsaariana, com 9,35%.

Neto, Cruz, Rodrigues e Silva (2016) indicam como uma tendência para os estudos voltados para as PPPs a análise de questões relacionadas ao término e à renegociação dessas parcerias, sobretudo em função das dificuldades vivenciadas por governos e pelo setor privado na gestão desses projetos de alta complexidade.

Song, Jin, Zhao e Hu (2017) e Xiong e Zhang (2014) apontam que se encontram na literatura diversos casos de concessões encerradas prematuramente, em diferentes países, em decorrência de mecanismos de alocação de riscos deficientes ou mesmo fatores operacionais, situação que guarda certa semelhança com alguns casos presentes no cenário brasileiro, como se verá ao longo deste estudo.

No Brasil, a Constituição Federal confere substrato material para a discussão em torno da necessidade de estabelecimento de mecanismos para tornar a resolução de conflitos envolvendo a administração pública mais eficiente, como o próprio princípio da eficiência administrativa, insculpido no art. 37 da nossa Carta Magna, e também o princípio da segurança jurídica, impondo que se adotem mecanismos estabilizadores das relações jurídicas a fim de atrair investimentos, ainda mais quando se trata de contratos de longo prazo como os contratos das concessões.

Não foi por outro motivo que o festejado magistrado britânico Tom Bingham, *Lord Chief Justice of England and Wales*, em obra intitulada *The Rule of Law* – ao tratar da necessidade de a lei (aqui compreendida em sentido amplo) ser clara e

previsível bem como sua correlação com a decisão de empresas internacionais em investir em determinado país — foi muito feliz ao sustentar que

the third reason is rather less obvious, but extremely compelling. It is that the successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided (Bingham, 2011, p. 38).

Diante desse cenário, o legislador brasileiro tem buscado criar novos mecanismos jurídicos para assimilar conceitos voltados ao enfrentamento dos problemas advindos da necessidade de modificação, prorrogação, renegociação ou até extinção dos contratos de concessão, a exemplo da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), da Lei de Relicitação e Prorrogação Antecipada (Lei nº 13.448/2017), ou ainda da Lei das Agências (Lei nº 13.848/2019), com destaque nesta última para a figura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)².

O fato é que os últimos anos têm se mostrado especialmente desafiadores à Administração Pública e trazem para o centro do debate o enfrentamento dos problemas encontrados na execução dos contratos de concessão. Em um contexto no qual há muitos projetos no *pipeline* do Governo Federal³, é razoável inferir que grande parte deles virá a ser firmada, assim como outros contratos já existentes também deverão ser revistos, sendo certo que o Poder Público terá que se deparar, em muitos casos, com condições econômicas frágeis dos parceiros privados, além da escassez de recursos públicos subsidiados para financiá-los, acrescentando-se ainda a complexidade de cada setor com suas particularidades que demandam sofisticação para incrementar a atratividade dos projetos, como no caso das ferrovias brasileiras.

Nesse cenário, coloca-se em evidência a postura da Administração Pública diante das suas escolhas – manter uma atitude proativa e negocial com base no pragmatismo quando do surgimento de problemas contratuais graves ou refutar toda e qualquer tentativa de modificação contratual, devido à ausência de maior amparo

² Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

³ No setor de infraestrutura de transportes, há 100 projetos em andamento atualmente, nos seguintes segmentos: aeroportuário (27), ferroviário (8), hidrovias (1), portos e terminais portuários (34) e rodoviário (30).

normativo e insegurança jurídica. A crise econômica funciona, assim, como pano de fundo e fio condutor dessa análise, porque esta alerta para a urgência de mudanças.

Para tentar enfrentar essa realidade, uma das alternativas encontradas foi a edição da Lei nº 13.448/2017, que estabeleceu as diretrizes para a relicitação e a prorrogação de contratos de parceria, exigindo da Administração uma postura de consensualidade na adoção da medida e justificativas para a sua escolha.

A aplicação do instituto, no entanto, tem se mostrado complexa e morosa, dando indícios de que pode ser necessária uma mudança mais abrangente na legislação, oferecendo alternativas positivadas mais seguras e com maior grau de objetividade, quando possível, ao Poder Concedente, de modo a justificar as opções que vierem a ser adotadas.

Desse modo, entra em cena questionar o próprio arcabouço como um todo aplicável às modificações contratuais em se tratando de contratos de concessão, para que as decisões não fiquem sujeitas a precedentes frágeis e que não oferecem ao gestor público e ao parceiro privado regras claras de como proceder e os respectivos limites. Até porque, como se sabe, é justamente a ausência de regras claras que leva à paralisia decisória por parte dos gestores públicos, fenômeno denominado como “apagão das canetas”.

1.2 Problema de pesquisa

As disposições normativas vigentes atualmente no arcabouço jurídico brasileiro⁴ conferem balizas objetivas ao tratamento das modificações contratuais substanciais em contratos de concessão de serviços públicos, quando comparadas ao regramento legal utilizado nos países desenvolvidos⁵?

1.3 Hipótese

⁴ Para fins deste trabalho, o foco serão as normas-chave como basilares do tema discutido, a saber: (i) Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões); (ii) Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs); (iii) Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei nº 14.133/2021, que a sucedeu; (iv) Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação); (v) Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) – em especial a figura do TAC prevista no art. 32; (vi) Decreto-Lei nº 4.657/1942 – especificamente em relação ao compromisso previsto no art. 26; e (vii) Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de soluções consensuais via TCU.

⁵ A normas da UE serão consideradas como referência neste trabalho (Diretiva 2014/23/EU).

Parte-se da premissa de que os instrumentos legais, notadamente a Lei nº 8.987/1995, devem prever mais objetivamente situações em que as modificações contratuais possam ser realizadas sem a necessidade de um novo processo competitivo. Evita-se o “apagão das canetas”⁶ e se oferece maior segurança jurídica aos gestores das agências reguladoras – que, na modelagem atual, atuam também na condição de Poder Concedente. Abre-se o caminho para uma tentativa de renegociação do contrato preliminarmente a um pedido de relicitação ou outro tipo de solução consensual que envolva outros atores que não apenas as partes diretamente envolvidas no contrato de concessão (e.g. solução consensual via Tribunal de Contas da União – TCU⁷).

A relicitação nos moldes atuais se apresenta como uma alternativa viável, mas que necessita de aperfeiçoamentos para que se torne um instrumento mais eficiente de renegociação contratual, devendo ser considerada em paralelo com outras medidas, como a consensualidade com a participação do órgão de controle e a desrelicitação⁸, se for o caso.

Nesse íterim, adota-se a hipótese de que a adoção de práticas internacionais no Brasil em linha com a Diretiva 2014/23/EU implicariam redução de distorções no ambiente de negócios e diminuição de ineficiências geradas pela ausência de

⁶ Prática verificada nos últimos anos em que o servidor público tomador de decisões fica com medo de ser responsabilizado judicialmente ou administrativamente, pelos órgãos de controle, e com isso se esquia ou protela a decisão sobre determinada matéria a seu cargo. Mais do que uma indecisão, o apagão das canetas leva à não decisão, aprofundando-se as externalidades negativas já presentes com as dificuldades contratuais enfrentadas no âmbito do contrato de parceria. Sobre o tema, Santos (2022) assim expõe: “*Estamos a caminho da paralisia administrativa, o propalado “apagão das canetas”, pois decidir passou a ser atividade de alto risco. A adoção de graus mais severos de culpa para responsabilização dos agentes públicos é medida imperativa ao exercício ativo e independente de funções administrativas. Faltas leves são praticadas diuturnamente diante da falibilidade humana*”. Na mesma linha, Nohara, Motta e Praxedes (2019, p. 24) definem “*apagão das canetas*” como sendo o termo utilizado “*para designar a paralisação de decisões, por causa do temor da responsabilização, perante a Administração Pública “do medo”, pois, em determinados casos, tendo em vista decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle*”.

⁷ Tal possibilidade está prevista na Instrução Normativa TCU nº 91/2022, que trata de procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

⁸ O termo, criado pelos autores, caracteriza a hipótese de desistência consensual da relicitação por meio de um acordo entre o Poder Concedente e o parceiro privado, nos termos do Acórdão TCU-Plenário nº 1.593/2023 (Brasil, 2023b). Nos termos do item 9.2.2, do referido Acórdão, “*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*”. A eventual nulidade do procedimento de relicitação, também indicada pelo TCU no item 9.2.3, do mesmo Acórdão, não se enquadra no conceito de “desrelicitação” apresentado pelos autores, limitando-se apenas à hipótese de desistência do procedimento por decisão consensual.

detalhamento legal no que diz respeito a modificações contratuais substanciais, resultando em aumento do nível de segurança jurídica às partes interessadas e em regras claras a respeito do funcionamento dos contratos de concessão em nível federal.

Entende-se que essa hipótese formulada estaria suportada nos motivos que ensejaram a própria edição da mencionada diretiva, que concluiu no mesmo sentido ao analisar o ambiente europeu, dando origem àquela norma (UE, 2011), bem como nas recentes evidências que apontam melhoria sensível no número médio anual de concessões realizadas após a introdução da Diretiva 2014/23/EU (UE, 2023).

Ou seja, o Brasil poderia valer-se da curva de aprendizado de países de maturidade regulatória mais acentuada e elevada reputação técnica para adaptar a própria legislação, aproveitando-se de externalidades positivas dessas experiências e introduzindo no ambiente jurídico nacional as medidas que foram mais efetivas alhures?

1.4 Objetivos

O objetivo geral do trabalho é investigar a necessidade de atualização do sistema legal, com foco em possíveis alterações na Lei nº 8.987/1995, de modo a prover diretrizes consistentes para as modificações de contratos de concessão, buscando harmonizá-la com as leis esparsas que tangenciam o tema, como a Lei nº 13.448/2017, que trata da relicitação, entre outras, e propor um *framework* eficaz como mecanismo de resolução de conflitos nas concessões de infraestrutura.

Para tanto, este trabalho pretende inicialmente explorar alguns dos fundamentos teóricos que conferem base legal, econômica e técnica a modificações de contratos de concessão no Brasil.

Na sequência, analisar-se-á como outros países com maior maturidade regulatória, e um maior número de experiências pretéritas, lidam com a questão afeta à renegociação de contratos de concessão e aos limites em relação à mutabilidade desses contratos, examinando-se quais são as diretrizes gerais estabelecidas para renegociá-los, incluindo o caso de relicitação (*re-tendering*), fazendo-se um paralelo com os usos do caso no Brasil (Lei nº 13.448/2017).

Posteriormente, far-se-á um estudo comparativo entre as condicionantes voltadas à renegociação contratual no pensamento do legislador da UE, confrontando-

as com as previsões legais e jurisprudenciais encontradas no Brasil. Após isso, serão criticados os instrumentos legais e consensuais hoje aplicáveis para os casos de infraestrutura de transportes em nosso país – mormente em razão de sua insuficiência para a resolução de casos mais críticos e que demandariam uma flexibilidade negocial maior.

Em seguida, serão analisadas particularidades enfrentadas em casos reais de prorrogação antecipada, relicitação e possível desrelicitação nos diferentes setores de transportes brasileiros (rodovia, ferrovia e aeroportos) para avaliar se efetivamente alterações legais poderiam de fato impactar positivamente a renegociação dos contratos de concessão, tornando-os mais céleres e aumentando a segurança jurídica envolvida para as partes contratantes. A análise também demonstrará a complexidade que tem sido enfrentada em casos brasileiros, de modo a ventilar inovações legais atentas às particularidades da infraestrutura doméstica, revelando ser fundamental um “olhar para fora” com as devidas ponderações.

Por fim, serão propostas sugestões para desenvolver um *framework* para as renegociações de contratos de concessão no Brasil mais aderente à realidade nos países desenvolvidos e às práticas observadas nas experiências recentes (“marco regulatório das renegociações de contratos de infraestrutura”).

1.5 Justificativa

A relicitação foi concebida para ser um procedimento que viabilizasse destravar investimentos em contratos de infraestrutura rodoviária, aeroportuária e ferroviária já combalidos ou que dão indícios de inviabilidade, evitando assim a deterioração da qualidade dos serviços prestados no âmbito desses projetos, bem como a descontinuidade na prestação do serviço. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 13.448/2017, que tratou das questões atinentes às diretrizes gerais da relicitação em contratos de parceria, com as condições para sua realização.

Tem sido verificada relativa morosidade em casos concretos de concessões já existentes no tema, a exemplo do primeiro caso de relicitação que chegou efetivamente a ser relicitado – Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (Asga) –, que deve levar pelo menos cerca de 3 anos até a efetiva transição operacional do ativo para o novo operador, mostrando-se desejável oferecer uma visão sobre a razoabilidade desse prazo, em contrapartida ao prazo-paradigma da caducidade.

Destaque-se também que a operacionalização do procedimento de relicitação concorre com outras alternativas negociais, até mesmo durante o transcurso da relicitação propriamente dita, entre elas a possibilidade de um novo acordo de desfazimento da relicitação e mudança nas condições contratuais; neste último caso, com a participação do TCU como mediador na busca de uma solução consensual entre a agência reguladora e o concessionário para viabilizar o contrato de concessão.

Diante disso, cabe investigar os fundamentos teóricos que permearam a edição do normativo em questão em um contexto maior, e comparar esse procedimento previsto com os requisitos e práticas que vem sendo internacionalmente adotados como premissas no que se refere à renegociação de concessões, em especial na UE.

Também merece ser realizado um exercício comparativo da relicitação *versus* possibilidades negociais mais efetivas decorrentes de acordos, com ou sem mediação interposta, especialmente em relação a prazos estimados para solução das controvérsias, bem como a motivação necessária para que se inicie o processo, não permitindo que meras frustrações econômico-financeiras permitam devolver o ativo concedido e, por fim, os limites de mutabilidade que podem ser aceitos, a fim de não se desnaturar o contrato concedido.

Os aspectos acima descritos serão objeto prático de investigação em tópico destinado à análise de casos reais, no qual também serão analisadas algumas das escolhas feitas pela ANAC, pela ANTT e pelo Ministério da Infraestrutura⁹ no âmbito de relicitações, de forma a entender em que medida as opções feitas puderam servir para aumentar ou reduzir a eficiência da via renegocial e, conseqüentemente, os custos de transação envolvidos.

2 METODOLOGIA

A primeira etapa consiste em interpretar os regramentos contidos nas normas da UE relacionados a modificações contratuais no âmbito de contratos de concessão, utilizando como diretriz central a Diretiva 2014/23/UE¹⁰, que trata de adjudicação de contratos de concessão nos países signatários daquele tratado.

⁹ Atualmente o antigo Ministério da Infraestrutura foi desmembrado em dois: Ministério de Portos e Aeroportos e Ministério dos Transportes.

¹⁰ Algumas disposições da Diretiva 2014/24/EU, relativa a contratos públicos, são também bastante semelhantes em alguns casos, podendo ser aproveitada bibliografia específica sobre esse assunto.

Na segunda etapa, buscar-se-á avaliar as diferenças contidas na legislação específica sobre o tema no Brasil em face do regramento da UE por meio do levantamento normativo no âmbito europeu e da comparação com a atual estrutura das normas que regem o processo de alterações contratuais nos contratos de concessão de serviço público na área de infraestrutura de transportes, incluindo fundamentalmente (mas não se limitando a) o exame da Lei nº 8.987/1995 e da Lei nº 11.079/2004, principais regramentos gerais sobre o tema, mas sem deixar de tecer considerações em relação a regramentos especiais que possibilitem uma visão mais abrangente sobre a discussão¹¹, com base nas Leis nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), Lei nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação), Lei nº 13.848 (Lei das Agências Reguladoras), e Decreto-Lei nº 4.657 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em uma terceira etapa, procurar-se-á realizar um exercício exploratório prático, verificando-se a viabilidade e a eficácia de aplicação de algumas das diretrizes europeias relativas a modificações contratuais para casos selecionados de concessões de infraestrutura no Brasil, com o objetivo de concluir empiricamente se esse arranjo normativo poderia facilitar uma resolução consensual do problema dessas concessões sem que as concessionárias tivessem de optar por institutos complementares, ou seja, mantendo sua operação regular¹².

Posteriormente, com base nos resultados encontrados nas segunda e terceira etapas, será proposto um novo *framework* para endereçar na legislação pátria as questões atinentes a modificações contratuais, com fundamento nas oportunidades de melhoria identificadas, na forma de anteprojeto de lei (Apêndice A).

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 A inaplicabilidade da supremacia da Administração sobre o privado e de sua unilateralidade aos contratos de concessão

¹¹ Diferentemente de outros países, o Brasil não optou por codificar sua legislação relativa a contratos de concessões em uma base única, sendo necessário o exame de várias leis e normas esparsas.

¹² Na relicitação, por exemplo, caso utilizada como método de resolução do problema contratual, os investimentos, em regra, ficam suspensos, limitando-se ao mínimo necessário – basicamente, operação.

Segundo Oliveira (2018), não mais se admite que a Administração, em todo e qualquer caso, atue de forma a impor a posição de supremacia em relação ao particular. Assim, a atuação eficiente da Administração vai muito além da possibilidade de rever unilateralmente os seus contratos, aplicar sanções ao particular e rescindi-los quando não mais lhe aprovarem. Para a autora, necessita-se de um gestor da coisa pública que leve em consideração: os riscos, o impacto econômico e a incompletude e mutabilidade de muitas das suas relações.

Segundo a autora, em se tratando de contratos de concessão, a racionalidade econômica demanda que em sua execução seja natural o advento de circunstâncias que irão demandar a sua modificação e aponta como fator determinante para afastar a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado o fato de que esses ajustes são complexos e envolvem fluxo de despesas e receitas variáveis ao longo do tempo, e que os investimentos não correspondem imediatamente à remuneração. O concessionário faz aportes vultosos em um primeiro momento, projetando a amortização no decorrer da exploração de acordo com uma previsão de demanda, o que também impacta a forma como se deve interpretar o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Na visão de Valle (2017), com o aumento de complexidade do fenômeno contratual administrativo, a unilateralidade, antes fundamento de legitimação da relação contratual, passa a ser enquadrada como desvantagem jurídica, uma vez que fragiliza o acordo com o particular e o desestabiliza, e como desvantagem econômica, na medida em que onera os pactos administrativos com a alocação de riscos pela instabilidade política.

Garcia (2019) entende que a incompletude dos contratos de longa duração demandam maior flexibilidade e elasticidade, a fim de justificar estruturas que dotem as partes de maior adaptabilidade às circunstâncias, aos eventos ou às contingências que não foram previstas na regulação contratual *ex ante*.

Marques Neto (2015) anota que o contrato de concessão é um exemplo do paradigma multipolar do Direito Administrativo contemporâneo.

Voltando à visão de Garcia (2019), a multilateralidade se explica em razão dos múltiplos interesses em jogo. O projeto e o contrato de concessão pressupõem distintos interesses que devem se articular harmonicamente para que os objetivos sejam atingidos. A partir do contrato de concessão, formam-se distintos vínculos jurídicos entre pessoas jurídicas de direito público e privado, mas que espriam seus

efeitos para os integrantes das demais relações contratuais interdependentes e coligadas na complexa teia que sustenta holisticamente o projeto.

3.2 Consensualismo e mutabilidade como filosofias contratuais necessárias para a sobrevivência da parceria

Moreira Neto (2006) já apontava para uma tendência de adoção de formas consensuais, como forma de reduzir custos e aumentar a qualidade decisória, legitimando decisões tomadas. Nessa linha, Oliveira (2018) entende que, quando a Administração realiza parceria com o particular, por meio de concessão, para recuperação, melhoria, manutenção e expansão da malha rodoviária, realiza negócio jurídico bilateral e convencional para a exploração de uma utilidade pública.

Assim, o agir dos agentes diretamente envolvidos não se desenvolve com base na certeza da supremacia de uma das partes (o Estado), nem na verdade absoluta de um regime assimétrico. As soluções nesse campo dependem de modelos flexíveis que reconheçam a análise de resultados, ponderação entre custos e benefícios e consensualidade.

Nessa visão, o Poder Público passa a substituir mecanismos unilaterais por outros participativos, adequando-se a uma visão mais moderna do Direito Administrativo, em linha com a visão de Cassese (2017), que entende que o fortalecimento da negociação no ambiente da Administração Pública é feito por meio de mecanismos de consenso.

Nessa linha, para Valle (2017), os contratos multilaterais e relacionais possibilitam uma relação entre Poder Público contratante e contratado menos focada na colisão entre interesses públicos e privados e mais focado na visão de parceria.

A mutabilidade contratual é, portanto, assumida como uma característica intrínseca dos contratos de longo prazo, gênero em que se inserem os contratos de concessão. Se, por um lado, a alteração de condições contratuais significa, em tese, o afastamento da disciplina contida originalmente no instrumento convocatório, por outro lado, a exigência de absoluta fidelidade ao edital conduziria à total vedação de modificações contratuais, o que não é razoável diante da necessidade de se proteger, por exemplo, a atualidade do pacto e a continuidade do serviço, respeitados o interesse público e os ditames legais para todos os efeitos.

Todavia, o reconhecimento da mutabilidade não significa uma possibilidade infinita de mudanças nos contratos. Tampouco pode ser uma verdadeira *carte blanche* para alterações substanciais sem uma razão jurídica ou econômica que as fundamente. A análise perpassa necessariamente por uma ponderação entre princípios e diretrizes aplicáveis às concessões.

De um lado, colocam-se normas garantidoras da lisura do procedimento de escolha do agente privado que irá desempenhar o serviço público concedido e garantidoras também da execução contratual, a exemplo do princípio do dever de licitar; da isonomia; da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; da vinculação ao instrumento convocatório; da segurança jurídica e do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

De outro lado, apresentam-se princípios que orientam o aplicador do direito das concessões diante de casos de necessidade de flexibilização das regras contratuais, no curso da sua execução, em virtude da necessidade de adaptações a novas condições fáticas, em nome da continuidade do serviço público, da preservação da atualidade tecnológica dos contratos, da busca da eficiência, entre outros.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da segurança jurídica, que tem o fito de estabilizar as relações de direito no tempo, controlando expectativas e incertezas. De acordo com esse princípio, a alteração unilateral de regras previamente estabelecidas com caráter retroativo são, via de regra, rechaçadas, como forma de oferecer segurança aos interessados, diretos e indiretos, em uma relação de direito¹³.

Por outro lado, o próprio direito posto e a jurisprudência do STF reconhecem que mutabilidade e segurança jurídica caminham lado a lado quando o assunto se refere aos contratos de concessão, que são contratos de longo prazo, como se

¹³ O princípio da segurança jurídica fundamenta-se no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e é tutelado no âmbito do direito público pelas regras do devido processo administrativo (Lei nº 9.784/1999) e também pela própria Lei nº 8.987/1995. Vejamos: Constituição Federal/1988 Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada *** Lei nº 9.784/1999 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. *** Lei nº 8.987/1995 Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

observou no caso do julgamento da constitucionalidade do art. 27, da Lei nº 8.987/1995, no bojo da ADIN 2.946/DF (Brasil, 2022c).

No julgamento, discutiu-se a transferência do contrato de concessão ou do controle societário da empresa concessionária, tendo-se chegado ao entendimento de que isso configura mudança inevitável e compatível com a gestão e execução dos contratos de concessão, que possuem prazos mais alongados¹⁴.

Na visão de Moreira (2022) acerca da aplicação do princípio em questão no âmbito dos contratos de concessão de serviço público, desestatizar os serviços públicos brasileiros por meio de concessões reclamam legislação específica não só como baliza técnica, mas também como condição de referência institucional para lidar com as necessidades dos usuários e do mercado, que variam substancialmente.

Além disso, a concessão terá de conviver, ao longo do tempo, com agentes públicos e governos diversos, que a cada mandato poderão ter percepção diferente de como as atividades devem ser organizadas e realizadas, seja pela mudança da demanda ou por nova compreensão política do mesmo problema.

Toda essa discussão conduz à característica relevante dos contratos de concessão, o que se costuma denominar na doutrina como sua mutabilidade, que na visão de Justen Filho (2016) se relaciona à margem de indeterminação que é impossível de ser eliminada. Nenhum planejamento, por mais satisfatório e perfeito que seja, é apto a prever a solução para todos os problemas que se consomem no mundo real. Portanto, a disparidade entre as projeções teóricas anteriores e as ocorrências reais futuras não decorrem necessariamente de falhas de planejamento. Apesar de ser característica inafastável e desejável dos contratos de concessão, contudo, a doutrina é unânime em afirmar que existem limites a serem observados. Não possui o Poder Público competência legal e constitucional para promover indiscriminadamente toda e qualquer alteração nesses ajustes, sob a justificativa de perseguir o interesse público.

¹⁴ “5. Tendo em vista que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos, só é possível cogitar a estabilidade econômica e segurança jurídica das relações e situações a ela relacionadas a partir da mutabilidade contratual. Desse modo, considerando a dinâmica peculiar e complexa das concessões públicas, é natural – e até salutar – que o próprio regime jurídico das concessões contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual. As transferências da concessão e do controle societário da concessionária, previstas no dispositivo legal impugnado, são exemplos de institutos dessa natureza.”

O entendimento é acolhido até em precedentes do TCU, a exemplo do voto condutor do Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário:

uma das características mais marcantes dos contratos administrativos é a possibilidade de alteração do seu objeto ou as condições da sua execução, para realizar da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração. Todavia, essa mutabilidade não é absoluta. Não se pode desprezar o interesse público que motivou sua celebração, muito menos desvirtuá-lo, a ponto de nele já não se reconhecer o que fora originalmente licitado (Brasil, 2017).

Garcia (2019), ao tratar dos limites materiais para a mutabilidade dos contratos de concessão, destaca o princípio da intangibilidade do objeto para dizer que a preservação do núcleo essencial do objeto é um parâmetro que deve ser observado independentemente da natureza da mutação. Mesmo alterações consensuais e bilaterais não encontram respaldo no ordenamento jurídico para transfigurar o objeto do contrato de concessão.

Pinto (2017) apresenta ainda outro ponto a ser observado na análise de custo-benefício — a questão temporal. Deve-se estimar quanto tempo levará para a satisfação da necessidade pública considerando-se todas as alternativas, inclusive uma nova licitação, e quais os prejuízos de eventual atraso. Essa reflexão deve ser tomada com base nos princípios da eficiência e da economicidade e compor a robusta motivação necessária para justificar a alteração pretendida.

Há, dessa maneira, preocupação em evitar que a modificação sirva para frustrar a eficácia da licitação, de maneira que não se admita alteração contratual que permita a fruição de vantagem reprovável, que gere ou amplie os benefícios originalmente previstos do contratado sem a correspondente contrapartida para o interesse público.

Isso mostra que existem condicionantes que precisam ser ponderadas para que se decida se uma alteração de contrato pode, ou não, ser autorizada, e somente a análise do caso concreto determinará a utilidade e a necessidade da medida, impondo-se a apresentação de uma motivação mediante a qual se demonstre que prorrogar a avença, quando possível, é mais vantajoso do que realizar a licitação.

Certo deve estar, portanto, que sempre haverá um traço de unilateralidade na alteração de contratos de concessão. Tal unilateralidade decorre do fato de que somente à Administração cabe verificar ou determinar, no caso concreto, se a modificação cogitada atende, ou não, aos interesses públicos perseguidos no ajuste.

Ocorre que essa unilateralidade, insista-se, não pode ser exercida desacompanhada da obrigação de motivar, adequadamente, as razões (de interesse geral) ensejadoras da mudança.

A autora portuguesa Suzana Tavares Silva nos lembra que a motivação dos atos jurídicos se apresenta como etapa essencial na elaboração de atos de qualquer natureza, servindo a um duplo propósito: permitir **(i)** aos interessados e destinatários do ato conhecer a sua motivação; e **(ii)** ao Tribunal Judicial ou Administrativo competente exercer o controle do respectivo ato praticado (Silva, 2010). Trata-se, pois, de elemento ligado diretamente à própria legitimidade do ato administrativo. Na perspectiva segundo a qual as alterações de contrato de concessão fundadas na mutabilidade contratual devem ser devidamente motivadas, é de se ressaltar que o entendimento do TCU é de que as alterações contratuais devem estar embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, nos quais reste caracterizada a superveniência dos fatos motivadores das alterações em relação à época da licitação¹⁵.

Assim, na linha do que defendem Vita e Guimarães (2023), contratos de concessão de serviços públicos são essencialmente multilaterais, aglutinando diversos negócios jurídicos ao redor de uma operação econômica central e gerando efeitos para sujeitos de direito que não são partes no ajuste concessionário.

Tal fato reclama que as crises em contratos de concessão sejam tratadas a partir de uma perspectiva mais ampla, que considere seus efeitos não apenas perante a concessionária e o poder concedente, mas também em relação aos sócios e aos empregados da concessionária, aos sujeitos subcontratados, aos agentes financeiros responsáveis por conceder os empréstimos que alavancaram o projeto e, principalmente, aos usuários do serviço concedido. Ou seja, os efeitos são sempre sistêmicos.

3.3 A evolução legislativa brasileira e o reconhecimento pelo legislador da necessidade de adoção do consensualismo nos contratos de concessão

¹⁵ Acórdão nº 170/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Nos últimos dez anos, observa-se um amplo movimento legislativo no Brasil que culminou com a edição de diversos diplomas legais que reconheceram e fundamentaram o uso de instrumentos consensuais de resolução de conflitos no âmbito da administração pública.

Cumprir destacar, nessa evolução, por ordem histórica, o reconhecimento do uso da arbitragem, que é um instrumento de política pública apto a enfrentar a morosidade do Poder Judiciário na judicialização de problemas complexos, entre eles aqueles litígios decorrentes de contratos de concessão. É, assim, segundo Lemes (2007), um meio alternativo de composição de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, no qual as partes, por meio de um árbitro – ou Tribunal Arbitral – por elas escolhido, comprometem-se a cumprir fielmente a decisão arbitral, abstendo-se de submeter o assunto ao Poder Judiciário.

O instituto da arbitragem é hoje normatizado pela Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), que, com as alterações advindas da Lei nº 13.129/2015, passou a admitir expressamente o uso da via arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pela Administração Pública (Brasil, 2015).

Chama-se a atenção também para a reforma da LINDB, que passou a prever em seu art. 26, *caput*, a possibilidade de que a autoridade administrativa possa celebrar acordos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público¹⁶.

Logo em seguida, a Lei das Agências Reguladoras de 2019¹⁷ reconheceu a legalidade do uso dos TACs com pessoas físicas ou jurídicas no âmbito de suas competências regulatórias. Apesar de o reconhecimento por meio de lei ter se dado apenas em 2019, observa-se que as agências reguladoras já normatizavam o uso do instrumento¹⁸.

¹⁶ A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Entre os dispositivos incluídos no mencionado Decreto-Lei, pode-se citar o art. 26, que expressamente autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos ou compromissos, com o objetivo de pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas.

¹⁷ A Lei Federal nº 13.848/2019, que dispõe sobre o processo decisório nas agências reguladoras, prevê em seu art. 32, *caput* que, "para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória".

¹⁸ Vide Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, posteriormente revogada pela Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, no âmbito da ANAC; Resolução-ANTAQ 3529/2014, posteriormente

A Lei das Agências Reguladoras, todavia, perdeu a oportunidade de dar um passo além quanto à utilização do instrumento, limitando-se a reconhecer a sua legalidade, não abordando, entretanto, aspectos fundamentais já discutidos em julgados do TCU quanto à sua eficácia¹⁹.

Os TACs, desse modo, são instrumentos que podem ser firmados pela própria agência reguladora no exercício das competências previstas nas respectivas leis de criação, o que pode conferir celeridade de tramitação e proximidade e conhecimento do órgão regulador no setor regulado. Todavia, o risco de captura da agência somado às fragilidades da regulamentação do instrumento pode conferir pouca força cogente em induzir comportamentos por parte dos concessionários.

Em junho de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.448/2017, trazendo diretrizes gerais sobre a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal, referentes ao Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), este criado pela Lei nº 13.334/2016.

A Lei de Relicitação, em seu art. 4º, inciso III, definiu a relicitação como “procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”.

A relicitação, como instrumento consensual por natureza, exige que haja acordo entre as partes, idealizado para assegurar a continuidade da prestação dos serviços, uma vez que a pessoa jurídica de direito privado contratada não mais atende – ou demonstra incapacidade de atender – as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

A relicitação surge como uma forma de extinção amigável do contrato de parceria, evitando-se, assim, medidas mais traumáticas de encerramento prematuro do contrato de concessão. Durante as discussões em audiências públicas, foram levantadas como vantagens para o concessionário a suspensão de eventual caducidade e a possibilidade de recebimento da indenização pelo novo contratado, e

revogada pela Revogado pela Resolução nº 92/2022-ANTAQ, de 15 de dezembro de 2022; e Resolução nº 5.823, de 12 de Junho de 2018, no âmbito da ANTT.

¹⁹ O TC nº 019.494/2014-9 trata de representação contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) entre a ANTT e concessionária da ferrovia Transnordestina. Foram apontadas fragilidades dos regulamentos, que de acordo com o relator do Acórdão nº 2.533/2017-TCU-Plenário, contribuíram para o fracasso dos acordos como a falta de previsão das respectivas sanções em caso de descumprimento de seus termos.

não por precatório – no caso de indenização a ser arcada pelo parceiro público. Ao Poder Público concedente, justificam-se os benefícios da garantia da continuidade dos serviços, do impedimento de possível recuperação judicial do concessionário, além da possibilidade de se corrigirem equívocos nas licitações e condições contratuais assumidas. É de se reconhecer, também, em alguma forma, alguns equívocos pelas partes, a exemplo de modelagens contratuais com ineficiências (Poder Público) ou otimismo exagerados no momento do leilão, o que invariavelmente leva à incapacidade de retorno do investimento (concessionário).

Diversamente do regime até então em vigor, que se fundamentava na lógica descumprimento/sanção, com o advento desse novo marco legal passa-se a admitir que o inadimplemento contratual leve à resolução amigável. Tal previsão é de extrema relevância para assegurar ao gestor a segurança jurídica necessária para optar pela solução consensual. Isso porque, mesmo antes da lei, já era possível defender que as partes entabulassem uma solução amigável diante de um problema contratual.

Ressalte-se, até mesmo, que a nova postura a ser adotada no âmbito de contratos pela Administração Pública está em linha com a mudança de paradigma reconhecida pela sociedade brasileira, ratificada por recentes e importantes marcos normativos, como as modificações na LINDB promovidas pela Lei nº 13.655/2018 e o sistema de Justiça multiportas estabelecido pelo § 2º do art. 3º do Código de Processo Civil em 2015, além das Leis de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, modificada pela Lei nº 13.129/2015) e de Mediação e Autocomposição Administrativa (Lei nº 13.140/2015).

No ano de 2021, um novo passo fundamental foi dado para a consolidação do emprego dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCS) pela Administração Pública, com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) e a sua explicitação em capítulo específico sobre prevenção e resolução de controvérsias no âmbito das contratações públicas.

Há ainda de se mencionar outras iniciativas na Administração Pública, como a Instrução-Normativa TCU nº 91/2022, que trata de soluções consensuais no âmbito do TCU, órgão que criou uma Secretaria específica para mediar conflitos entre agentes públicos e privados (SecexConsenso); como também a proposta de criação

do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) da ANTT (essa ainda em fase de audiência pública)²⁰.

No caso da SecexConsenso, destaca-se o aspecto positivo de se poder realizar uma mediação com a participação do principal controlador da Administração Pública do país, economizando tempo em futuras análises a serem desenvolvidas em sede de controle *ex post* do conflito. Contudo, é de se reconhecer que a análise empreendida pelo TCU nesses casos trata de caso de controle *ex ante* (ou concomitante) e se consubstancia ainda de um mecanismo recente, sem experiências concretas e sem a conclusão de nenhum processo com trânsito em julgado²¹. Assim, é cedo para avaliar o impacto e a eficiência de suas decisões, apesar de se reconhecer a grande expectativa do setor de infraestrutura pela louvável iniciativa do TCU.

Uma síntese quanto aos prós e contras do uso de cada instrumento consensual acima mencionado é oferecida no Apêndice F.

4 DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

4.1 Dinâmica de provisões legais para renegociação de contratos de concessão no ambiente europeu

No âmbito dos países-membros da UE²², a Diretiva 2014/23/UE atua como diretriz geral no que se refere a regras relacionadas à adjudicação de contratos de concessão. Essa norma foi proposta após uma série de discussões no âmbito da Comissão Europeia²³ visando eliminar incertezas legais que poderiam resultar em ineficiências, particularmente em relação à limitação de participação em oportunidades comerciais oferecidas no âmbito dos contratos de concessão, mas, além disso, também trouxe embutida maior segurança jurídica aos concessionários e

²⁰ Audiência Pública nº 6/2023, com o objetivo de tornar público, colher sugestões e contribuições à proposta de regulamentação do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*), para ser aplicado aos contratos de concessão de rodovias e ferrovias celebrados entre a ANTT e seus entes regulados.

²¹ O mapeamento desses processos consta do Apêndice D de modo a sustentar essa afirmação.

²² Nos termos do Tratado da União Europeia, são países-membros da EU: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha e Suécia.

²³ (UE, 2011).

autoridades públicas, a exemplo do papel exercido pela Lei nº 8.987/1995 no contexto brasileiro, ainda que esta última se apresente como insuficiente em diversos aspectos.

Apesar de no direito europeu existir uma diferença técnica na aplicação de uma *regulation*²⁴ e uma *directive*, sendo apenas a primeira de caráter vinculativo (*binding legislative act*²⁵), todos os países-membros sujeitos a esta última devem adaptar suas legislações de modo a atender aos princípios nela contidos²⁶.

Relativamente às modificações²⁷ do contrato durante o seu curso, objetivo central do presente trabalho, são previstas algumas hipóteses justificadoras pelos europeus para alterações contratuais sem que haja a necessidade de um novo procedimento licitatório, as quais abordaremos nos parágrafos subsequentes.

1º caso – Existência prévia de cláusulas de revisão²⁸ explícitas²⁹

A primeira hipótese permite a realização de aditivos contratuais, independentemente do valor envolvido, sempre que as alterações sejam decorrentes de cláusulas preexistentes de revisão ou de opções³⁰ a serem exercidas por uma das partes, e desde que tais previsões constem de forma clara, precisa e inequívoca. Exige-se ainda que essas cláusulas possuam escopo e natureza, bem como expressem em quais condições podem ser utilizadas (UE, 2014).

Em qualquer caso, contudo, essas cláusulas que deram azo às modificações subsequentes não podem permitir alterações que desnaturem o contrato de concessão, ou seja, que lhe alterem a natureza global (UE, 2014).

Essa hipótese modificativa encontra-se parcialmente contemplada nos contratos de concessão no Brasil, por exemplo, nas cláusulas de reajuste tarifário, sendo estas até mesmo expressamente previstas no art. 18, VIII³¹, da Lei nº 8.987/1995. No entanto, no caso brasileiro essas mudanças no valor da tarifa

²⁴ Uma *regulation* versando sobre aquisições de bens e serviços não seria permitida pelo TFEU.

²⁵ Os tipos de legislação no âmbito da EU podem ser consultados em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_en. Acesso em: 20 jul. 2023.

²⁶ O mesmo ocorre em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que se refere à revisão e às adaptações necessárias às previsões contidas na Lei nº 8.987/1995 (art. 1º, parágrafo único).

²⁷ Artigo 43 da Diretiva 2014/23/EU.

²⁸ O termo também pode denotar o que se reconhece como reajuste, no caso brasileiro, que possui natureza ordinária, normalmente realizada em períodos anuais nos contratos de concessão.

²⁹ Artigo 43 (1) (a) da Diretiva 2014/23/EU.

³⁰ Uma opção representa um direito (mas não uma obrigação) de exercer determinada previsão contratual.

³¹ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: [...]

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

usualmente não se concretizam por meio de aditivos contratuais, mas, sim, por atos da agência reguladora que atua como Poder Concedente no âmbito do respectivo contrato.

Contudo, como não há uma vedação explícita, em termos legais, no caso brasileiro, às alterações contratuais que alterem a natureza da concessão ou do que isso significa exatamente na prática³², muito já se discutiu acerca da possibilidade de se valer das regras aplicáveis aos contratos regidos pelas normas gerais de contratos públicos³³. Mas, ainda assim, é necessário o estudo dos precedentes judiciais e, principalmente, administrativos, notadamente do TCU, para que sejam compreendidos os limites práticos das modificações contratuais e seu impacto sobre a natureza do contrato.

Em se tratando de alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços, por exemplo, a jurisprudência do TCU tem apontado os seguintes parâmetros norteadores a serem observados³⁴: (i) princípio da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade; (ii) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; (iii) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; (iv) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; (v) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; (vi) ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; (vii) demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra

³² Na proposta de anteprojeto de lei contida no Apêndice A, será feita proposta para inserir um conceito legal para balizar conceitualmente a alteração do objeto concedido.

³³ Nos termos do art. 124, da Lei nº 8.666/1993, aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

³⁴ Vide Acórdão nº 50/2019-Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer; Acórdão nº 1826/2016-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman.

ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse, até mesmo quanto à sua urgência e emergência.

Em relação à quantificação da substancialidade da modificação, há também balizas tanto para as alterações contratuais quantitativas, que modificam a dimensão do objeto, quanto as unilaterais qualitativas, que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estando ambas sujeitas aos limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, de acordo com os precedentes do TCU³⁵.

2º caso – Necessidade de obras e serviços adicionais³⁶

Uma segunda situação em que as modificações contratuais são aceitas diz respeito ao surgimento de situações em que se tornou necessário alterar o escopo da concessão para incluir obras e/ou serviços não previstos originalmente. Requer-se, nesse caso, que a troca da concessionária não possa ser feita por razões técnicas ou econômicas, ou ainda que, caso essa troca seja realizada, o resultado seria inconveniente ou implicaria duplicação de custos para a autoridade contratante.

Os europeus, no entanto, apontam que, tanto para a situação 1 quanto para a situação 2 ora abordadas, as modificações propostas não podem ser superiores a 50% ao valor da concessão original³⁷, exceto no caso em que essas concessões sejam executadas por empresas públicas³⁸. Diferentes modificações ao longo do tempo no contrato de concessão não poderiam ser somadas, no entanto, para fins de atingimento do citado percentual máximo, devendo cada modificação ser considerada individualmente.

Verifica-se aqui uma preocupação do legislador europeu em evitar o fracionamento indevido de novos investimentos no âmbito do contrato como meio de burlar esse limite percentual, podendo, no caso concreto, ser verificado se houve intenção deliberada nesse sentido pelas partes contratantes³⁹.

³⁵ Acórdão nº 1.826/2016-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman.

³⁶ Artigo 43 (1) (b) da Diretiva 2014/23/EU.

³⁷ O valor estimado da concessão para fins da diretiva europeia expressa esse valor como a soma do volume de negócios gerado ao longo da concessão, sem impostos sobre o valor agregado. No Brasil, essa estimativa equivaleria à somatória da receita bruta estimada. A abordagem utilizada nos contratos de concessão do setor aeroportuário utiliza como parâmetro valorativo a soma a valor presente das outorgas ao longo do período de concessão.

³⁸ Essa provisão não é aplicável a todas as atividades objeto de contratos de concessão por empresas públicas, sendo direcionada às atividades dos setores de infraestrutura que atuam nos mercados de portos, aeroportos, ferrovias, entre outros, discriminadas no Anexo II da Diretiva 2014/23/UE.

³⁹ Artigo 43 (b) “[...] Where several successive modifications are made, that limitation shall apply to the value of each modification. Such consecutive modifications shall not be aimed at circumventing this Directive” (UE, 2014).

Entendemos que o contexto de aplicação pensado para esse 2º caso pode ser imaginado, por exemplo, na situação em que o contrato é baseado em investimentos prescritivos⁴⁰ (e não em obrigações-fim), ou no caso em que a concessão seja regulada por taxa de retorno – tal como ocorre no setor de transmissão –, e exista a necessidade de obrigação prévia pelo Poder Concedente para o *capex* relevante⁴¹.

3º caso – Surgimento de circunstância nova e inesperada

Outra hipótese justificadora de modificação contratual diz respeito ao surgimento de circunstâncias que não poderiam ser diligentemente previstas quando da concepção do contrato, desde que essas modificações não alterem a essência da concessão (*overall nature*), e sejam limitadas a 50% do valor inicial da concessão.

A disposição normativa ora ressaltada diz respeito à aplicação da teoria da imprevisão em essência, que admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua preservação. No entendimento jurisprudencial no âmbito do TCU, a aplicação da teoria da imprevisão guarda conexão com a noção de equilíbrio econômico-financeiro, pois se revela instrumental para tutelar a comutatividade e equidade das relações contratuais públicas. A questão até mesmo passou a dispor de expressa solução normativa com o advento da Lei Federal nº 14.133/2021, que, no seu art. 131, parágrafo único, passou a prever que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação.

4º caso – Substituição da concessionária

Essa situação específica ocorre quando há uma troca de concessionário, como consequência de: (i) uma opção contratual expressa que permita essa troca; ou (ii) de sucessão (parcial ou total) da SPE; ou ainda (iii) no caso de evento em que a autoridade contratante, diretamente, ou por meio de empresa pública, venha a assumir obrigações da concessionária junto a subcontratados da concessionária.

A primeira hipótese aqui discutida se assemelha ao instituto da relicitação, onde há uma completa substituição do contrato original por um novo, decorrente de uma opção legal exercida pelo concessionário e materializada via aditivo contratual.

⁴⁰ Essa abordagem foi utilizada nas primeiras rodadas de concessões de aeroportos (Longo; Fonseca, 2022).

⁴¹ No setor aeroportuário, por exemplo, isso ocorre no Aeroporto de Schipol – Amsterdã, onde o retorno permitido é calculado sobre uma base regulatória de ativos (Holanda, 2017).

Já a segunda hipótese está tipicamente associada a processos de fusões e aquisições (M&A) e reestruturações societárias⁴² e requer que a mudança na composição societária da concessionária atenda aos critérios de seleção inicialmente estabelecidos e desde que não sejam simultaneamente endereçadas modificações substanciais no contrato de concessão.

A última hipótese trata de uma disposição que objetiva atender situações não usuais em que o escopo de um contrato de concessão possa estar sendo executado por uma subcontratada e, por algum motivo excepcional, tal como a existência de uma guerra e/ou a existência de sanções, como lembra Drago *et al.* (2023), o Poder Público necessite intervir como substituto do concessionário, por exemplo, em momento próximo ao término do contrato de concessão.

5º caso – Modificações não substanciais

Os contratos de concessão podem ainda ser modificados sem a necessidade de novo procedimento licitatório quando as alterações, independentemente do seu valor, não sejam consideradas substanciais⁴³.

Para que seja considerada substancial a mudança deve necessariamente atender a pelo menos uma dessas condições⁴⁴:

a) introduzir mudança que poderia ter ocasionado a admissão de novos licitantes ou gerado uma proposta diferente no procedimento competitivo, ou ainda ter atraído licitantes adicionais para a disputa;

b) mudar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária de uma forma não prevista originalmente no contrato;

c) estender consideravelmente o escopo da concessão⁴⁵; ou

d) troca da concessionária em condições não admitidas pelo 4º caso.

6º caso – Modificações imateriais

⁴² A exemplo do Grupo Light, atualmente em processo de recuperação judicial, em que se discutem trocas nos acionistas de referência e diversas alterações contratuais no sentido de resolver problemas crônicos da concessão associados a parâmetros regulatórios que não refletem a realidade operacional (Processo 0843430-58.2023.8.19.0001 na 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

⁴³ Artigo 43, (1) (e) da Diretiva 2014/23/EU.

⁴⁴ Além dessas condições, em regra, a Diretiva 2014/23/EU considera como substancial a troca do concessionário, requerendo, em regra, um novo procedimento competitivo cf. artigo 43 (4) (d).

⁴⁵ No caso brasileiro, tem se observado o contrário: uma diminuição do escopo da concessão, com a tentativa de retirada substancial de malhas concedidas, sejam elas rodoviárias ou ferroviárias.

O caso trata de uma regra objetiva e se mostra como uma exceção ao caso anteriormente mencionado, de forma que, caso os valores das modificações almejadas se situem em patamar inferior ao reputado como de interesse⁴⁶ para fins de concessão e também abaixo de 10% do valor inicial da concessão, permite-se que essas alterações ocorram sob circunstâncias que ordinariamente seriam vedadas por serem consideradas como de maior gravidade.

Nesse caso, presumem-se as alterações como inofensivas aos princípios norteadores da concessão. Ressalta-se que, apesar de certa liberdade concedida, continua sujeita à proibição de alteração da natureza global do contrato e os eventos modificativos devem ser considerados de forma conjunta para fins de cálculo do percentual.

Sintetizando-se todos esses casos, para facilitar a compreensão, apresenta-se, a seguir, o quadro-resumo.

Quadro 1 – Hipóteses de alteração contratual sem a necessidade de promover nova licitação

Hipótese	Requisitos	Pressupostos
Modificação contratualmente prevista (1º Caso)	As cláusulas revisionais devem constar dos documentos jurídicos iniciais de forma clara, precisa e inequívoca, bem como declarar o escopo e a natureza das possíveis modificações	1) Não pode alterar a natureza global da concessão; 2) Não há limitação de valor monetário ou de percentual
Serviços ou obras adicionais não incluídos originalmente na concessão (2º Caso)	Impossibilidade de troca da concessionária por razões econômicas ou técnicas, ou ainda se a troca causar inconveniente substancial ou duplicação de custos para o contratante	1) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão; 2) Se várias modificações forem realizadas com base nessa hipótese, a limitação deve ser aplicada a cada modificação individualmente, desde que não tenham por objetivo contornar as regras aplicáveis
Surgimento de circunstâncias novas e inesperadas (3º Caso)	Ocorrência de circunstância imprevista	1) Não pode alterar a natureza global da concessão; 2) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão 3) Exame prévio e diligente pelo Poder Concedente, em relação a essas circunstâncias

⁴⁶ A norma europeia vem utilizando como parâmetro para o estabelecimento desse valor o piso indicativo no Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Internacional do Comércio.

Substituição da concessionária (4º Caso)	1) Existência de cláusula que permita a troca da SPE; ou 2) sSucessão societária decorrente de reestruturação corporativa; ou 3) Assunção pelo Poder Público das obrigações da concessionária perante seus subcontratados	A sucessão parcial ou total do concessionário deve manter os critérios de seleção iniciais do contrato e não implicar outras modificações substanciais do contrato, nem tem por objetivo burlar a aplicação das regras aplicáveis à concessão
Modificação nãosubstancial (5º Caso)	Não tornar a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente	1) Aplica-se um limite de 50% do valor original da concessão; 2) Não há limitação de valor monetário ou de percentual
Modificação imaterial (6º Caso)	A modificação deve ser inferior ao valor mínimo de interesse para concessões ou abaixo de 10% do valor inicial da concessão	Não pode alterar a natureza global da concessão. Se várias modificações forem realizadas com base nessa hipótese, a limitação aplicar-se-á à somatória líquida acumulada das várias modificações

Fonte: elaborado pelos autores.

4.2 Comparação entre as diretrizes para modificação de contratos de concessão nos ambientes europeu e brasileiro

Inicialmente, identificou-se que a maneira como foi proposta a Diretiva 2014/23/UE é similar ao caso brasileiro no que se refere a tratar em normas diferentes o conjunto de regras aplicáveis para contratos oriundos das licitações comuns⁴⁷ das regras específicas que tratam de contratos de concessão.

Entretanto, vale notar que o legislador estrangeiro procurou estabelecer uma convergência na legislação que trata de contratos públicos, dado que as provisões no que diz respeito a modificações contratuais durante o seu curso são praticamente idênticas em ambas as diretivas que tratam desses assuntos⁴⁸.

Já no Brasil não se pode afirmar o mesmo, uma vez que o legislador optou por conferir tratamento legal estanque: de um lado, os contratos administrativos em geral (alcançados inicialmente pela Lei nº 8.666/1993 e mais recentemente pela Lei nº 14.133/2021); e de outro, os contratos de concessão (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 11.079/2004), denotando a ausência de uma codificação dos regramentos aplicáveis a contratos públicos. Isso trouxe uma paulatina consolidação da matéria afeta a contratos de concessão de serviço público em nível jurisprudencial, ao invés de

⁴⁷ O assunto é tratado na Diretiva 2014/24/EU.

⁴⁸ O conteúdo do art. 72 da Diretiva 2014/24/EU é praticamente igual ao texto contido no art. 43 da Diretiva 2014/23/EU.

caminhar convergentemente, como no caso do direito europeu, por via de norma geral.

O primeiro aspecto que chama a atenção diz respeito a como valorar um contrato de concessão, dado que sem a definição desse conceito não há como se pensar na aplicação de limites permitidos na Lei de Licitações para aditivação⁴⁹, por exemplo, ante a inexistência de disposições limitativas similares na Lei nº 8.987/1995.

A despeito da previsão contida no art. 124 da Lei nº 8.666/1993 (depois estabelecida pelo art. 186 da Lei nº 14.133/2021), autores como Garcia (2019) e Barroso (2006) têm optado por defender a inaplicabilidade dos limites existentes na Lei nº 8.666/1993 a contratos de concessão⁵⁰, opinião que perfilhamos, mas não por acreditar que não devam existir limites e que o assunto deva permanecer no campo da principiologia, mas, sim, porque o legislador não se preocupou em determinar qual é a base de referência de valor de que se deve partir. Favorece esse entendimento o fato de que a Lei de Concessões (1995) é posterior à norma geral de licitações (1993), o que leva a crer que a omissão legislativa foi proposital. É evidente que existe a possibilidade técnica de se fixar um valor inicial de contrato como base de cálculo, sendo este usualmente convencionado nos contratos de concessão de infraestrutura como a soma a valores correntes das receitas ao longo da concessão.

Essa é, em nosso entender, uma situação que merece atenção, já que nos contratos de concessão de infraestrutura o valor do contrato hoje tem efeito meramente indicativo⁵¹, ou seja, na prática não pode vir a ser utilizado como um verdadeiro balizador para que o Poder Concedente justifique alterar o contrato de concessão em algum aspecto relevante, sem que isso acenda um alerta em relação a eventual questionamento nos tribunais da decisão tomada pela agência reguladora.

Além disso, há práticas díspares: enquanto no setor aeroportuário tem-se observado estipulação do valor do contrato como a soma a valor presente das receitas estimadas pelo período projetado da concessão, excluídas as receitas dos anos de extensão de prazo contratual⁵²; no setor rodoviário, uma amostra de concessões

⁴⁹ Esses limites previstos no art. 125 da Lei nº 8.666/1993 de acréscimos ou supressões da ordem de 25% do valor atualizado do contrato (podendo chegar a 50%) foram adotados também na Lei nº 14.133/2021, neste último caso absorvendo a jurisprudência pacífica do TCU sobre a matéria.

⁵⁰ As razões detalhadas para essa opinião são descritas também no trabalho de Garcia e Freitas (2013).

⁵¹ Nesse sentido, não se pode utilizá-lo, por exemplo, para pleitear recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

⁵² A exemplo do observado na minuta de contrato do Edital do Leilão nº 01/2023 da ANAC.

recentes⁵³ indicou que tal previsão nem mesmo consta nos contratos, prática também observada, em parte, no modal ferroviário⁵⁴.

Chama a atenção ainda o fato de que, na Lei de PPPs, há uma previsão explícita de que esse tipo de contratação se dá somente a partir de um valor mínimo⁵⁵, em linha com o *threshold* da diretiva europeia⁵⁶, mas não há um dispositivo semelhante no que diz respeito às concessões regidas pela Lei nº 8.987/1995, aprovada na década de 1990 para dar início à redução do papel do Estado na economia.

Observa-se ainda que a Diretiva 2014/23/EU demonstra forte preocupação, diante da necessidade de alteração dos contratos, com a manutenção da natureza global do contrato de concessão, ponto esse que permeia diversas disposições relativas a modificações contratuais. Apesar de essa definição não ser clarificada pela norma, existem exemplos de circunstâncias que poderiam presumi-la na parte preambular da Diretiva 2014/23/EU, como no caso de (i) troca de investimentos ou serviços a serem realizados ou de (ii) mudança no tipo da concessão (e.g. contrato para construção e manutenção passa a englobar também a operação do ativo).

O princípio da manutenção da natureza global do contrato, no entanto, não está preconizado expressamente na Lei nº 8.987/95 nem na Lei nº 11.079/2004, sendo sua construção apenas baseada em jurisprudência⁵⁷ e em princípios, a exemplo da impessoalidade, da isonomia, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório. A Lei de concessões, além de não definir um “núcleo duro” do contrato que não poderia ser alterado, aponta no sentido de que há mais preocupação com a continuidade do serviço público concedido do que com uma essência contratual a ser mantida.

⁵³ Examinaram-se os contratos assinados com as concessionárias ViaSul (rodovias BR-101/290/386/448/RS) e Ecovias do Cerrado (BR-364/365/GO/MG), ambos de 2019.

⁵⁴ A prática foi observada nos documentos jurídicos dos seguintes projetos ferroviários: (i) Ferrovia Centro Atlântica (FCA) – Prorrogação Antecipada; (ii) Rumo Malha Oeste; e (iii) MRS Logística - Prorrogação Antecipada; sendo verificada, no entanto, no caso da Ferrogrão EF-170, a referência de valor contratual.

⁵⁵ É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00, nos termos do art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/2004.

⁵⁶ Artigo 8 da Diretiva 2014/23/EU.

⁵⁷ Decisão-TCU nº 215/99 e, mais recentemente, Acórdão nº 1.593/2023-TCU-Plenário.

Entendemos ser esta última uma visão limitada do tema, considerando-se o precedente da ADI 5.991/DF⁵⁸, oportunidade em que a Suprema Corte brasileira decidiu que as alterações contratuais devem respeitar os princípios constitucionais pertinentes, o que permite, em nosso entender, compreender como incluída nesse aspecto a isonomia⁵⁹, que, no direito europeu, aplica-se com rigor não apenas no momento da seleção do parceiro privado, mas também durante o curso do contrato (Dragos *et al.*, 2023, p. 18).

Observou-se ainda que uma das intenções da Diretiva 2014/23/EU foi evitar a ocorrência de alterações virtualmente ilimitadas (seja pelo valor em si ou pela natureza da alteração contratual) – e isso se mostrou claramente repellido pelo direito europeu, como regra, dado que apesar de contratos de concessão possuírem prazos mais longos (tipicamente 20 a 30 anos) do que os regidos pelos contratos públicos comuns, o argumento racional que a norma estrangeira oferece é no sentido de que se isso fosse aceito como justificativa para alterações materialmente ilimitadas, então para tal nível de flexibilidade contratual não seria provavelmente o caso de concessão, mas sim de execução dos serviços públicos diretamente pelo Poder Público^{60 61}.

O direito brasileiro, apesar de seguir essencialmente os mesmos princípios que os europeus, tais como o da isonomia (*equal treatment*), proporcionalidade (*proportionality*), transparência (*transparency*)⁶² e competitividade

⁵⁸ “A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. No investimento cruzado, não há alteração do objeto da concessão, mas alteração contratual para adequação do ajuste às necessidades mutáveis do interesse público” (Brasil, 2020).

⁵⁹ art. 37, “XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁶⁰ O art. 17 da Diretiva 2014/23/EU possui disposições específicas no caso de concessão gerida por uma entidade pública, prevendo a possibilidade de, nesse caso, excluí-la das disposições dessa diretiva, atendidas algumas condições, entre elas, em regra, a ausência de capital privado na SPE.

⁶¹ Exemplo disso é a operação da Infraero em alguns aeroportos de sua rede, como o Santos Dumont, em que a operação se dá sem base contratual, mas tão somente por portaria de atribuição.

⁶² Artigo 3 (1) da Diretiva 2014/23/EU: “Contracting authorities and contracting entities shall treat economic operators **equally** and without discrimination and shall act in a **transparent** and **proportionate** manner.” (UE, 2014, grifo nosso).

(*competition*)^{63,64}, não internalizou requisitos norteadores para uma aplicação clara desses princípios nas questões associadas a alterações contratuais, de forma a assegurar a necessária flexibilidade ao longo do contrato, e, ao mesmo tempo, propiciar regras sobre os casos em que as condições de contorno da concessão não permitem uma modificação do contrato a partir de determinada magnitude.

Adentrando os casos discutidos no tópico anterior propriamente ditos, em relação ao 1º Caso – sobre a hipótese de modificação contratual prevista nos documentos jurídicos iniciais da concessão –, observa-se que o Capítulo VI (Do Contrato de Concessão) da Lei nº 8.987/1995 não tratou o tema com a profundidade merecida, inexistindo considerações a respeito no art. 23, que versa sobre as cláusulas essenciais do contrato de concessão e sobre as características mínimas que cláusulas modificativas devem possuir.

Entendemos que, na análise desse caso, há uma clara oportunidade de a Lei nº 8.987/1995 internalizar uma prática já consolidada no âmbito das licitações e contratos “comuns” no que diz respeito a exigir critérios de aceitabilidade das modificações contratuais fundadas em cláusulas revisionais de forma clara e precisa, tal como já requerido pelo TCU quando se trata genericamente das cláusulas dos contratos administrativos⁶⁵.

O objetivo a ser perseguido é internalizar o entendimento de que cláusulas revisionais não dão ao Poder Concedente, a despeito do princípio da supremacia do

⁶³ Graells (2015, p. 131, tradução nossa) aponta que, apesar de o princípio concorrencial não ter sido mencionado na consolidação dos princípios gerais da Diretiva 2014/23/EU, permanece válido o princípio geral do artigo 106 (1) do TFEU. Neste trabalho, verificou-se ainda em diversos trechos, tanto preambulares (*recitals*) quanto da diretiva em si, preocupação em resguardar tal princípio.

⁶⁴ Art. 5º da Lei nº 14.133/2021: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da **igualdade**, do planejamento, da **transparência**, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da **competitividade**, da **proporcionalidade**, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”. Este dispositivo pode ser aplicado subsidiariamente à Lei nº 8.987/1995, com base do art. 186 daquela lei.

⁶⁵ E.g. Acórdão nº 3.099/2011-1ª Câmara, Relator Min. Valmir Campelo; Acórdão nº 531/2007-Plenário, Relator Min. Ubiratan Aguiar; Acórdão nº 2.917/2010-Plenário, Relator Min. Valmir Campelo; Acórdão 2326/2008-Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro; e Acórdão nº 1.172/2012-Plenário, Relator Min. José Mucio Monteiro.

interesse público, discricionariedade ilimitada⁶⁶; devendo a ação estatal ser limitada em seu proceder aos termos inequívocos em que se convencionou o contrato.

O fato de exigirmos uma declaração legal expressa de escopo e extensão dessas cláusulas revisionais não conflita com o fato de o contrato de concessão ser incompleto devido à sua própria natureza. Nesse sentido, já foi rechaçada, por exemplo, previsão de reajuste contratual por meio de negociação entre as partes^{67,68}.

Assim, há claramente um benefício gerado em negar a possibilidade de modificações contratuais que não sejam originadas de clausulado consistente com os requisitos do 1º Caso, de forma que a discricionariedade estatal seja contida na medida em que não apresente aderência com a norma geral – o que gera como efeito positivo desestimular a má prática de inclusão de cláusulas excessivamente generalistas no tocante a provisões de modificações contratuais.

Dito de outra forma, o contrato de concessão pode e deve adaptar-se a diferentes cenários ao longo do tempo, contanto que sejam reservadas disposições claras, precisas e inequívocas a esse respeito no contrato, de modo que modificações possam surgir não como resultado de uma interpretação fluida de uma cláusula revisional, mas como resultado de provisões formuladas em termos inequívocos⁶⁹.

Posner (2004), em seu festejado artigo *The Law and Economics of Contract Interpretation*, alerta-nos ao apontar que os custos transacionais não se limitam à fase de negociação e redação do contrato e a eventuais disputadas litigiosas, mas também ocorrem no que denomina fase intermediária, isto é, nas discussões que podem

⁶⁶ Consta do *recital* 78 da Diretiva 2014/23/EU: “Contracting authorities and contracting entities should have the possibility to provide for modifications to a concession by way of review or option clauses, but **such clauses should not give them unlimited discretion**. [...]” (UE, 2014, grifo nosso).

⁶⁷ “A previsão de reajuste contratual indicando a possibilidade de negociação entre as partes não se coaduna com o disposto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993” (Acórdão nº 2.247/2017-Plenário, Relator Min. Augusto Sherman).

⁶⁸ Entendemos, à luz do ordenamento vigente, que a possibilidade de negociação de reajustes em casos controversos pudesse ser admitida, desde que atendessem, em regra, aos mesmos requisitos indicados para modificações contratuais fundadas em cláusulas revisionais [como iremos sugerir mais adiante]. Nesse caso, por exemplo, nada impediria uma previsão contratual de que as partes, em determinadas condições bastante específicas, pudessem negociar esses reajustes, desde que as regras e diretrizes gerais referentes a essas negociações estivessem em sintonia com os requisitos do 1º Caso que delineamos no tópico anterior.

⁶⁹ De acordo com Bogdanowicz (2021, p. 86, tradução nossa) , sob o princípio do efeito direto da lei da EU, uma provisão ‘clara e precisa’ é aquela que é formulada de forma que não exija esforços interpretativos complexos para determinar a quem e ao que uma dada regulação se aplica.

ocorrer entre as partes sobre a interpretação de cláusulas contratuais, que trazem ainda implícito o custo reputacional para as entidades envolvidas⁷⁰.

Aqui há ainda um problema gerado pelo vazio normativo relacionado à ausência de impedimento explícito de alteração da natureza global do contrato, restrição essa já reconhecida em precedente do TCU⁷¹. Segundo esse julgado, o TCU reputou como um dos núcleos do contrato a manutenção da essência do seu objeto original, de modo que não seria admitida “transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos” (Brasil, 1999).

Mais recentemente, em sede de consulta⁷² envolvendo a possibilidade de alterações contratuais no âmbito de relidações, o TCU sinalizou, desta vez no âmbito de contratos de concessão, com a manutenção de entendimento semelhante ao já decidido no âmbito da Lei nº 8.666/1993. Nos termos do voto inicial e complementar proferidos pelo relator do caso⁷³, entendeu-se pela existência de intangibilidade em relação a certos aspectos do contrato, por exemplo, no que dizia respeito ao objeto deste, ressaltando-se, contudo, que isso não conflitava com a necessidade de alterações subsequentes de necessidades da atualidade do serviço. Caracterizou-se inserida nesse contexto, por exemplo, a “modalidade técnica genérica”, segundo a qual o serviço seria prestado (Mello *apud* Brasil, 2023c).

Nesse sentido, ressaltamos que, em nosso entendimento, essa “modalidade técnica genérica” inclui (mas não se limita) a tipologia operacional da concessão⁷⁴.

⁷⁰ No original: “transaction costs in a broad sense-are incurred at only two stages: the negotiation and drafting of the contract, and the legal dispute that propels the interpretive issue into court or arbitration. **Actually there is an intermediate stage.** When a dispute over the contract's meaning arises, the parties will first try to resolve it themselves. They will do this not only because of the costs of litigation, but also because of the **reputation factor** that I discussed earlier: the party demonstrably in the wrong on the interpretive issue will hesitate to force the issue to litigation; he is likely to lose and in any event may acquire a reputation as someone who does not honor his commitments. The more carefully drafted the contract is, the easier it will be for the parties to resolve a dispute over its meaning when the dispute first arises, in other words at the prelitigation stage” (POSNER, 2004, p. 1614, grifo nosso).

⁷¹ Esse reconhecimento se deu, inicialmente, pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário (Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi), em sede de consulta formulada quanto à possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei nº 8.666/1993.

⁷² Processo TC nº 008.877/2023-8 (Relator Min. Vital do Rêgo).

⁷³ O relatório, voto e minuta de acórdão proferidos pelo Relator na sessão de 5/7/2023 podem ser consultados na íntegra na Ata nº 27 de 5 de Julho de 2023 (BRASIL, 2023c). A essência do voto proferido pelo Relator foi confirmada no Acórdão nº 1.593/2023-TCU-Plenário (BRASIL, 2023b).

⁷⁴ Há pelo menos dez formatos possíveis de concessões exemplificados por Bovis (2012, p. 437-438): Design-Build-Finance-Operate (DBFO); Build-own-operate (BOO); Build-develop-operate (BDO); Design-construct-manage-finance (DCMF); Buy-build-operate (BBO); Lease-develop-operate (LDO); Operate under Licence (OL); Build-operate-transfer (BOT); Build-own-operate-transfer (BOOT) e Build-lease-operate-transfer (BLOT).

Portanto, uma concessão para operação de um ativo não poderia, posteriormente, transformar-se em uma concessão para ampliação, manutenção e operação. Assim como não poderia também uma concessão de um ativo ferroviário ser alterada para incluir no seu objeto a construção de diversas rodovias que interligassem as estações no trecho ferroviário concedido a estradas já existentes. Em ambos os casos, essa mudança transmutaria a natureza original da avença.

Todavia, chama-se a atenção para a necessidade de que não apenas os casos de acréscimos de escopo sejam colocados em discussão, quando o assunto é tipologia operacional, mas também as eventuais reduções, de modo que uma concessão para “ampliação, manutenção e operação” não poderia, posteriormente, transformar-se em uma concessão para tão somente operação, sem sopesar os reflexos dessa mudança no princípio da isonomia – dado que não há dúvidas de que um escopo reduzido poderia ter atraído participantes diferentes, com perfil técnico semelhante ou melhor e com propostas mais vantajosas de contraprestação. Considerando que a licitação para uma concessão pública é uma competição “pelo” mercado, a natureza do objeto da concessão precisa ser imutável para evitar que essa competição não seja manipulada em prejuízo do interesse público.

Portanto, a preocupação aqui adotada é semelhante à norma europeia – evitar que sejam descaracterizadas as condições concorrenciais iniciais. Ou seja, o princípio da intangibilidade do objeto pode ser considerado como um consectário lógico do princípio da competitividade, já que, ao se alterar o núcleo fundamental ou a sua essência, desnatura-se o objeto originalmente licitado; a ideia é que a competição genuína se dá também na etapa contratual, de modo a reconhecer que a mutabilidade e a concorrência são princípios que se comunicam e devem coexistir durante a execução dos contratos de concessão de forma harmônica entre si.

Reconhecemos que, em razão de o conceito de natureza global do contrato ser caracterizado, em princípio, como um conceito jurídico indeterminado⁷⁵, nada impede que circunstâncias específicas como as delineadas nos parágrafos precedentes sejam enraizadas no diploma geral de concessões pátrio.

Entendemos, ainda, ao realizar esse exercício comparativo com a norma estrangeira, que introduzir uma vedação legal à descaracterização do contrato acaba

⁷⁵ Apenas na parte preambular (*recitals*) da Diretiva 2014/23/EU, há exemplos de situações concretas que poderiam ensejar a desnaturação do contrato de concessão.

por mitigar o favorecimento de certos *players* oportunistas que apostem mais agressivamente em renegociações amplas do contrato⁷⁶, de maneira que seja evidenciado que uma alteração da natureza global do contrato vai além de uma modificação substancial⁷⁷, dado que esta última poderia ser autorizada sob certas circunstâncias.

Adentrando agora no 2º Caso, entendemos de suma importância também compreender o que está por trás do raciocínio europeu quando se trata de permitir obras ou serviços adicionais não previstos originalmente na concessão sem a necessidade de um novo procedimento competitivo. O fundamento, em nosso entender, que justifica esse tipo de provisão legal, está ligado à elaboração de uma regra prática para aplicação do princípio da proporcionalidade a esse tipo de evento, desde que demonstrados seus elementos centrais, que aqui destacamos:

- a) necessidade – o serviço ou obra adicional tornou-se imprescindível, por algum motivo, por exemplo, como resultado de uma nova política pública aplicável ao setor, o que não necessariamente se equipara a um fato imprevisível⁷⁸;
- b) inexistência prévia de obrigação contratual – se obra ou serviço já é previsto no contrato, não pode ser aceito pagamento por aquilo que já está contemplado desde o início da avença.

Por óbvio, esse é um caso delicado e que muitas vezes envolve *trade-offs* sensíveis, principalmente no que diz respeito ao tempo de implementação do projeto *vis à vis* a necessidade de reabrir a competição para uma obra que se mostre futuramente necessária. Um exemplo que ilustra muito bem a questão: a inserção da obra do *Automated People Mover* (APM)⁷⁹ no Aeroporto de Guarulhos. Embora essa obra inequivocamente não se tratasse de uma obrigação original da concessionária,

⁷⁶ Essa problemática foi comentada em trabalho recente do IPEA (2022, p. 160-161), que cita, entre as consequências do modelo brasileiro adotado para o setor de infraestrutura, o surgimento de condições favoráveis a renegociações oportunistas de contratos e redistribuição de riscos em desfavor do Estado.

⁷⁷ Esse conceito foi explorado na apresentação do 5º Caso na seção anterior.

⁷⁸ A exemplo dos primeiros contratos de concessão do setor aeroportuário, que continham anexo de obras de responsabilidade do poder público, e nos quais nada poderia obstar, por exemplo, a transferência desses encargos *a posteriori* para a concessionária – sendo, nesse caso, a necessidade da obra conhecida de antemão.

⁷⁹ Essa obra, que tem como objetivo interligar a estação Aeroporto - Linha 13 Jade da CPTM a cada um dos terminais de passageiros do aeroporto, continua em andamento e vem sendo acompanhada pelo TCU no âmbito do TC nº 011.655/2020-8 (Rel. Min. Vital do Rêgo).

a sua implementação foi cercada de controvérsias, não apenas por conta do valor⁸⁰, mas por deficiências iniciais na demonstração de uma análise custo-benefício clara para justificar o interesse público envolvido – já que o custo por passageiro dessa solução se mostrava superior a serviço similar que já vinha sendo prestado. Nesse caso, evidencia-se apenas um exemplo, de muitos existentes, em que a ausência de uma regra clara na lei resultou em morosidade no cronograma de implantação de um novo investimento contratual.

A situação só nos parece ter sido atendida pela Lei nº 8.987/1995 de forma bastante simplista, ao prever o requisito de atualidade no tocante à concessão, o que aumenta sobremaneira o esforço necessário para que o gestor público justifique modificações enquadráveis nesse caso específico, podendo ainda gerar situações indesejadas como a suspensão desses investimentos por órgãos de controle – caso do APM (Brasil, 2021).

Quanto ao 3º Caso, em se tratando de renegociação sob circunstâncias imprevistas, a situação da legislação concessória pátria não assegurou de forma absoluta o princípio concorrencial. Na Europa, nota-se também uma preferência em se aditivar o contrato à medida em que as circunstâncias assim o exijam, sendo o lançamento de uma nova licitação, em princípio, considerado uma medida desproporcional – até por imperativos de continuidade do serviço e custos de *re-tendering*. Essa escolha baseia-se no entendimento da comunidade europeia de que:

49. [...] modificações não enquadradas [nos documentos contratuais] apenas são aceitáveis quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. [...] (UE, 2004, tradução nossa)⁸¹.

Tal flexibilidade conferida ao 3º Caso, no entanto, não é ilimitada, dado que o tratamento preferencial ao concessionário, a partir de certo nível de alteração material, resulta em perda efetiva dos resultados assegurados originalmente pelo certame. Não

⁸⁰ O reequilíbrio contratual é da ordem de R\$ 376 milhões (data-base dez/2019) a título de *capex*, além de R\$ 15 milhões/ano em *opex* (BRASIL, 2022a).

⁸¹ No original: “49. In general, changes made in the course of the execution of a PPP, if not covered in the contract documents, usually have the effect of calling into question the principle of equality of treatment of economic operators. [42] **Such unregulated modifications are therefore acceptable only if they are made necessary by an unforeseen circumstance, or if they are justified on grounds of public policy, public security or public health.** [43] In addition, any substantial modification relating to the actual subject-matter of the contract must be considered equivalent to the conclusion of a new contract, requiring a new competition. [44]” (UE, 2004, grifo nosso).

à toa, adota-se o mesmo percentual (50%) do caso anterior como limite material modificativo para cada alteração dessa natureza também.

O 4º Caso (substituição da concessionária) merece uma atenção especial pelos desdobramentos da matéria em nosso ordenamento. Usualmente, a regra geral é a de que o contrato de concessão possui caráter personalíssimo, e será executado pelo licitante a quem o objeto foi adjudicado.

No Brasil, apenas muito recentemente, o STF, ao analisar a constitucionalidade do art. 27, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.987/1995, no bojo da ADIn nº 2.946/DF, confirmou o entendimento já defendido por parte da doutrina nacional de que a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária é plenamente possível, reconhecendo a possibilidade de alteração contratual subjetiva, com base em elementos como a natureza incompleta do contrato e sua característica dinâmica, bem como no dever de continuidade na prestação do serviço (Brasil, 2022c).

Nesse aspecto, entendemos que a posição da Corte Suprema está em linha com a ideia trazida pela Diretiva 2014/23/EU de que deve ser admitido, principalmente quando se tratar de concessões operadas por consórcios empresariais que vêm desempenhando adequadamente o seu papel na execução do objeto, realizar modificações em sua estrutura interna sem que automaticamente seja exigida a realização de um novo procedimento competitivo⁸².

Tem-se observado em nosso país, como prática, a previsão de regras contratuais com uma série de condicionantes para a realização de qualquer modificação direta ou indireta no controle societário ou para a transferência da concessão nos contratos de infraestrutura, até mesmo com regras mais rígidas nos primeiros anos de operação⁸³ – tais como restrições à oferta pública de ações e à mudança na composição acionária sem mudança no controle societário.

⁸² "(77) [...] the successful tenderer performing the concession should be able, in particular where the concession has been awarded to a group of economic operators, to undergo certain structural changes during the performance of the concession, such as purely internal reorganisations, takeovers, mergers and acquisitions or insolvency. Such structural changes should not automatically require new award procedures for the concession performed by that tenderer" (UE, 2014).

⁸³ Essas regras variam de acordo com as diversas gerações de contratos, porém observamos, de uma forma geral, que no setor aeroportuário usualmente o período mais restritivo se concentra nos cinco primeiros anos (e.g. Contratos da 7ª rodada - Blocos Aviação Geral, Norte II e SP/MS/PA/MG), enquanto no setor rodoviário esse período é de dois anos apenas (e.g. BR-101/ES/BA – "ECO-101"). No setor ferroviário, verificamos que em minutas contratuais recentes prazos mais restritivos não foram estipulados e a matéria não apresenta o mesmo nível de detalhamento como nos setores anteriormente mencionados (e.g. Ferrogrão – EF-170).

Entendemos, porém, que a prática não se mostrou uniforme em alguns setores analisados, como o ferroviário, em que alterações subjetivas desse tipo merecem ter suas disposições previstas de forma minimamente clara e precisa⁸⁴, tal como se exige para as alterações que debatemos no 1º Caso (modificação contratualmente prevista), sugerindo a internalização no Brasil de regra similar à do Artigo 43 (1) (d) (i).

Um exemplo ilustra bem o ponto: no caso de determinados esforços de captação de recursos de terceiros se mostrarem em patamares desvantajosos e serem oferecidas melhores oportunidades para dispersar o capital da concessionária, sem necessariamente alterar o controle da concessão, imagina-se que a clareza na previsão do permissivo (ou não) para essa situação poderia contribuir efetivamente para a continuidade da estratégia de investimento da concessionária sem impactar a dinâmica na tomada de decisão dos administradores – não despertando insegurança quanto à possibilidade de executar tal estratégia perante o Poder Concedente⁸⁵.

A previsão de que a nova concessionária, após a transferência da concessão ou do controle societário, deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço⁸⁶; e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor⁸⁷ já atende razoavelmente o exigido pelo Artigo 43 (1) (d) (ii) da Diretiva 2014/23/EU.

Quanto a esse ponto, merece atenção especial o caso peculiar em que a proponente original do certame atendeu às condições de habilitação técnica por ser ela uma pessoa jurídica que utiliza um terceiro contratado que cumpre esses

⁸⁴ A possibilidade de vedação temporária da transferência da titularidade da concessão ou do controle acionário da concessionária é prevista, para o setor aeroportuário, no Decreto Federal nº 7.624/2011.

⁸⁵ Quando o mercado acionário abre janelas oportunas de captação, a concessionária pode beneficiar-se não apenas de mais uma alternativa de financiamento com volume e taxas atrativas, mas também de oportunidades geradas a partir destas, como posterior recompra e cancelamento dessas mesmas ações (gerando ganho em tesouraria, e maior IR a pagar ao Governo), além de planejar melhor seus incentivos podendo ceder participação na SPE para seus administradores.

⁸⁶ Essas exigências podem não ser exatamente as mesmas à época da licitação, inexistindo tal vinculação na lei.

⁸⁷ Vide art. 27, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.987/1995.

requisitos, ou seja, sem que a proponente opere diretamente infraestruturas semelhantes à do objeto licitado nas condições mínimas estipuladas no edital^{88,89}.

Por último, quanto à última hipótese desse caso que trata de substituição da concessionária em razão da assunção de obrigações de pagamento pelo Poder Concedente junto a subcontratados da concessionária, trata-se de um caso muito particular que ocorre, por exemplo, durante o período em que a concessionária extingue seu relacionamento com o Poder Concedente (e.g. término do prazo contratual) e o escopo parcial ou total do contrato não pode ser interrompido⁹⁰.

Quanto ao 5º Caso (modificação não substancial), a essência dessa hipótese permissiva é não tornar a concessão materialmente diferente daquela celebrada inicialmente, ainda que não haja um limite financeiro específico nesse caso. Aqui se trata de um conceito formulado essencialmente por exclusão, de forma que a alteração contratual sem a realização de novo certame fica autorizada sempre que não haja modificação material, sendo o contrato original utilizado como paradigma⁹¹.

Essa hipótese é fundada, portanto, em um conceito jurídico indeterminado, a despeito da previsão de algumas situações exemplificativas trazidas pela Diretiva 2014/23/EU⁹². A primeira delas diz respeito à mudança nas “regras do jogo”⁹³, cuja aplicação prática exige um grau elevado de subjetividade e exercício de futurologia,

⁸⁸ Nesse sentido, o Edital do Leilão nº 1/2022 da Anac previu: “4.42.3. A Proponente que participe isoladamente ou sob a forma de Consórcio que não atenda aos requisitos dos itens 4.42.1 ou 4.42.2 deve apresentar [...] **Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias** [...]” (Brasil, 2022d, grifo nosso).

⁸⁹ Na visão dos autores, não deve existir um impedimento absoluto a esse tipo de permissão, considerando que há nesse caso evidências de melhorias em diversos indicadores operacionais, financeiros e de qualidade do serviço (Belsie, 2023). Em muitas concessões bem-sucedidas o sócio estratégico detém o capital necessário, mas não os requisitos técnicos, o que ocorre frequentemente com *players* como fundos de pensão, bancos de investimento e firmas de *private equity*, a exemplo da aquisição das ações do Aeroporto de Sydney por um consórcio de fundos de investimento em 2022.

⁹⁰ Em infraestruturas de transporte mais críticas, como aeroportos, esse é um item mais relevante; em rodovias, por exemplo, a criticidade é menor considerando a menor complexidade da operação.

⁹¹ Nesse sentido, uma interpretação da utilização do contrato em sua versão imediatamente anterior à mudança que se postula pode ser questionável, não obstante no Caso C-298/15 da CJEU tenha sido firmado o precedente de que um contrato que sofreu modificações substanciais substitui o contrato original para fins de aplicação das regras de modificações contratuais de contratos de concessão [as regras incidentes à época dos fatos eram anteriores à introdução da Diretiva 2014/23/EU]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0298>. Acesso em: 31 jul. 2023.

⁹² São as previstas no art. 43 (4) da Diretiva 2014/23/EU.

⁹³ “[...] uma modificação é considerada substancial se se verificar 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 aceita, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;” (UE, 2014, tradução nossa).

deve-se reconhecer. Aqui é importante ilustrar uma questão recorrente, objeto de bastante controvérsia no caso brasileiro, que diz respeito à possibilidade de mudança na estruturação de pagamentos contratuais (ou outorgas)⁹⁴ para demonstrar que a aplicação da regra não é trivial.

Supondo-se que determinada concessionária, de forma consensual com o Poder Concedente, deseje introduzir em seu contrato uma estruturação de pagamentos de modo a incorporar práticas já utilizadas em uma safra de contratos de concessão mais atual, incorporando, por exemplo, carências e/ou pagamentos flexíveis que flutuem de acordo com a demanda efetiva do projeto, seria essa uma alteração que alteraria as “regras do jogo”? Entende-se que não há solução óbvia nesse caso, e é necessária uma análise com cautela para a aplicação dessa restrição.

O efeito de uma regra considerada mais benéfica ao longo do contrato pelos *players* interessados no ativo poderia, sim, permitir a admissão de outros candidatos, mas tem de ser sopesado em relação às demais alterações para uma visão do conjunto, do todo. A troca de uma outorga fixa e financiável ao longo do prazo de projeto por uma outorga paga em grande parte à vista no leilão e com estrutura de pagamento atrelada à demanda, por exemplo, pode ser desejável por manter um valor de pagamento estanque e invariável a flutuações da demanda; contudo, no momento do certame, esse fator pode ser o que propiciará a alavancagem necessária para eventual ágio oferecido no leilão. Sob essa ótica, a troca dessa estrutura de pagamentos poderia até ser considerada, de certa forma, mais restritiva em relação ao número de participantes que originalmente teriam participado do leilão de concessão, não obstante o fato de ser uma alteração relativamente significativa⁹⁵.

Outra situação exemplificativa do 5º Caso seria o estabelecimento de um novo equilíbrio contratual, sem relação com o originalmente pactuado – ou seja, acordar um desequilíbrio permanente e alçá-lo ao patamar de situação de “equilíbrio”. No direito brasileiro, a objeção a tal modificação encontra-se razoavelmente prevista no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995, que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro **inicial**

⁹⁴ Alteração no cronograma de pagamento de outorgas nos contratos do setor aeroportuário já foram realizadas no passado recente, contudo, em regra, a experiência pretérita evidenciou uma preferência pelo uso de leis específicas como meio de prover firme suporte jurídico para essas modificações (e.g. Lei nº 13.499/2017 e Lei nº 14.034/2020).

⁹⁵ Essa visão é coerente com o Caso C-298/15 (“*Borta*”) da CJEU (v. parágrafo 74), em que se afirma que uma modificação pode ser, simultaneamente, significativa, mas não substancial (UE, 2017).

como parâmetro para o restabelecimento das condições de equilíbrio⁹⁶. Um exemplo que ilustra bem o ponto seria a diminuição de obrigações contratuais de investimentos da concessionária sem a correspondente alteração em sua remuneração tarifária ou nas receitas devidas ao Poder Concedente⁹⁷.

É importante ressaltar que algumas nuances sobre o tema vêm sendo interpretadas jurisprudencialmente, a despeito do permissivo do art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995, reconhecendo que nem toda alteração contratual, seja ela unilateral ou consensual, é admitida pelo ordenamento jurídico, ainda que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro – o que poderia se configurar no caso de uma redução de escopo da concessão sem que haja falha na prestação do serviço ou no interesse público relevante e seja comprovado que se justifique tal medida excepcional (Brasil, 2023a).

Esse precedente do TCU ilustra uma vedação já firme na norma europeia que proíbe a alteração demasiada do escopo contratado⁹⁸. Contudo, persiste algum espaço de discricionariedade criado para definir o que seria um aumento “considerável” no escopo contratual, reconhecendo-se, porém, que mudanças da ordem de 50% poderiam, em princípio, ser consideradas como tal (Olivera, 2015).

Temos ainda a situação da troca irregular da concessionária, o que se dá em todas as situações que não se enquadram nas hipóteses de substituição do 4º Caso. No caso brasileiro, frisamos que a relicitação não está inserida nesse contexto de substituição, mas, sim, de um novo contrato, já que a nova concessionária estará sujeita a um novo ajuste contratual, com diferentes obrigações de investimentos, regras e prazos. A hipótese de reestatização via transferência de controle acionário para empresa pública que desenvolva atividades compatíveis com o objeto concedido

⁹⁶ Verificamos a adoção desse entendimento pelo TCU ao refutar desequilíbrios econômico-financeiros em desfavor da União (e dos usuários) em diversos casos, notadamente no setor rodoviário (TCs 014.618/2015-0 e 036.417/2016-5 [Concebra - BR-060/153/262/DF/GO/MG], 023.240/2015-6 [Programa de Concessões Rodoviárias do Paraná], 010.370/2016-1 [Concepa], 010.482/2016-4 [Eco101 – BR-101/ES], 028.835/2016-6 [Concer – BR-040/RJ], 032.829/2016-7 [Transbrasiliana – BR 153/SP], 032.830/2016-5 [Rota do Oeste – BR-163/MT], entre outros).

⁹⁷ Existiriam ainda outras formas de reequilíbrio, tal como a alteração de prazo contratual ou substituição dos investimentos por outras obrigações contratuais.

⁹⁸ A Diretiva 2014/23/EU prevê uma vedação apenas no sentido da extensão considerável do escopo, isto é, no sentido de modificações que possam adicionar demasiado ao contrato. Não obstante, a CJEU reconheceu, no Caso C-549/14 (“*Finn Frogne*”), que a redução demasiada do escopo poderia ser encarada como uma alteração substancial, pois “uma alteração dos elementos de um contrato que consiste numa redução importante do seu objeto pode ter como consequência a sua colocação ao alcance de um mais amplo número de operadores econômicos” (UE, 2016, tradução nossa).

também não configura burla ao procedimento licitatório, havendo precedente de que essa situação pode ocorrer ainda quando o ente público controlador da empresa estatal for distinto da pessoa jurídica de direito público que atua como Poder Concedente (Brasil, 2022b).

Por fim, é relevante comentar que se prevê espaço na norma europeia para que certas mudanças que poderiam ser consideradas substanciais (1º a 4º casos) sejam realizadas, não engessando indevidamente a aditivação do contrato de modo que o critério da substancialidade da mudança não é encarado como algo absoluto para fins de modificação contratual.

O 6º Caso (modificação imaterial ou *de minimis*) traz uma previsão, em nosso entender, que trata de uma garantia de segurança jurídica de que, em face do valor, determinada alteração contratual possa ser implementada e aceita com base em uma espécie de “regra de bolso”. Ou seja, uma hipótese de obediência presumida ao princípio licitatório e concorrencial em face do valor.

Nesse caso, há dois valores-teto máximos que devem ser respeitados: (i) um valor de referência geral, aplicável a toda e qualquer concessão; e (ii) um percentual específico atrelado ao valor do contrato objeto da proposta de alteração. Assim, obedecidos esses tetos, e desde que não haja alteração da natureza global da concessão, a alteração poderia ser realizada, sendo até mesmo desnecessário verificar se a alteração pretendida seria, ou não, substancial.

Assim, ainda que venhamos a convergir e assimilar as práticas europeias em nosso contexto, manter-se-ia vedado em nosso ordenamento mudança indevida no equilíbrio econômico do contrato para o concessionário⁹⁹.

4.3 Abordagem da Diretiva 2014/23/EU aplicada em casos reais no Brasil

Objetivando uma aplicação de como funcionaria uma eventual transposição de algumas das disposições contidas nas diretrizes europeias para a normatização brasileira, mas sem ter a pretensão de esgotar todas as possibilidades de abordagem do tema discutidas anteriormente, selecionamos a seguir alguns casos nos setores

⁹⁹ Isso não obsta a redução de outorgas futuras por lei específica, como no caso da Lei nº 14.174/2021, que permitiu o acréscimo de 5 pontos percentuais à taxa de desconto aplicável às contribuições fixas vincendas, no caso de antecipação de pelo menos 50% do valor total das outorgas remanescentes.

rodoviário, aeroportuário e ferroviário, de modo a prover *insights* sobre o funcionamento dessas diretrizes e obter evidências de sua aplicabilidade ao Brasil.

4.3.1 Setor Aeroportuário

As concessões de aeroportos foram severamente atingidas pela crise da Covid-19, o que demandou uma série de adequações contratuais naquele momento, e, posteriormente, muitas concessionárias, em especial as que tinham contratos de concessão mais antigos¹⁰⁰, foram obrigadas a revisitar algumas premissas de projeto e conseqüentemente pleitear uma renegociação contratual.

Um caso que vale destacar é o do Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Belo Horizonte/MG (“Confins”), ofertado em 2013 na 3ª rodada de concessões. Trata-se do 6º aeroporto mais movimentado do país, responsável por transportar aproximadamente 9,5 milhões de passageiros em 2022 e que possuía originalmente uma forte projeção de aumento de capacidade, motivo pelo qual foi prevista logo de início, como investimento contratual obrigatório, a construção de uma nova pista de pouso e respectivos sistemas associados até a demanda atingir 198.000 movimentos anuais ou até 31/12/2020¹⁰¹ (*vide* Anexo I), o que ocorresse primeiro. Tratava-se, pois, de investimento prescritivo sem correlação com gatilhos de demanda, no caso de o período temporal ter ocorrido primeiro.

Esse investimento está sendo objeto de discussão desde 2018¹⁰², até via Poder Judiciário, tendo sido constatada a sua desnecessidade em razão principalmente da fraca expansão na demanda apresentada¹⁰³, além de a movimentação estipulada contratualmente não se mostrar também factível em face das próprias projeções mais atualizadas do setor para Confins¹⁰⁴. Após consulta à ANAC, o referido gatilho temporal foi então retirado¹⁰⁵ (mantendo-se os gatilhos atrelados à demanda), o que

¹⁰⁰ Até a 3ª rodada, havia pesados encargos fixos a título de outorga (Albuquerque, 2022, p. 26).

¹⁰¹ A previsão do Contrato de Concessão nº 002/ANAC/2014-SBCF era a seguinte: “8.4.1 Quando a demanda do sistema de pistas atingir 144.000 movimentos anuais, a Concessionária deverá apresentar à ANAC o anteprojeto e o cronograma detalhado de construção de uma pista de pouso e decolagem [...] **A pista deve ser construída e estar plenamente operacional antes de a demanda atingir 198.000 movimentos anuais ou até 31 de dezembro de 2020, o que ocorrer primeiro**” (grifo nosso).

¹⁰² O EVTEA estimava um cronograma de 4 anos para a implantação da nova pista (EBP, 2013, p. 28).

¹⁰³ *Vide* Apêndice I.

¹⁰⁴ *Vide* Anexo II.

¹⁰⁵ Termo Aditivo nº 003/2019 ao Contrato de Concessão de Aeroportos nº 002/ANAC/2014-SBCF.

implicou reequilíbrio a favor do Poder Concedente da ordem de R\$ 421 milhões (data-base set./2022)¹⁰⁶.

A despeito do termo aditivo firmado, a grande preocupação da concessionária nesse projeto gira em torno da necessidade de investimento para construção dessa nova pista no prazo contratual remanescente, o que poderia comprometer a viabilidade da concessão no seu período final.

Segundo estimativas dos autores, considerando o atingimento do patamar de movimentação pré-covid por Confins já em 2023, e adotando como taxa de crescimento a *CAGR* do cenário referencial do PAN 2022 (3,2% a.a.) até o término do prazo contratual, prevê-se que, até o final do contrato (2044), a demanda não atingirá os 198.000 movimentos tidos como limite para que a nova pista esteja operacional¹⁰⁷.

Entretanto, no ano imediatamente seguinte (2045), esse patamar operacional seria alcançado, o que nos leva ao problema de possível ausência de prazo suficiente para amortização do que foi investido, vez que se trata de um vultoso investimento. Nesse caso, o contrato permitiria a extensão por um prazo adicional de até 5 anos¹⁰⁸.

Essa obra foi estimada nos EVTEA à época em R\$ 194,96 milhões (EBP, 2013, p. 62) e correspondia a 3,8% do valor do contrato (e 7,2% do *capex* estimado), o que, sob o prisma das diretrizes europeias, não demonstra ser uma alteração material, considerando-se apenas o limite percentual¹⁰⁹. Nesse caso, uma das peculiaridades apresentadas reside em definir se a redução dessa obra tem o condão de infringir o princípio da isonomia, dado que uma redução acentuada do escopo original poderia ter refletido na participação de operadores econômicos de menor porte, refletindo na esfera concorrencial. Entendemos não ser esse o caso, dado que a regra balizadora do leilão não exigia qualificação técnica específica relacionada à construção e/ou operação de determinado sistema de pistas, mas, sim, o processamento em si em um patamar compatível com a demanda inicial¹¹⁰.

¹⁰⁶ Decisão nº 561, de 03 de novembro de 2022, da Diretoria Colegiada da Anac.

¹⁰⁷ Vide Apêndice J.

¹⁰⁸ Outra alternativa seria o estudo de uma solução no sentido de viabilizar uma opção contratual pela redução do prazo contratual em até 5 anos nas etapas finais da concessão, de modo que a possibilidade de construção da nova pista seja remota, o que deve ser sopesado em relação aos aspectos de amortização dos demais investimentos já realizados e obrigações de pagamento aos credores do projeto.

¹⁰⁹ Em nosso estudo, será proposta, na seção seguinte, a adoção de um teto referencial fixo de aproximadamente R\$ 33,47 milhões para balizar o valor da limitação imaterial, simultaneamente aos 10% do valor do contrato, em linha com o Artigo 43 (2) (i) da Diretiva 2014/23/EU.

¹¹⁰ Para maiores detalhes, vide o Acórdão nº 2.666/2013-TCU-Plenário.

4.3.2 Setor Rodoviário

Um caso de interesse no setor rodoviário é o da concessão da BR-163/MT¹¹¹. O contrato teve início em março de 2014 sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste – CRO, compreendendo¹¹². Já em 2017, a ANTT passou a constatar a inexecução de obras e serviços e a deterioração nas condições financeiras da concessionária¹¹³.

A concessionária alegou diversas razões para essa situação: a queda na demanda provocada pela crise econômica iniciada em 2014, a mudança na política de financiamento dos bancos públicos, o aumento no preço do componente asfáltico, a Lei dos Caminhoneiros¹¹⁴, bem como o envolvimento do grupo econômico ligado ao acionista controlador na Operação Lava Jato, entre outras.

Em 2021, a ANTT instaurou processo administrativo para avaliar a situação das obrigações contratuais, que culminou na instauração de processo de caducidade¹¹⁵. Diante desse cenário adverso, a concessionária ingressou com pedido de devolução amigável da concessão e sua consequente relicitação¹¹⁶. Outro fato relevante relativo ao caso foi a abertura de procedimento arbitral pela concessionária, pleiteando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por supostos prejuízos por ela suportados¹¹⁷.

Ainda nesta concessão, está em jogo a celebração de um TAC com as seguintes proposições na mesa:

- a) prazo de oito anos para saneamento das inexecuções contratuais;

¹¹¹ Acórdão 2.139/2022-TCU-Plenário (Brasil, 2022b).

¹¹² A rodovia passa ao longo de 19 municípios, cuja população representa quase a metade da população total do estado do Mato Grosso. Além disso, a rodovia é importante via de escoamento da produção de soja, milho e algodão, *commodities* que colocam o estado de Mato Grosso como um dos maiores exportadores dentre os estados brasileiros.

¹¹³ No processo TC nº 019.064/2022-5, os relatórios técnicos apontaram que, passados mais de oito anos do início da concessão, os níveis de execução das obras são baixíssimos: dos 453 km de duplicação previstos, apenas 117 km foram executados (26%); e que situação similar de inexecução ocorre com as demais melhorias previstas: acessos, retornos, vias marginais etc.

¹¹⁴ Lei nº 13.103/2015.

¹¹⁵ Vide Deliberação-ANTT nº 346/2021.

¹¹⁶ Após aprovação nas instâncias competentes, o empreendimento foi qualificado para fins de relicitação no âmbito do Programa de Parcerias de Investimento (PPI), por meio do Decreto nº 11.122/2022.

¹¹⁷ No âmbito do Procedimento Arbitral CCI nº 23.960/GSS/PFF, vigora decisão cautelar que impede a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e caducidade com fundamento nas questões em discussão pelas partes, limitando o poder fiscalizatório da ANTT.

- b) aporte de *equity* de R\$ 1,2 bilhão pela nova controladora;
- c) manutenção do patamar tarifário atual, acrescido do reajuste pelo IPCA;
- d) suspensão dos processos administrativos sancionadores em curso ou cujo fato gerador seja anterior à eficácia desse instrumento, com a suspensão do prazo prescricional, e, caso cumpridas as condições avençadas no TAC, extinção dos processos;
- e) suspensão dos processos no TCU: TC nº 032.830/2016-5, TC nº 023.217/2015-4 e TC nº 034.032/2017-7;
- f) extinção do passivo regulatório, caso haja o cumprimento integral do TAC; e
- g) renúncia, de forma definitiva e irrevogável, a todas as pretensões formuladas no procedimento arbitral CCI nº 23.960/GSS/PFF.

O caso da BR-163 apresenta ineditismo na discussão sobre a alterabilidade dos contratos de concessão, na medida em que está em jogo o fato de que uma entidade do estado de Mato Grosso assumira o controle da concessionária CRO, aportando recursos para permitir a realização de investimentos correspondentes às obrigações contratuais da concessionária. A entidade, no caso, é a MT Participações e Projetos S.A. (MT-PAR), sociedade de economia mista do estado de Mato Grosso, criada em 2012.

Há, desse modo, um caso de alteração do controle societário, o que, a princípio não é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 27, da Lei nº 8.987/1995), mas também se enquadraria no 4º Caso (substituição da concessionária) apresentado, que permitiria a substituição sem necessidade de nova licitação, desde que mantidos os critérios de seleção iniciais do contrato e não implique outras modificações substanciais do contrato.

Dessa maneira, caso houvesse critérios e mecanismos previstos contratualmente mais robustos e objetivos de alteração contratual, até para suspender, mesmo que temporariamente, obrigações em seu curso, o caso poderia ter sido endereçado consensualmente mais hábil e facilmente em um único processo negocial, para alteração bilateralmente do contrato pela própria agência reguladora.

Assim, do ponto de vista do enquadramento na diretiva europeia, a alteração do controle não parece ser o problema, mas, sim, a análise da substancialidade das alterações promovidas, a exemplo da proposta de alteração da matriz de risco, atrelando o novo projeto aos riscos de demanda oriundos da entrada em vigor de

novos projetos ferroviários concorrentes com a rodovia concedida, ainda que tenham sido autorizadas anteriormente à assinatura dos TACs.

Eis o sinal de alerta: o avanço nas negociações envolvidas nesse contrato pode ter sido facilitado em virtude de a transferência do controle envolver a entrada de uma entidade ligada a um ente federativo (estado do Mato Grosso), de modo que, se a alteração fosse realizada junto a uma empresa privada comum, a decisão poderia ter caminhado em outro sentido.

4.3.3 Setor Ferroviário

Vale mencionar o único caso de relicitação no setor ferroviário até então, relacionado à Ferrovia Novoeste S.A., que obteve a concessão da Malha Oeste em leilão realizado no ano de 1996¹¹⁸ para uma concessão com prazo contratual de 30 anos e com trecho sob concessão de aproximadamente 1.900 km¹¹⁹.

Em 21 de julho de 2020, a concessionária protocolou na ANTT pedido de adesão ao processo de relicitação^{120,121}.

A infraestrutura da Malha Oeste, incluindo sua via permanente, encontra-se depreciada. Durante anos, a atual concessionária realizou investimentos em patamares insuficientes para a sua manutenção. O subinvestimento acarretou perda da capacidade de transporte e, atualmente, os trens trafegam com velocidades abaixo de seu potencial, e com um volume de carga transportada bastante limitado.

A nova licitação da concessão da Malha Oeste é a oportunidade para que uma nova concessionária, em um novo contrato de concessão, realize os investimentos para a modernização e ampliação da ferrovia. Além disso, um novo processo licitatório permitirá a atualização do contrato de concessão com base nas melhores práticas regulatórias vigentes.

¹¹⁸ Em 2008, a ANTT aprovou a alteração do Estatuto Social da empresa Novoeste S.A., que passou a ser ALL – América Latina Logística Malha Oeste S.A. A partir de 2015, após um processo de fusão com a Rumo Logística, a empresa passou a ser controlada pela Rumo, que também detém as concessões das Malhas Paulista, Norte, Central e Sul, passando a denominar-se Rumo Malha Oeste.

¹¹⁹ Informações geográficas da malha concedida, disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias/concessoes-ferroviarias/rumo-malha-oeste-s-a/mapa>. Acesso em: 29 nov. 2023.

¹²⁰ O Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos aprovou, em sua 14ª Reunião, realizada em 2 de dezembro de 2020, a qualificação para relicitação da Malha Oeste, por meio da Resolução de nº 146, publicada no DOU em 24 de dezembro de 2020. Essa resolução deu origem ao Decreto nº 10.633, de 18 de fevereiro de 2021.

¹²¹ O processo de relicitação foi prorrogado por mais 24 meses, a partir de 19 de fevereiro de 2023, por meio da Resolução CPPI nº 264, de 13 de fevereiro de 2023.

O ponto-chave da alteração contratual pretendida com a relicitação está relacionada com a falta de atratividade demonstrada pela empresa Rumo do ramal de Ponta Porã, trecho que retira quase 400 km da malha originalmente concedida. Assim, a ANTT prevê a concessão da malha ferroviária apenas no ramal de Corumbá (MS) a Mairinque (SP).

A relicitação traz novas propostas de inovações para a Malha Oeste, como a modernização, ampliação e construção dos pátios de cruzamento; sinalização e Centro de Controle Operacional (CCO), que visam permitir a comunicação por satélite entre o CCO e os equipamentos de bordo; investimento em oficinas, instalações e aquisições de equipamentos de via; minimização de conflitos urbanos, por meio da instalação de 21 intervenções de integrada simples, 43 intervenções de integrada completa e 1 contorno ferroviário; melhoramento da frota, mediante a renovação e aquisição de novos veículos para que a empresa possa garantir a eficiência das operações.

Nenhum dos investimentos acima parece se enquadrar no conceito de alterações substanciais do contrato, atraindo a aplicação do 2º ou do 5º caso, com aplicação do limite de 50% do valor original da concessão.

4.4 Proposta de *framework* para o caso brasileiro

Com base no trabalho de Flyvbjerg, Holm e Buhl (2004) e de Flyvbjerg *et al.* (2018), que avaliaram uma grande amostra de projetos de infraestrutura (258 no total), para todos os tipos de projetos o sobrecusto médio foi da ordem de 28%¹²². Utilizando-se esse percentual como paradigma, pode-se afirmar que os referenciais europeus para limites de alterações de obras e serviços que dispensam novo procedimento competitivo atendem com folga ao sobrecusto médio verificado no referido trabalho.

Com relação ao limite-paradigma para alterações imateriais, esse também se enquadra bem abaixo do sobrecusto médio, o que sugere, com base no valor encontrado por Flyvbjerg, que o uso desses percentuais tende a guardar coerência com a prática do mundo real¹²³. Propõe-se, para o caso de alterações desse tipo, de maneira similar à diretiva europeia, a utilização do referencial adotado no Acordo

¹²² O nível de significância em relação a essa assertiva foi extremamente elevado ($p\text{-value} < 0.001$).

¹²³ As análises constam dos Apêndices B, C e D.

sobre Contratações Públicas da OMC (5 milhões de *special drawing rights* - SDR), convertido para reais pela relação de troca vigente em 1º/06/2023 (R\$ 6,695680 = 1 SDR), resultando em um limite mínimo de R\$ 33.478.400,00. Entendemos que tal premissa é consistente com as negociações já iniciadas pelo governo brasileiro de aderir ao referido acordo apontadas por Jordão e Cunha (2021), e também pelo fato de que a Lei nº 8.987/1995 deve impor um piso para a celebração de contrato de concessão ou permissão, o que já existe para o caso de PPPs¹²⁴ (R\$10 milhões).

Assim, além dos aspectos qualitativos já avaliados na Seção 4.2, entendemos que os percentuais europeus podem ser adotados também como referência inicial para começar as discussões sobre modificações contratuais no caso brasileiro.

De forma a condensar todas as análises já realizadas, propomos, na forma do Apêndice A, uma série de alterações para aperfeiçoamento da base legal aplicável a contratos de concessões, no intuito de que essas sugestões sejam consideradas na apreciação do Projeto de Lei nº 7.063/2017 ou de outra iniciativa legislativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como consequência da complexidade identificada nos contratos de longo prazo, como os contratos de concessão, e o consequente reconhecimento de que o quadro normativo vigente no Brasil é insuficiente para endereçar as situações mais críticas durante a execução contratual, o presente estudo procurou avaliar a necessidade de atualização das leis gerais que tratam de contratos de concessão em sentido amplo (Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004), com base na experiência de atualização das diretrizes europeias que tratam da adjudicação de contratos de concessão, com foco na discussão sobre limites para modificação de contratos durante a sua vigência e objetivando extrair elementos que aperfeiçoem a segurança jurídica para uma resolução consensual das alterações contratuais, sem a necessidade de pôr fim ao contrato vigente.

Com base nas constatações, avalia-se que a ausência de um regramento claro, no que diz respeito a limites para modificações de contratos de concessão inseridos em nossa base legal, enfraquece a concretização do princípio da isonomia e dá azo a

¹²⁴ Art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/2004.

incertezas legais que redundarão no desenvolvimento de uma construção jurisprudencial do tema em detrimento de sua solidificação em bases objetivas na lei.

O direito das concessões atualmente posto caminha para adicionar complexidade ao sistema, inserindo atores e procedimentos intermediários, com a presença do TCU, de árbitros e de termos de ajuste; o que não significa que tais instrumentos não possuam a sua devida utilidade, mas tão somente aponta que se optou por deixar de investir em inovações legais que estabeleçam melhores condições de partida para que o Poder Concedente possa sentar à mesa com o particular para decidir, sem medo posterior de enfrentamento de suas decisões nos tribunais administrativos e judiciais. Ou seja, a lei deve conferir diretamente segurança para as partes negociarem, facilitando a adoção de soluções mais ousadas e sofisticadas caso o panorama legal assim passe a permitir. Isso não significa excluir outros atores, mas, ao contrário, permitirá encontrar soluções mais adequadas para as demandas complexas que vêm surgindo com a evolução dos contratos de concessão no Brasil.

Esse parece ser o entendimento do STF, como se pode extrair de trecho do Acórdão recentemente proferido no bojo da ADIn nº 2.946/DF, oportunidade em que se reconheceu que as concessões públicas se estabelecem em bases não completamente definidas e cambiantes conforme múltiplos fatores externos. Assim, considerando a dinâmica peculiar e complexa dessas concessões, é natural que o próprio regime das concessões públicas contenha institutos que permitam aos concessionários se ajustarem às vicissitudes da execução contratual.

Tanto a Lei de PPPs como a Lei Geral de Concessões necessitam de inovações jurídicas, não apenas para diminuir o custo regulatório para os *players* internacionais que já assimilaram as regras regulatórias no âmbito da UE ao iniciar suas operações no Brasil, como também para oferecer mais ferramentas aos gestores das agências reguladoras para lidar de forma segura e embasada com as modificações que vierem a aparecer ao longo do contrato.

Entendemos que assim procedendo se evita não apenas o conhecido problema do “apagão das canetas” apontado por diversos autores brasileiros, a exemplo de Sundfeld¹²⁵ (2022), decorrente da ausência de um *guidance* legal, mas também se

¹²⁵ De acordo com Carlos Ari Sundfeld, em sua festejada obra “Sanções em Direito Administrativo e a LINDB”, “[e]ssas posturas das instituições de controle, aliadas a um ambiente jurídico-institucional de significativa insegurança e de grande fragmentação política, gerou consequências. A expressão

evita uma hipertrofia de soluções consensuais via TCU e de celebração de TACs como *first choice* (ou *only choice*) do concessionário, fortalecendo o papel consensual no âmbito do contrato e na esfera da própria agência reguladora.

Embora tenhamos consciência de que a Diretiva 2014/23/EU não conseguirá abarcar a complexidade da realidade brasileira no tocante aos contratos de concessão, entendemos que as boas práticas ali identificadas representam um bom ponto de partida para integrar o debate que já vem sendo endereçado no Congresso¹²⁶, de modo a robustecer a tímida previsão quanto à necessidade de reequilíbrio¹²⁷, acrescentando-a de firmes parâmetros norteadores para lastrear aditivos.

Assim sendo, é fato que existe a necessidade de categorizar na lei as tipologias de modificações contratuais admitidas, traduzindo os princípios aplicáveis às concessões em um conjunto de regras minimamente coerentes, diminuindo o espaço para a criatividade, e dando lugar a um tratamento mais uniforme dessa temática. A lei deve se preocupar em prever disposições que uniformizem precedentes e práticas administrativas já testadas pelo tempo, além de boas práticas internacionais, até mesmo pelo fato de o tema merecer esse tratamento em face de uma exigência constitucional¹²⁸.

Nesse cenário, a participação de órgãos de controle externo, a exemplo do TCU, será tão relevante quanto a atual, na medida em que a maior amplitude de discricionariedade administrativa a ser permitida por lei deverá ser objeto de análise com relação à sua aderência aos *standards* definidos legalmente. Por outro lado, reconhece-se que essas inovações legislativas conferirão soluções jurídicas não apenas mais sofisticadas, mas sobretudo mais alinhadas com o interesse público subjacente nas concessões públicas, mormente a prestação de serviço adequado e a continuidade do serviço público. De mais a mais, a presente proposição adicionará mais uma

‘apagão das canetas’, frequentemente usada nos debates político e acadêmico, resume a forte preocupação dos críticos: estaríamos vivendo o risco de produzir gestores apáticos e paralisados por conta do receio exacerbado de responsabilização.”.

¹²⁶ Projeto de Lei nº 7.063/2017 e seus apensados.

¹²⁷ Art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

¹²⁸ Art. 175, parágrafo único, da CRFB: “A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

solução possível entre as tantas já existentes, permitindo que a solução escolhida seja efetivamente aquela que apresente o maior número de externalidades positivas.

REFERÊNCIAS

ABDELDAYEM, Marwan Mohamed; DULAIMI, Saeed Hameed AL. Privatisation as a Worldwide Tool of Economic Reform: A Literature Review. **International Journal of Social and Administrative Sciences**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 66-84, abr. 2019. ISSN(e): 2521-0556. DOI: 10.18488/journal.136.2019.42.66.84. Disponível em: <https://archive.aessweb.com/index.php/5051/article/view/72>. Acesso em: 5 jul. 2023.

ALBUQUERQUE, Gustavo Carneiro de. **Winner's curse: evidências da maldição do vencedor nos aeroportos em relicitação**. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2022. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2614?subject_page=1. Acesso em: 2 jul. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BELSIE, Laurent. Privatizing Infrastructure: Evidence from Airports. **The NBER Digest**. Cambridge (Estados Unidos), n. 1, jan. 2023. Disponível em: <https://www.nber.org/digest/20231/privatizing-infrastructure-evidence-airports>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. Londres: Penguin Books, 2011. ISBN: 9780141962016.

BOGDANOWICZ, Piotr. **Contract Modifications in EU Procurement Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2021. ISBN(e): 9781800379671. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781800379671>.

BOVIS, Christopher H. **EU Public Procurement Law**. 2 ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. ISBN: 9780857938411.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 215/1999 - Plenário**. Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei n. 8.666/93. Conhecimento. Esclarecimentos à autoridade consulente. Arquivamento. Consulente: Ministério do Meio Ambiente. Relator: Ministro-Substituto José Antônio Barreto de Macedo, 12 de maio de 1999. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-76584%22>. Acesso em: 23 jul. 2023.

Brasil. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 738/2017-TCU-Plenário**. Relatório de acompanhamento. Contrato de concessão da BR-040/MG-RJ. Duplicação da Nova Subida da Serra de Petrópolis. Significativa Ampliação de Investimentos que se encontravam subavaliados no programa de exploração da rodovia (PER). Autorização para início das obras sem que estivessem assegurados recursos orçamentários à conta da União para sua continuidade. [...] Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 12 de abril de 2017. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2170887%22>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar indeferida. Direito administrativo. Setor ferroviário. Prorrogação antecipada dos contratos de concessão. Alegada inconstitucionalidade do § 2º do inc. II do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da lei n. 13.448, de 5.6.2017. Ação direta julgada improcedente. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 07 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755270659>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.321/2021-TCU-Plenário**. Acompanhamento. Implementação de um sistema de conexão rápida – *Automated People Mover* (APM), entre estação de metrô e os terminais de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos. [...] Relator: Ministro Vital do Rêgo, 29 de setembro de 2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2512432%22>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 226/2022-TCU-Plenário**. Acompanhamento. Implementação de um sistema de conexão rápida, sistema *Automated People Mover* (APM), entre estação de metrô e os terminais de passageiros do Aeroporto Internacional de Guarulhos. Assinatura de termo aditivo antes do cumprimento de requisitos para justificar a viabilidade do projeto. [...] Relator: Ministro Vital do Rêgo, 09 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2521898%22>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.139/2022-TCU-Plenário**. Concessão da BR-163/MT. Proposta de Termo de Ajustamento de Conduta e transferência do controle acionário. Assunção do controle da concessão por sociedade de economia mista do estado do Mato Grosso. não identificação de óbices à celebração do TAC. Ciências e recomendações. Relator: Ministro Bruno Dantas, 28 de setembro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2555430%22>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946 – Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 27, caput e § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, renumerado pela Lei nº 11.196/05. Transferência da concessão ou do controle societário da concessionária. Alegada violação do art. 175 da Constituição Federal. [...] Relator: Min. Dias Toffoli, 09 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351258793&ext=.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. **Edital do Leilão nº 01/2022**. Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos Aviação Geral, Norte II e SP/MS/PA/MG. Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil, 2022. Disponível em:

<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/andamento/setima-rodada>. Acesso em: 19 jul. 2023, 2022d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10/2023-TCU-Plenário**. Leilão Aneel 2/2022. Concessão de prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, por até 30 anos, referente à construção, operação e manutenção de instalações de transmissão que comporão a rede básica do Sistema Interligado Nacional (SIN). [...] Relator: Min. Antônio Anastasia, 18 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2558171%22>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1593/2023-TCU-Plenário**. Consulta. Interpretação dos arts. 14, § 2º, inciso III, e 15, inciso I, da Lei 13.448/2017. Conhecimento. Arquivamento. Relator: Min. Vital do Rêgo, 02 de agosto de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2592868%22>. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Ata nº 27/2023 – Plenário**. Presidência: Ministro Bruno Dantas, 5 de julho de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ata-sessao/%22ATA-SESSAO-272023001%22>. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. Estudos de Viabilidade. **Gov.br**, 15 de fevereiro de 2017. Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/concessao-galeao-e-confins/estudos-de-viabilidade>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Concessões e parcerias público-privadas**: políticas públicas para provisão de infraestrutura. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11401>. Acesso em: 12 jul. 2023.

CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo**: historia y futuro. 1. ed. Global Law Press, 2017. ISBN: 9788494142635.

DRAGOS, Dacian C.; HALONEN, Kirsi-Maria; NEAMTU, Bogdana; TREUMER, Steen. **Contract Changes**: The dark side of EU Procurement Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2023. ISBN: 978-1800375581.

FLYVBJERG, Bent; ANSAR, Atif; BUDZIER, Alexander; BUHL, Søren; CANTARELLI, Chantal; GARBUIO, Massimo; GLENTING, Carsten; HOLM, Mette Skamris; LOVALLO, Dan; LUNN, Daniel; MOLIN, Eric; RØNNEST, Arne; STEWART, Allison; VAN WEE, Bert. Five things you should know about cost overrun. **Transportation Research Part A: Policy and Practice**, v. 118, p. 174-190, 2018. ISSN 0965-8564, DOI: 10.1016/j.tra.2018.07.013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0965856418309157?via%3Dihub>. Acesso em: 29 nov. 2023.

FLYVBJERG, Bent; HOLM, Mette K. Skamris; BUHL, Søren L. What Causes Cost Overrun in Transport Infrastructure Projects? **Transport Reviews**, Londres, v. 24, n. 1, p. 3-18, jan. 2004. DOI: 10.1080/0144164032000080494a. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0144164032000080494a>. Acesso em: 29 nov. 2023.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/90629>. Acesso em: 12 jul. 2023.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Concessão de aeroportos: desafios e perspectivas. *In*: FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. (Coord.). **Licitações, contratos e convênios administrativos**: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 165-191. ISBN: 9788577006427.

GRAELLS, Albert Sánchez. **Public Procurement and the EU Competition Rules**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. ISBN: 9781782259992.

HOLANDA. **Amsterdam Airport Schiphol Operation Decree 2017**. Amsterdam: The State Secretary for Infrastructure and the Environment, 2017. Disponível em: <https://www.schiphol.nl/en/download/b2b/1523624122/1T8kLVjBBmOiaKqOO4WC0K.pdf>. Acesso em: 5 ago. 023.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. A adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3, p. 137-159. dez. 2021. ISSN: 2236-1677. DOI: 10.5102/rbpp.v11i3.8045. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8045>. Acesso em: 29 nov. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. 2007.

LONGO, Daniel Ramos; FONSECA, Ricardo Sampaio. Evolução regulatória dos processos de concessão aeroportuária. *In*: SILVA, Mauro Santos (org.). **Concessões e Parcerias Público-Privadas**: políticas públicas para provisão de infraestrutura. Brasília: Ipea, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11401>. Acesso em: 9 jul. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. ISBN: 978-8545000402.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 9786555184334.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Renovar, 2006. ISBN: 9788571475366.

NETO, Dimas de Castro e Silva; CRUZ, Carlos Oliveira; RODRIGUES, Fernanda; SILVA, Paulo. Bibliometric Analysis of PPP and PFI Literature: overview of 25 years of research. **Journal of Construction Engineering and Management**. v. 142, n. 10, out. 2016. DOI: 10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0001163. Disponível em: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0001163>. Acesso em: 29 nov. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco. Coleção soluções de direito administrativo: Leis Comentadas – Lei Geral das Agências Reguladoras. Volume 10. Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. Dissertação (Mestrado em Direito Regulatório) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/27347>. Acesso em: 22 jul. 2023.

OLIVERA, Rafael Domínguez. Modification of Public Contracts. **European Procurement & Public Private Partnership Law Review**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 35-49, 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26695037>. Acesso em: 2 jul. 2023.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. **Revista Colunistas**, Rio de Janeiro, ano 2017, n. 369, jul. 2017. ISSN: 2525-4065.

POSNER, Richard A. The Law and Economics of Contract Interpretation. **Texas Law Review**. v. 83, p. 1581-1614, 2004. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2893&context=journal_articles. Acesso em: 13 ago. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2022. ISBN: 9786559910007.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direito Administrativo Europeu**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. ISBN: 9789892600611.

SONG, Jinbo; JIN, Lulu; ZHAO, Yunpeng; HU, Wenjin. Using bargaining-game model to negotiate compensation for the early termination of BOT highway projects. **Transportation Research Part A: policy and practice**, [s. l.], v. 105, p. 197-209, nov. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.tra.2017.06.017>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0965856416311132?via%3Dihub>. Acesso em: 29 de nov. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sanções em Direito Administrativo e a LINDB. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. ISBN: 9786555183368.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions**. Bruxelas, 30 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327>. Acesso em: 15 jul. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the award of concession contracts**. 20 dez. 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011PC0897>. Acesso em: 6 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/23>. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Oitava Seção). **Caso C-549/14**. REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Højesteret (Supreme Court, Denmark), made by decision of 27 November 2014, received at the Court on 2 December 2014, in the proceedings. Relatoria: A. Calot Escobar, 07 de setembro de 2016. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=413731>. Acesso em: 5 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Seção). **Caso C-298/15**. REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supreme Court, Lithuania), made by decision of 12 June 2015, received at the Court on 18 June 2015, in the proceedings. Relatoria: M. Aleksejev, Administrator, 05 de abril de 2017. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189626&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=409635>. Acesso em: 12 jul. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Commission staff working document**. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and on the impact on the internal market of the exclusions set out in Article 12. Bruxelas, 28 de julho de 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=SWD:2023:267:FIN>. Acesso em: 2 ago. 2023.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/53990>. Acesso em: 12 jul. 2023.

VITA, Pedro Henrique Braz de; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Uma análise crítica da relicitação na Lei nº 13.448/2017. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, ano 12, n. 22, p. 39-49, set. 2022/fev. 2023.

XIONG, Wei; ZHANG, Xueqing. Concession Renegotiation Models for Projects Developed through Public-Private Partnerships. **Journal of construction engineering and management**, v. 140, n. 5, maio 2014. DOI: 10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0000843. Disponível em: <https://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%29CO.1943-7862.0000843>. Acesso em: 29 nov. 2023.

ZHANG, Xueqing; XIONG, Wei. Renegotiation and Early-Termination in Public Private Partnerships. **International Journal of Architecture, Engineering and Construction**, v. 4, n. 4, p. 203-212, dez. 2015. DOI: 10.7492/IJAEC.2015.021. Disponível em: <https://repository.hkust.edu.hk/ir/Record/1783.1-78559>. Acesso em: 29 nov. 2023.

APÊNDICE A – ANTEPROJETO DE LEI

PROJETO DE LEI Nº, DE 2023

Acrescenta o inciso VI ao artigo 2º, o art. 2º-A, altera o artigo 23, bem como acrescenta os artigos 28-B, 28-C e 28-D, na Lei nº 8.987/1995; altera o art. 3º da Lei 11.079/2004

Art. 1º A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Capítulo VI

DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Seção I – Das normas gerais

Art. 2º :

V – valor estimado do contrato de concessão – somatório das receitas tarifárias e não tarifárias estimadas para todo o prazo da concessão, descontadas a uma taxa apropriada, de acordo com a metodologia especificada pelo poder concedente;

VI – natureza global da concessão - especificação contratual em que se delinea o núcleo do contrato que não poderá ser alterado ao longo da vigência contratual, conforme definido no Contrato de Concessão.

Art. 2º-A. Toda concessão de serviços públicos pressupõe a transferência para o concessionário ou permissionário dos riscos ordinários de exploração associados à demanda e/ou à oferta, atrelados ao objeto do serviço, nos termos da matriz de riscos prevista no respectivo Contrato de Concessão.

§ 1º Considera-se que o concessionário ou permissionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, o arranjo contratual não provê garantia de que haja recuperação dos investimentos efetuados ou das despesas suportadas no âmbito da exploração do serviço.

§ 2º Os riscos transferidos para o concessionário ou permissionário envolverão uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, de forma que não existirá garantia de que o concessionário ou permissionário poderá recuperar os investimentos e custos envolvidos no contrato, no qual perdas potenciais significantes possam ocorrer.

Art. 23.....

II - cláusulas de revisão ou de opções a serem exercidas por uma das partes, com a definição clara do escopo e natureza e ainda as condições que permitam sua utilização ao longo da execução do contrato;

....

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura

alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, bem como as hipóteses que permitem modificações da concessão durante a sua execução que não exijam um novo procedimento de licitação da concessão, observado o disposto no art. 28-B e 28-C desta lei;

....

XII – as condições para que sejam feitas adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades surgidas durante a utilização ou a manutenção do ativo, bem como para a prorrogação antecipada ou ao término do contrato;

...

XVI - o valor estimado do contrato.

§1º As modificações da concessão que resultem em alteração do valor do contrato de baixo impacto até os níveis estabelecidos no art. 28-B serão permitidos sem necessidade de abertura de procedimento visando a extinção do contrato.

§ 2º O contrato poderá prever quais investimentos poderão ser suspensos em casos de dificuldades técnicas comprovadas e quais intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade do serviço público.

§3º O contrato poderá prever mecanismos de boas práticas voltadas para lidar com a incapacidade de o concessionário realizar investimentos ou cumprir cláusulas contratuais diante de circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, de modo a delimitar a assunção de riscos pelo concessionário.

Seção II – Das modificações do contrato de concessão

Art. 28-B. As concessões podem ser modificadas sem que se implique na necessidade de novo procedimento licitatório, em qualquer dos seguintes casos:

I - quando as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão ou de opções contratuais que possam ser exercidas a critério do concessionário, e desde que tais cláusulas declarem o escopo e natureza das possíveis mudanças ou opções exercíveis de forma clara, precisa e inequívoca.

II - se houver a necessidade de obras ou serviços adicionais que não tenham sido incluídos na concessão inicial, e desde que a mudança do concessionário:

- a) não possa ser efetuada por razões econômicas ou técnicas, como requisitos de intercambialidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes adquiridas ao abrigo da concessão inicial; e
- b) seja considerada objetivamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para o poder concedente, sempre de forma motivada.

1 - em qualquer caso, os valores incrementais não devem exceder a 50% do valor estimado da concessão original;

2 – nos casos em que haja modificações sucessivas ao longo da concessão com base no disposto neste inciso, a limitação prevista no item anterior será considerada para cada caso individualmente, desde que não tenha por objeto contornar a aplicação do disposto nesta seção.

III - se se verificarem todas as seguintes condições:

a) a necessidade de modificação decorra de circunstâncias que não poderiam ser previstas anteriormente como resultado de uma avaliação diligente realizada pelo poder concedente;

b) a modificação não altera a natureza global da concessão;

c) o aumento dos valores não ultrapassa 50% do valor da concessão original.

IV – quando uma nova concessionária substituir, direta ou indiretamente, a concessionária que iniciou a execução do contrato, como consequência de uma das seguintes situações:

a) aplicação de cláusula de revisão ou exercício de opção contratual inequívoca, em conformidade com as exigências especificadas no inciso I do art. 28-B;

b) sucessão universal ou parcial da concessionária inicial, como resultado de operações de reestruturação empresarial, incluindo (mas não se limitando a) oferta pública de ações, operações de fusão e aquisição de outras companhias, ou de uma insolvência, para outro concessionário que atenda os critérios de habilitação originais, e desde que não sejam criadas concomitantemente outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação das regras estabelecidas nesta seção; ou

c) o poder concedente poderá, durante a transição entre concessionárias, em caráter excepcional, assumir as obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes que se façam necessárias à manutenção da continuidade do serviço pelo prazo que se fizer necessário;

V- se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais, nos termos do art. 28-C.

VI- se os valores a serem modificados são inferiores a 10% do valor da concessão, e desde que atendidos os seguintes requisitos:

a) a modificação não altere a natureza global da concessão;

b) no caso de modificações sucessivas com base neste inciso, sejam elas avaliadas cumulativamente para fins de atendimento ao percentual máximo estipulado na alínea anterior.

Art. 28-C. Uma alteração do contrato de concessão será considerada substancial sempre que tornar a concessão materialmente diferente daquela originalmente contratada entre as partes.

I – Sem prejuízo ao disposto no art. 28-B, uma modificação é considerada substancial caso verificada uma das seguintes condições¹²⁹:

a) a modificação muda o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da concessionária de uma forma não prevista originalmente no contrato; ou

b) a modificação aumenta ou reduz consideravelmente o escopo da concessão, seja quanto ao seu objeto ou quanto ao seu prazo.

Art. 28-D. O Termo Aditivo de renegociação de que trata esta Lei deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União juntamente com todos os documentos e informações que motivaram a renegociação.

Parágrafo primeiro. O Termo Aditivo poderá conter cláusula de eficácia vinculando sua vigência à manifestação final do Tribunal de Contas da União, o que neste caso deverá ocorrer no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.

Parágrafo segundo. Transcorrido o prazo de que trata o parágrafo primeiro sem que tenha havido a manifestação conclusiva do Tribunal de Contas da União e havendo cláusula de eficácia, o Termo Aditivo de renegociação passará a vigor no primeiro dia útil subsequente ao prazo previsto no parágrafo primeiro.

Art. 2º A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se lhes adicionalmente o disposto nos arts. 2, 2-A, 21, 23, 28-B, 28-C, 28-D, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A legislação atual que rege o tema do direito dos contratos de concessão (especialmente a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2004) serviu adequadamente ao seu propósito e sustentou uma ampla gama de programas governamentais nas

¹²⁹ Além dessas condições, em regra, a norma europeia considera como substancial a troca do concessionário, requerendo, em regra, um novo procedimento competitivo (Artigo 43 (4) (d)).

diversas esferas de governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Todavia, o tempo e a complexidade das contratações públicas mais atuais demonstram a necessidade de sua revisão.

Com efeito, o tema da infraestrutura é bastante dinâmico e multifacetado, a exigir do gestor público a adoção de mecanismos contratuais e regulatórios sempre mais modernos, tendo o objetivo de realizar o interesse público, mas igualmente atrair investimentos com a máxima segurança jurídica possível e ainda permitir a atualização, modernização e aprimoramento da legislação hoje em vigor sobre concessões e infraestrutura.

Na ideia de permitir a mutabilidade dos contratos de longo prazo, bem como dirimir conflitos deles emergentes com o passar de sua vigência, não há dúvida de que houve um fracionamento da legislação que se estruturou a partir de vários mecanismos. Essa relativa desintegração da unidade do tratamento legal é um dos fatores estruturantes da insegurança jurídica no tema, tendo em vista que as regras e procedimentos não foram imaginados dentro de um senso de unidade e sistematicidade. É evidente que essa falta de unidade trouxe confusão na interpretação dessas várias leis, criando incentivos perversos e ineficazes para a estabilidade jurídica e para a celeridade de alterações necessárias aos concessionários de boa fé.

O PL, nessa linha, tentar caminhar e resolver a grande parte dessas questões, a começar por exigir regras claras, objetivas e uniformes sobre os limites para alteração de contratos de concessão. A existência de balizas objetivas proporciona maior segurança jurídica aos concessionários.

Os contratos de concessão normalmente envolvem complexos mecanismos técnicos e financeiros a longo prazo que estão muitas vezes sujeitos a circunstâncias variáveis. É por conseguinte necessário clarificar as condições em que podem ser feitas as modificações de uma concessão durante a sua execução, permitindo objetivamente alterações quantitativas nos contratos sem que haja a necessidade de se promover um novo procedimento licitatório.

As modificações da concessão que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado nível desse valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de concessão.

O presente projeto introduz na legislação balizas objetivas entre as quais não é necessário um novo procedimento licitatório.

As autoridades e concessionárias podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível.

Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de concessão, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado. No caso de concessões adjudicadas para efeitos de prosseguir uma atividade diferente, o aumento dos valores não poderá ultrapassar 50 % do valor da concessão original. Quando forem realizadas diversas modificações sucessivas, essa limitação aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não poderão ter por objetivo contornar as disposições da presente diretiva.

Deverá ser dada às autoridades e entidades adjudicantes a possibilidade de preverem modificações da concessão através de cláusulas de revisão ou opção, mas estas cláusulas não deverão dar-lhes um poder de apreciação ilimitado.

Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão previstas contratualmente e redigidas de forma suficientemente clara, poderão ser previstas situações, condições e regras para se promover as alterações.

Também deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações da concessão que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção. Convém também recordar que as concessões poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público.

**APÊNDICE B – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA
2014/23/EU ÀS CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS NO BRASIL¹³⁰**

Tabela 1 – limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões aeroportuárias no Brasil

Aeroporto	Valor do contrato (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais¹³¹	% Capex¹³²	Limite para alterações imateriais¹³³	% Capex
<i>Natal/RN</i>	650	325,0	53%	65,0	11%
<i>Guarulhos/SP</i>	17.697	8.848,5	171%	1.769,7	34%
<i>Brasília/DF</i>	5.335	2.667,5	97%	533,5	19%
<i>Viracopos/SP</i>	12.984	6.492,0	65%	1.298,4	13%
<i>Galeão/RJ</i>	12.953	6.476,5	163%	1.295,3	33%
<i>Confins/MG</i>	5.117	2.558,5	103%	511,7	21%
<i>Fortaleza/CE</i>	3.503	1.751,5	183%	350,3	37%
<i>Salvador/BA</i>	4.561	2.280,5	134%	456,1	27%
<i>Florianópolis/SC</i>	2.269	1.134,5	118%	226,9	24%
<i>Porto Alegre/RS</i>	4.239	2.119,5	121%	423,9	24%
<i>Bloco Nordeste</i>	5.781	2.890,5	134%	578,1	27%
<i>Bloco Sudeste</i>	1.579	789,5	225%	157,9	45%
<i>Bloco Centro-Oeste</i>	1.433	716,5	93%	143,3	19%
<i>Bloco Sul</i>	7.452	3.726,0	130%	745,2	26%
<i>Bloco Central</i>	3.559	1.779,5	99%	355,9	20%
<i>Bloco Norte</i>	3.634	1.817,0	123%	363,4	25%
<i>Bloco SP/MS/PA/MG</i>	11.609	5.804,5	134%	1.160,9	27%
<i>Bloco Aviação Geral</i>	1.710	855,0	201%	171,0	40%
<i>Bloco Norte II</i>	1.932	966,0	176%	193,2	35%

¹³⁰ Valores arredondados para cima sempre que o algarismo da primeira casa decimal foi superior a 5.

¹³¹ 50% do valor original da concessão.

¹³² Valor do limite referencial em relação ao capex estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o capex consolidado, ou seja, englobando capex de desenvolvimento bem como capex de manutenção.

¹³³ Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao capex estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/2023/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato - considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

Aeroporto	Valor do contrato (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais¹³¹	% Capex¹³²	Limite para alterações imateriais¹³³	% Capex
Natal/RN (Relicitação)	1.328	664,0	231%	132,8	46%
Viracopos/SP (Relicitação)	13.366	6683,0	165%	1336,6	33%
Mediana			121%	24%	
Desvio-padrão			33%	7%	

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de capex estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>. Acesso em: 21 jul. 2023.

**APÊNDICE C – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA
2014/23/EU ÀS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS NO BRASIL**

Tabela 2 – limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões rodoviárias no Brasil

<i>Rodovia</i>	Valor do contrato ¹³⁴ (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais ¹³⁵	% Capex ¹³⁶	Limite para alterações imateriais ¹³⁷	% Capex
<i>Autopista Fernão Dias</i>	5730	2865,0	213%	573,0	43%
<i>Autopista Fluminense</i>	4.009	2004,5	190%	400,9	38%
<i>Autopista Litoral Sul</i>	5.484	2742,0	199%	548,4	40%
<i>Autopista Planalto Sul</i>	3.219	1609,5	219%	321,9	44%
<i>Autopista Régis Bittencourt</i>	7.529	3764,5	198%	752,9	40%
<i>CCR Via Costeira</i>	11.573	5786,5	199%	1157,3	40%
<i>Ecoponte</i>	6.331	3165,5	247%	633,1	49%
<i>Ecovias do Araguaia</i>	25.232	12616,0	173%	2523,2	35%
<i>EcoRioMinas</i>	43.189	21594,5	197%	4318,9	39%
<i>Ecosul</i>	333	166,5	251%	33,3	50%
<i>Ecovias do Cerrado</i>	8.267	4133,5	201%	826,7	40%
<i>CCR RioSP</i>	59.350	29675,0	181%	5935,0	36%
<i>Rodovia do Aço</i>	2.391	1195,5	219%	239,1	44%
Mediana			199%		40%

¹³⁴ Nos casos em que os contratos não atribuíam um valor referencial, utilizou-se a somatória em valores correntes das receitas ao longo do período da concessão constante dos estudos de viabilidade ou da proposta comercial da proponente vencedora da Licitação.

¹³⁵ 50% do valor original da concessão.

¹³⁶ Valor do limite referencial em relação ao capex estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o capex consolidado, ou seja, englobando capex de desenvolvimento bem como capex de manutenção.

¹³⁷ Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao capex estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/2023/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato (com exceção da concessão da Ecosul) - considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

<i>Rodovia</i>	Valor do contrato¹³⁴ (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais¹³⁵	% Capex¹³⁶	Limite para alterações imateriais¹³⁷	% Capex
<i>Desvio-padrão</i>			23%		5%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes>. Acesso em: 21 jul. 2023.

**APÊNDICE D – SIMULAÇÃO DOS LIMITES INDICATIVOS DA DIRETIVA
2014/23/EU ÀS CONCESSÕES FERROVIÁRIAS NO BRASIL**

Tabela 3 – Limites indicativos da Diretiva 2014/23/EU às concessões ferroviárias no Brasil

<i>Ferrovia</i>	Valor do contrato¹³⁸ (em R\$ milhões)	Limite para obras/serviços adicionais¹³⁹	% Capex¹⁴⁰	Limite para alterações imateriais¹⁴¹	% Capex
<i>MRS Logística</i>	5730	2865,0	213%	573,0	43%
Mediana			199%		40%
Desvio-padrão			23%		5%

Fonte: Elaboração própria, com base nos valores de contrato e de *capex* estimados disponíveis em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias>. Acesso em: 21 jul. 2023.

¹³⁸ Nos casos em que os contratos não atribuíam um valor referencial, utilizou-se a somatória em valores correntes das receitas ao longo do período da concessão constante dos estudos de viabilidade ou da proposta comercial da proponente vencedora da Licitação.

¹³⁹ 50% do valor original da concessão.

¹⁴⁰ Valor do limite referencial em relação ao *capex* estimado nos estudos de viabilidade durante o período projetado da concessão, considerando o *capex* consolidado, ou seja, englobando *capex* de desenvolvimento bem como *capex* de manutenção.

¹⁴¹ Utilizaremos como referência aqui, apenas para fins de simulação e análise da materialidade dos valores em relação ao *capex* estimado, a regra dos 10% do valor original do contrato, a despeito de existir regra de limite mínimo fixo que deve ser simultaneamente atendida ao citado percentual, de acordo com o artigo 43, (2) (i) da Diretiva 2014/2023/EU, dado que, caso utilizada essa última regra, todos os valores calculados seriam sempre inferiores a 10% do valor do contrato - considerando a referência adotada na proposta de framework formulada para o caso brasileiro na Seção 4.4.

APÊNDICE E – PROCESSOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TCU

Quadro 2 – Processos de solução consensual no TCU

Processos	Relator	Objeto / Empresa	Setor
000.853/2023-2	A sortear ¹⁴²	Devolução de trechos ferroviários e respectivo cálculo de indenização / Rumo Malha Paulista	Ferrovias
000.855/2023-5	A sortear	Atualização do Caderno de Obrigações / Rumo Malha Paulista	Ferrovias
006.223/2023-0	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Rovema Energia S.A	Energia
006.248/2023-3	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Ambar Energia S.A.	Energia
006.250/2023-8	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Tradener Serviços em Energia LTDA.	Energia
006.252/2023-0	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Termelétrica Viana S.A. - Linhares Geração S.A. - Povoação Energia S.A.	Energia
006.253/2023-7	Benjamin Zymler	Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade (PCS) nº 1/2021 / Karpowership Brasil Energia LTDA.	Energia
006.448/2023-2	A sortear	Obrigação de investimento para adequação do sistema de pista do Aeroporto de Cuiabá / Concessionária Aeroeste Aeroportos S.A.	Aeroportos
006.449/2023-9	A sortear	Construção da segunda pista de pouso no Aeroporto de Confins (MG) / Concessionária do Aeroporto de Confins S/A.	Aeroportos
020.662/2023-8	A sortear	Concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).	Telecom

Fonte: elaboração própria.

¹⁴² Nos termos do art. 9º da Instrução Normativa-TCU nº 91/2022, o Relator, em regra, só é sorteado apenas após a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de solução consensual apresentada.

APÊNDICE F – COMPARATIVO DE PRÓS E CONTRAS DAS VIAS CONSENSUAIS

Quadro 3 – Comparativo de prós e contras das vias consensuais

Via	Pró	Contra
Arbitragem	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Especialização dos árbitros no assunto ✓ Celeridade em face da judicialização do conflito 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Falta de celeridade em comparação com a resolução de conflitos no âmbito do próprio Poder Concedente ✓ Altos custos processuais
Mediação no TCU (Secex Consenso)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Diminuição dos custos de transação e assimetria de informações junto ao órgão regulador ✓ Diminuição do tempo total da resolução do conflito em comparação com a atuação do tribunal em sede de controle <i>ex post</i>. ✓ Maturidade das unidades técnicas em matéria de controle de concessões de serviços públicos 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Fomento ao controle <i>ex ante</i> ✓ Desincentivo ao uso de câmaras de mediação e arbitragem como a do âmbito da AGU; ✓ Falta de experiência do órgão em matéria de mediação na resolução de conflitos ✓ Inexistência de precedentes para se analisar a qualidade do processo de mediação pretérito
Relicitação	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Diminuição de desgaste para as partes em comparação com eventual caducidade da concessão ✓ Manutenção de serviço público, mesmo que em condições mínimas ✓ Consiste em uma alternativa viável diante de situação real de anormalidade que gera a inviabilidade contratual a ponto de impactar premissas e diretrizes regulatórias a serem aplicadas e a própria modelagem do ajuste; 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Abertura excessiva da lei de relicitações para as hipóteses ✓ Incentivo a comportamentos oportunistas das concessionárias ✓ Existência de lacunas quanto à limitação das prorrogações dos termos aditivos celebrados entre o poder concedente e o concessionário que entrega a concessão ✓ Insegurança jurídica em relação à quantificação das indenizações
TAC	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Instrumento de correção mais célere e legítimo, haja vista que o concessionário infrator participa da construção da proposta negociada; ✓ Agência pode melhor direcionar seus recursos, diminuindo o dispêndio de tempo na apuração e responsabilização das infrações ✓ Atuação mais célere na identificação e correção de outras infrações de outras prestadoras ✓ Oportunidade de direcionamento de investimentos, pois o poder público pode exigir contrapartidas não anteriormente previstas às novas condições do acordo 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Risco de captura da agência reguladora ✓ Falta de força cogente do instrumento em alguns aspectos ✓ Limitação do escopo apto a integrar o TAC

Fonte: elaboração própria.

APÊNDICE G – PROCESSOS ENVOLVENDO APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RELICITAÇÃO NO TCU

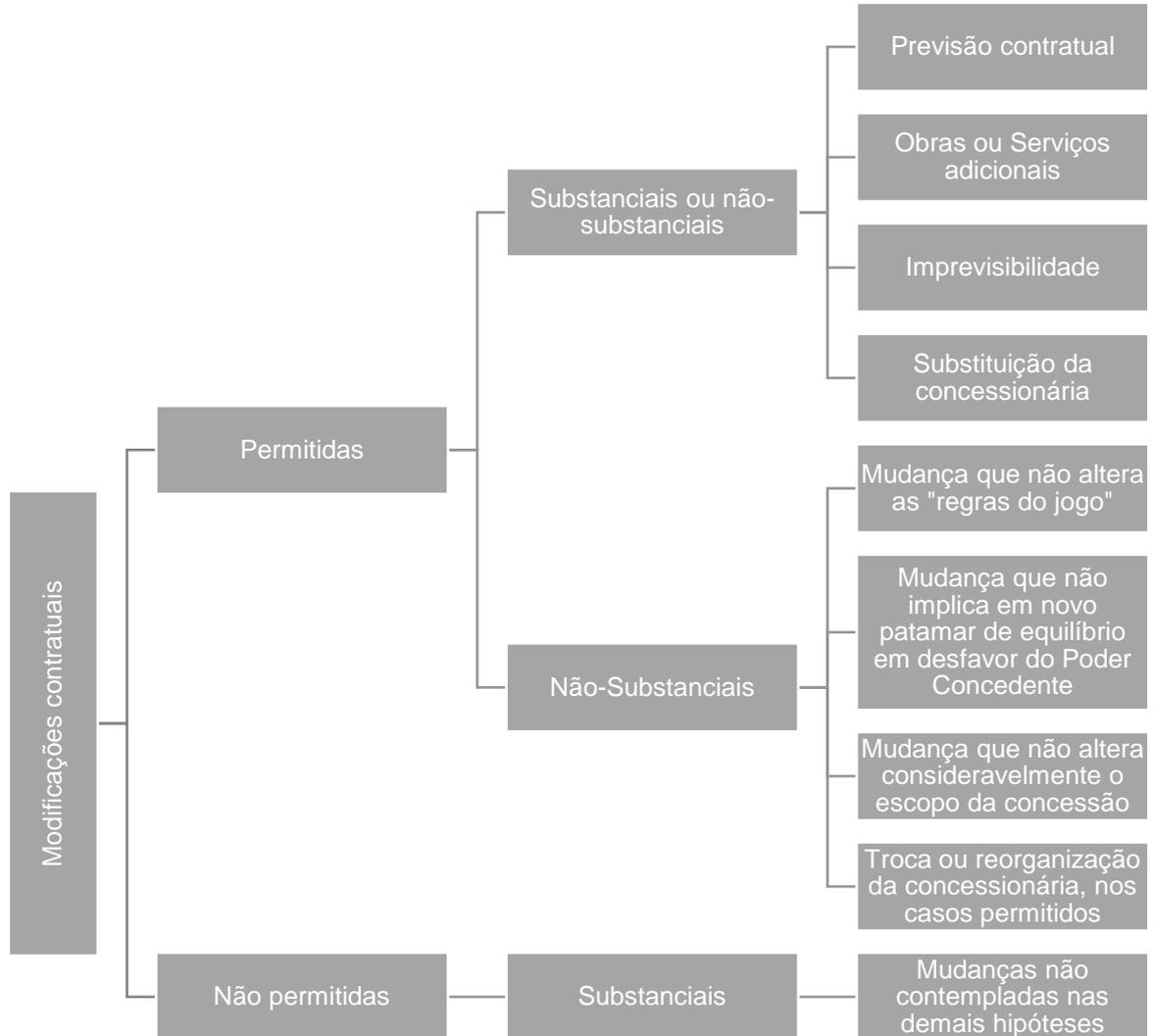
Quadro 4 – Processos envolvendo aplicação do instituto da relicitação no TCU

Processo	Relator	Ativo	Setor
008.508/2020-8	JORGE OLIVEIRA	BR-040/DF/GO/MG - Trecho Brasília-DF - Juiz de Fora-MG	Rodoviário
009.470/2020-4	VITAL DO RÊGO	Aeroporto de Viracopos (VCP) instaurado pela ANAC	Aeroportuário
028.391/2020-9	AROLDO CEDRAZ	Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante/RN (SBSG)	Aeroportuário
016.420/2021-7	AROLDO CEDRAZ	BR-163/MS - trecho entre a divisa com o estado do Mato Grosso e a divisa com o Paraná.	Rodoviário
005.373/2022-0	WALTON ALENCAR RODRIGUES	BR-060/153/262/DF/GO/MG.	Rodoviário
007.850/2023-9	AROLDO CEDRAZ	Conhecer e a avaliar a continuidade do processo de relicitação da Ferrovia Malha Oeste - trecho ferroviário com extensão total de 1.625,30 km e que intercepta os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul.	Ferrovário
008.877/2023-8	VITAL DO RÊGO	Relicitação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário	Diversos
009.697/2023-3	AROLDO CEDRAZ	Relicitação da Malha Oeste	Ferrovário
014.498/2023-5	AUGUSTO NARDES	Relicitação do aeroporto do Galeão/RJ	Aeroportuário

Fonte: elaboração própria.

APÊNDICE H – VISÃO GERAL ESQUEMÁTICA DA TIPOLOGIA DAS MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS

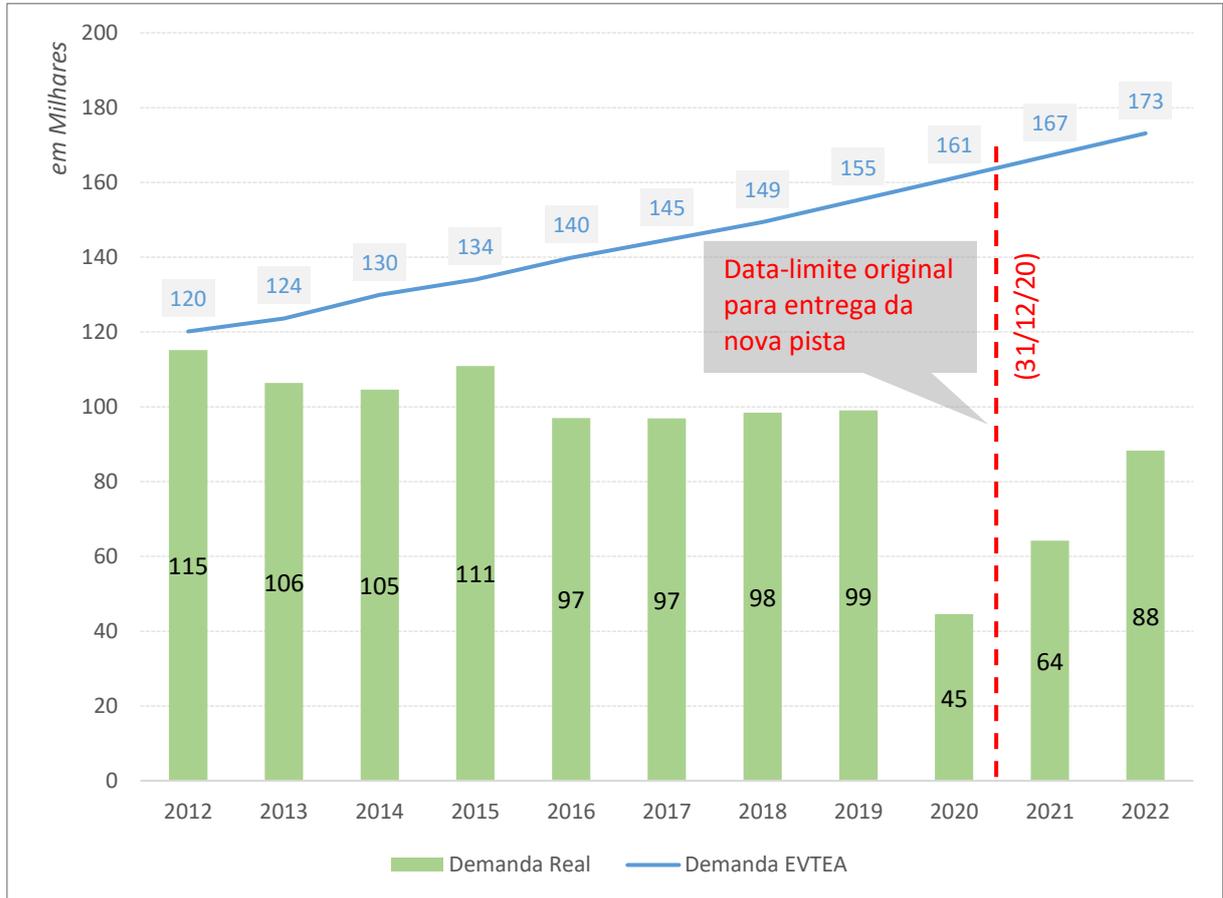
Figura 1 – Visão geral esquemática da tipologia das modificações contratuais



Fonte: elaborado pelos autores.

APÊNDICE I – COMPARATIVO ENTRE DEMANDA ESTIMADA E DEMANDA EFETIVADA NO AEROPORTO DE CONFINS

Gráfico 1 – Comparativo entre demanda estimada e demanda efetivada no aeroporto de confins



Fonte: elaboração própria, a partir de dados consultados no Portal Hórus/SAC, disponível em: <https://horus.labtrans.ufsc.br/gerencial>. Acesso em: 7 ago. 2023.

APÊNDICE J – ESTIMATIVAS DE CRESCIMENTO DA MOVIMENTAÇÃO ANUAL DE AERONAVES NO AEROPORTO DE CONFINIS

Tabela 4 – Estimativas de crescimento da movimentação anual de aeronaves no aeroporto de confins

Ano	Movimentos
2023	99.029 ¹⁴³
2024	102.198
2025	105.468
2026	108.843
2027	112.326
2028	115.921
2029	119.630
2030	123.458
2031	127.409
2032	131.486
2033	135.694
2034	140.036
2035	144.517
2036	149.141
2037	153.914
2038	158.839
2039	163.922
2040	169.168
2041	174.581
2042	180.168
2043	185.933
2044¹⁴⁴	191.883
2045	198.023
2046	204.360
2047	210.899
2048	217.648
2049¹⁴⁵	224.613

Fonte: Elaboração própria

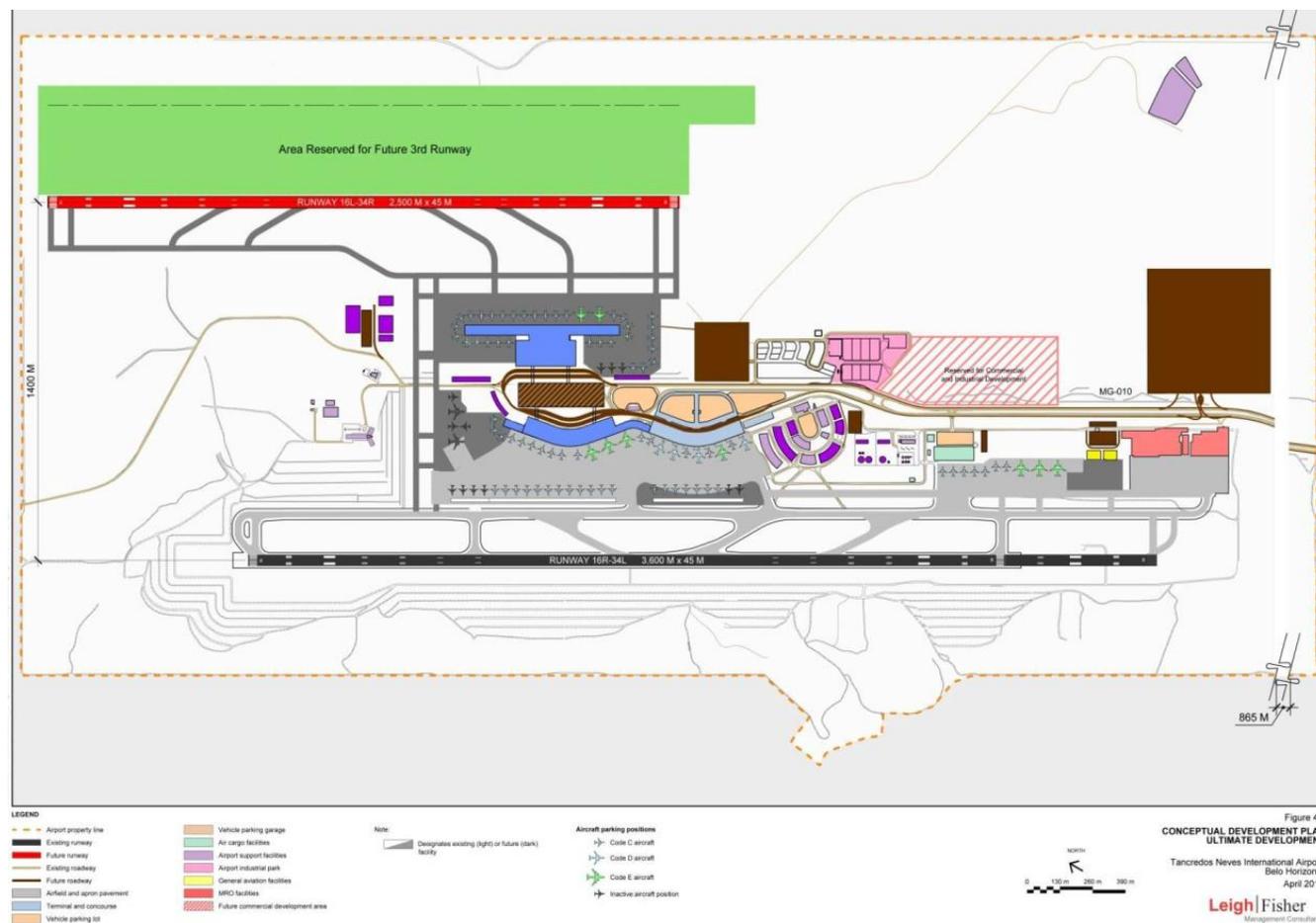
¹⁴³ Equivalente à demanda pré-Covid (ano de 2019), segundo dados do portal Hórus/SAC.

¹⁴⁴ Último ano previsto de contrato.

¹⁴⁵ Prazo final, se considerada a extensão contratual de prazo de até cinco anos.

ANEXO I – PLANO CONCEITUAL DE DESENVOLVIMENTO – IMPLANTAÇÃO FINAL DO AEROPORTO DE CONFINS (2043)

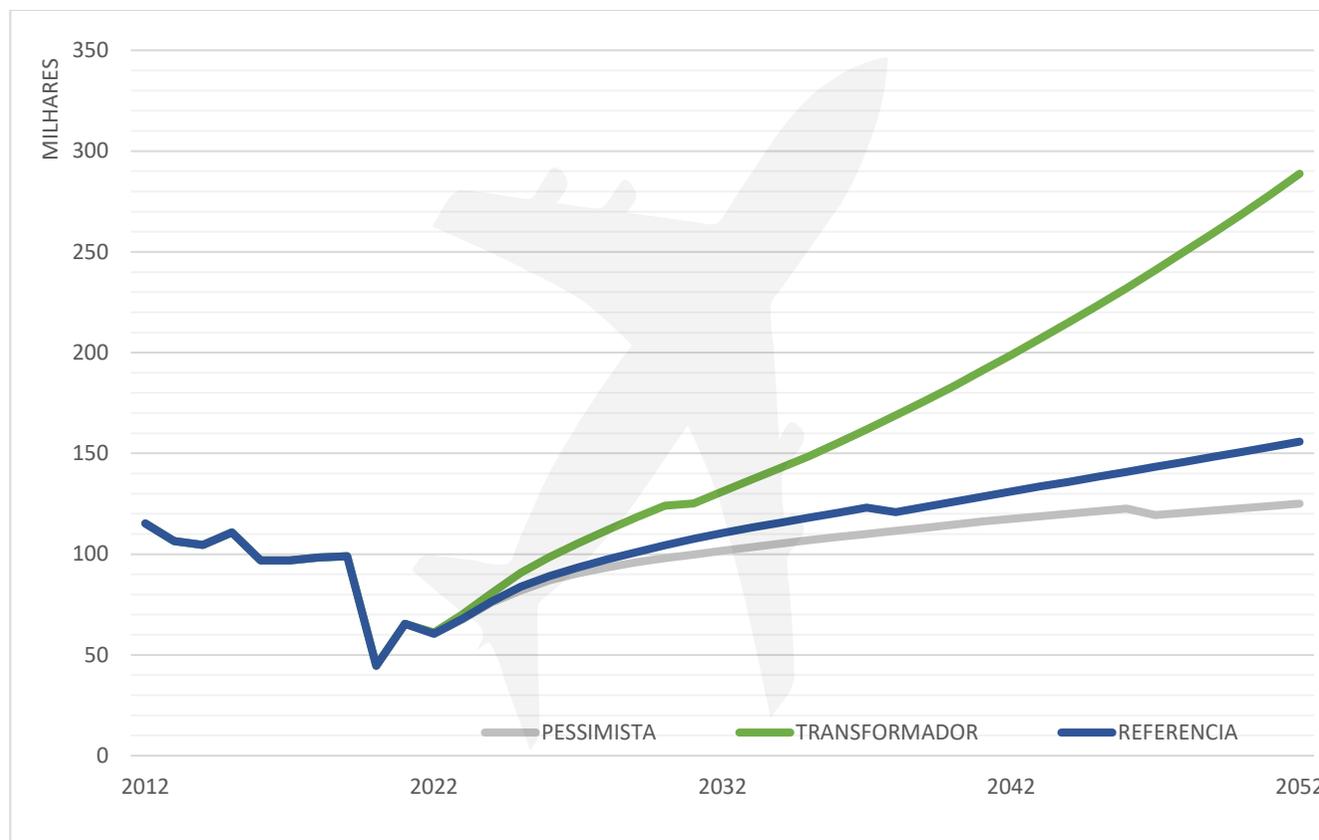
Figura 2 – Plano conceitual de desenvolvimento – Implantação final do Aeroporto de Confins (2043)



Fonte: EBP, 2013.

ANEXO II – PROJEÇÕES DE MOVIMENTAÇÃO ANUAL DE AERONAVES NO AEROPORTO DE CONFINS (2012-2042)

Gráfico 2 – Projeções de movimentação anual de aeronaves no Aeroporto de Confins (2012-2042)



Fonte: Apêndice I (Parte 1) do PAN 2022 (adaptado pelos autores). Disponível em:

<https://www.gov.br/participamaisbrasil/plano-aeroviario-nacional-2022>. Acesso em: 7 ago. 2023