



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - SEDE
SUBPROCURADORIA-GERAL DE MATÉRIA REGULATÓRIA
SCES TRECHO 3, LOTE 10, PROJETO ORLA 8, BLOCO A, 3º ANDAR

PARECER n. 00075/2023/PF-ANTT/PGF/AGU

NUP: 50500.027309/2023-89

INTERESSADOS: SUPERINTENDÊNCIA DE CONCESSÃO DA INFRAESTRUTURA - SUCON

ASSUNTOS: ATOS ADMINISTRATIVOS

EMENTA: RELICITAÇÃO. EFEITOS DA LEI NO TEMPO. ADVENTO DA LEI 14.368/2022. PRAZO MÁXIMO DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE RELICITAÇÃO. RESCISÃO AMIGÁVEL. FINALIZAÇÃO DO PROCESSO DE RELICITAÇÃO.

1. A lei vigente tem efeito imediato e geral, inteligência do art. 6º do Decreto-Lei n.º 4.657/42. Respeitadas as previsões contidas nos termos aditivos passados por tratarem de situações devidamente constituídas na vigência da lei anterior, os novos termos aditivos firmados devem observância da Lei n.º 13.448/2017 na redação vigente ao tempo de sua celebração.

2. A relicitação é processo de rescisão amigável, não se podendo impor à concessionária a prorrogação do prazo de relicitação. Contudo, a concessionária deve ser alertada de que a sua negativa implicará na restauração das condições originárias do contrato, na revogação do sobrestamento dos processos sancionadores e, conseqüentemente, das medidas destinadas a instaurar o processo de caducidade.

3. Um dos propósitos da relicitação é evitar a descontinuidade da prestação do serviço público, cuja lei de regência priorizou a saída de um concessionário e a entrada de um novo. A transição não se perfectibiliza apenas com o lançamento do edital da nova licitação.

4. A relicitação tem prazo máximo de 48 (quarenta e oito meses), 24 (vinte e quatro meses) iniciais acrescidos de 24 (vinte e quatro) meses de prorrogação (art. 20, §1º e 2º, Lei n.º 13.448/2017).

5. Situações excepcionabilíssimas, se ocorrerem, devem ser objeto de análise e consulta jurídica a seu tempo.

6. Os contornos da consulta jurídica estão delimitados às situações concretas, conforme disposto no art. 11 da Portaria PGF n.º 523/2013.

7. Eventual discussão acerca do valor a ser indenizado não deve ser óbice ao prosseguimento da nova licitação, inteligência do disposto no §4º do art. 15 da Lei n.º 13.448/2017 incluído pela Lei n.º 14.368/2022

8. Se o valor de outorga for inferior ao valor devido de indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados para a relicitação em curso, a União deve custear a diferença, inteligência do art. 15, §5º da Lei n.º 13.448/2017.

9. É possível o distrato antecipado do contrato originário, quando há indenização (positiva) devida à concessionária, desde que haja interesse inequívoco de ambas as partes de extinguir o contrato, concordância da concessionária de receber apenas ao final da relicitação, em pagamento a ser realizado pela nova concessionária e anuência do Poder Concedente.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

1. Trata-se de consulta formulada pela Superintendência de Concessão da Infraestrutura – SUCON *sobre questões que envolvem a relicitação da BR-040/ MG - Trecho - Juiz de Fora-MG- Belo Horizonte-MG.*

2. Relata a SUCON todo o iter procedimental da relicitação da VIA 040, desde os atos prévios à qualificação da concessionária no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI da Presidência da República, que se concretizou com a promulgação do Decreto n.º 10.248/2020, publicado no dia **19.02.2020**, até a presente data.

3. Assinala, ainda, a unidade consulente que o processo de relicitação da VIA 040 foi objeto de 03 (três) termos aditivos. O **primeiro**, que consigna o ajuste entre as partes para fins de relicitação, tendo sido firmado em **20 de novembro de 2020**. O **segundo**, que retifica o início de vigência do 1º Termo Aditivo, para contar da sua assinatura, e não da data de publicação de seu extrato no Diário Oficial da União (DOU). O **terceiro**, que prorrogou o prazo da relicitação por 18 (dezoito meses), a contar de a contar de 19 de fevereiro de 2022.

4. Na seqüência, explicita a SUCON a delimitação do novo trecho a ser relicitado:

Cumprir mencionar que o trecho entre Juiz de Fora e Belo-Horizonte da Via040, objeto da relicitação, diante das conclusões do estudo de viabilidade juntou-se a outro trecho da BR-040, entre Rio de Janeiro e Juiz de Fora, de modo que o escopo do empreendimento foi redefinido em 450,9 km, compreendendo os seguintes trechos:

BR-040/RJ/MG (Antiga Concer) – Trecho entre Rio de Janeiro e Juiz de Fora, qualificado na 2ª Reunião do Conselho do PPI, convertida no Decreto nº 9.059, de 25/05/2017.

BR-040/MG (Antiga Via 040) – Trecho entre Juiz de Fora e Belo Horizonte, qualificado na 12ª Reunião do Conselho do PPI, convertida no Decreto nº 10.248, de 18/02/2020.

5. Preocupa-se a SUCON em alertar que, em decorrência dos trâmites necessários ao processo de nova licitação (deliberação do TCU, ajustes no projeto, manifestação jurídica, deliberação da Diretoria da ANTT etc), até o advento do termo

de vigência do 1º Termo aditivo em **19/08/2023**, *muito provavelmente ainda não teremos um novo contrato de concessão celebrado.*

6. Salientando a alteração normativa do art. 20 da Lei de relicitação (Lei nº 13.448/2007) pela Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022, questiona a SUCON *se seria possível a celebração de um novo termo aditivo que prorrogasse o prazo do contrato atual com a concessionária Via 040.*

7. Ao final, encaminha as seguintes indagações à Procuradoria:

4.1.1 Considerando que o processo de relicitação foi iniciado e prorrogado sob a égide da redação original da Lei nº 13.448/2007, eventual nova prorrogação do processo de relicitação deveria observar a redação original do §2º, art. 20, da Lei nº 13.448/2007 ou a sua nova redação dada pela Lei nº 14.368/2022?

4.1.2 Pode-se interpretar que o processo de relicitação poderia ter um prazo total de 48 meses, somando prazo original e prazo prorrogado (24 meses do prazo original + 18 meses de prorrogação inicial + 6 meses de uma nova prorrogação)? Ou seja, poderia ser prorrogada a pactuação da relicitação no caso concreto por mais 6 meses, totalizando 24 meses de prazo de prorrogações? Poderia a prorrogação ultrapassar o prazo de 24 meses, caso necessário?

4.1.3 Considerando os prazos legais possíveis ao período de relicitação e tendo havido previamente adesão voluntária da Via 040, estaria a concessionária obrigada a aceitar eventual nova prorrogação – ao menos por 6 meses – ou esse deveria ser um ato consensual?

4.1.4 Caso não haja a pactuação da prorrogação do prazo de relicitação ou na hipótese de não ser celebrado o contrato de concessão com um novo concessionário ou não haja um vencedor no processo de licitação, deve ser aberto ou retomado o processo de caducidade em face da atual concessionária Via 040, com fulcro no art. 20, §1º da Lei de Relicitações ? 4.1.5 Quais providências devem ser adotadas e quais consequências jurídicas que ocorrerão nestas hipóteses aventadas?

Caso seja necessária a prorrogação do prazo da relicitação após o lançamento do edital, vislumbra-se algum prejuízo do processo licitatório ou de relicitação?

4.1.6 O que se entende por conclusão do processo de relicitação no prazo de 24 meses prescrito no §1º do art. 20 da Lei de Relicitação e como compatibilizar o risco de não concluir o referido processo de relicitação no prazo com o disposto no art. 15, II da aludida lei que dispõe que a concessionária atual deverá prestar os serviços mínimos até a assunção do novo parceiro? O prazo legal estaria cumprido com a publicação do edital da relicitação, devendo a situação transitória na prestação do serviço pela atual concessionária ser postergada até a assunção dos serviços pelo novo operador?

4.1.7 Um eventual atraso no processo da licitação ou na assunção do novo concessionário, decorrente de - por exemplo, (i) eventuais demandas judiciais que criem óbice ao certame (decorrente de uma ação da Concer ou de um licitante), ou ainda, (ii) no caso de a própria Via 040 der causa a um atraso no processo de assunção do novo concessionário, em virtude de discussão sobre o valor a ser indenizado, nos termos do §2º do art. 11 da Lei de Relicitações ou (iii) se for decidido que parte da indenização será efetuada pelo novo Concessionário da Rota dos Cristais (que abrange trecho hoje operado pela Via040 e deve ser licitada ainda depois da relicitação em questão) - poderia sobrestar o prazo do processo de relicitação ou permitir nova prorrogação que ultrapasse o prazo do pacto de relicitação de 48 meses? Poderia em tais hipóteses a atual concessionária estar obrigada a prestar os serviços mínimos até a assunção da concessão por um novo operador?

4.1.8 No que tange ao disposto no § 4º do Art. 15 da Lei nº13.448 (incluído pela Lei 14.368/2022), se a ANTT não conseguir contratar a asseguaração para o cálculo da indenização feita pelos auditores independentes (cf. CTO nº 8, de 9/11/22), o processo licitatório poderá ser concluído com o pagamento do valor calculado pelo verificador independente, sem a asseguaração? Vale mencionar que o CTO nº 8, de 9/11/22 somente entrou em vigor em 2/12/22. Esta norma orienta os auditores independentes para os trabalhos de asseguaração razoável em conexão com processo de relicitação dos contratos de parcerias rodoviárias, para fins de cumprimento dos requisitos da Lei nº 13.448/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.957/2019, e para fins de cumprimento da Resolução n.º 5.860, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), de 3 de dezembro de 2019.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Do alcance da manifestação jurídica

8. À luz do art. 131, da Constituição Federal de 1988, e do art. 11, da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe, a este órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculado à Advocacia-Geral da União, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da gestão administrativa, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, financeira, contábil e/ou orçamentária.

9. Com relação a esses dados exorbitantes da esfera jurídica, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC nº 7.

10. A presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até apresente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

2.2 Dos efeitos da Lei no Tempo. Prorrogação máxima do prazo de conclusão do processo de relicitação.

11. A preocupação inicial da SUCON refere-se aos efeitos da lei no tempo, tendo em vista a alteração normativa ocorrida em 2022 na lei de relicitação. Considerando que o termo aditivo de relicitação foi firmado sob a égide da redação originária da Lei n.º 13.448/2017, indaga a SUCON se o novo aditivo (para fins de prorrogação) deveria observar a redação original do §2º, art. 20, da Lei nº 13.448/2007 ou a sua nova redação dada pela Lei nº 14.368/2022.

12. De fato, o art. 20 da Lei n.º 13.448/2017 foi alterado pela Lei n.º 14.368/2022:

Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 13 desta Lei, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas condições previstas no inciso II do **caput** do art. 15 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

§ 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei.

~~§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI):~~

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo poderá ser prorrogado por sucessivas vezes, desde que o total dos períodos de prorrogação não ultrapasse 24 (vinte e quatro) meses, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI). ([Redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022](#))

13. A redação originária da Lei n.º 13.448/2017 não dispunha acerca do prazo da prorrogação. A nova redação, com vigência desde 15 de junho de 2022, contudo, impôs uma limitação temporal à prorrogação para a conclusão do processo de relicitação.

14. Em síntese, a relicitação tem prazo máximo de 48 (quarenta e oito meses), 24 (vinte e quatro meses) iniciais acrescidos de 24 (vinte e quatro) meses de prorrogação (art. 20, §1º e 2º, Lei n.º 13.448/2017).

15. Em que pese, no advento do 1º, 2º e 3º Termo Aditivo vigorasse a redação original da Lei n.º 13.448/2017, o novo aditivo a ser firmado representa **novo ajuste** e deve, desse modo, obedecer a lei vigente a seu tempo. Isso porque, à luz do disposto no art. 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a lei vigente tem efeito **imediate e geral**:

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

16. O dispositivo legal supracitado permeia a incidência do princípio da segurança jurídica, dando azo à regularidade das modificações normativas/contratuais. Assim, respeitadas as previsões contidas nos termos aditivos passados por tratarem de situações devidamente constituídas na vigência da lei anterior, os novos termos aditivos firmados devem observância da Lei n.º 13.448/2017 na redação vigente ao tempo de sua celebração.

2.3 Da relicitação. Processo de rescisão amigável.

17. A Lei n.º 13.448/2017 delinea o objetivo e a formatação do processo de relicitação:

Art. 13. Com o **objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços**, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a **relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente**.

Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por **meio de acordo entre as partes**, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a aderência irrevogável e irretroatável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à **posterior extinção amigável** do ajuste originário, nos termos desta Lei;

18. Nesse passo, a relicitação é essencialmente um processo de **rescisão amigável**, em que há interesse convergente, tanto do Poder Público, como da concessionária, de não mais prosseguir com a concessão do trecho rodoviário, **ante a constatação de que as disposições contratuais não estão sendo atendidas**. Nesse sentido, leciona Rafael Vêras^[1]:

2 Da relicitação

O instituto da relicitação, por sua vez, se configura como hipótese de extinção consensual do contrato de concessão, em substituição ao procedimento administrativo de caducidade (previsto no art. 38 da Lei nº 8.987/1995). Por meio desse instituto, o concessionário inadimplente para com a suas obrigações, em vez de se submeter a um procedimento administrativo de extinção anômala do contrato de concessão culposa, entabula a sua extinção consensual com o poder concedente, por intermédio da celebração de termo aditivo. O que se exige, como muito bem apontado por César Pereira, é o inadimplemento de qualquer das partes e, no caso do inadimplemento do concessionário, esse pode ser atual ou potencial. Não há a necessidade de já se haver caracterizado o inadimplemento, apenas de se comprovar que o concessionário demonstra incapacidade de continuar cumprindo o contrato ou as obrigações financeiras.¹⁹

19. A *mens legis* é imbuída em minimizar os riscos de permanência de concessão rodoviária que não está sendo proveitosa. De um lado, a concessionária evita maiores sanções decorrentes de descumprimento e eventual processo de caducidade. De outro, o Poder Público retoma antecipadamente o trecho concedido, cujo contrato não estava sendo adequadamente executado, a fim de viabilizar a melhor prestação do serviço.

20. Se concluída a contento, a relicitação carrega enorme êxito de evitar um custoso processo de caducidade, desgastante e oneroso para a concessionária, mas também, de forma reflexiva, tem a potencialidade de causar prejuízos aos usuários, eis que, enquanto não finalizado, restam frustradas as chances de qualquer investimento no trecho rodoviário e, por óbvio, de melhor execução do serviço público.

21. De outro turno, **as consequências do insucesso do processo de relicitação estão expressas na lei de regência: retomada do curso do processos sancionatórios sobrestados e de eventual processo de caducidade em curso** (art. 14, §3º c/c 20, §1º da Lei n.º 13.448/2017).

22. Qualquer que seja o resultado ao fim do processo relicatório, o que temos como premissa inarredável é que o que permeia essa fase da concessão é consensualidade entre Poder Público e concessionária.

23. Não se pode olvidar que existe um contrato prévio firmado entre as partes, em que a relitante se comprometeu a prestar serviço de infraestrutura rodoviária, com rol extenso de obrigações e longo prazo de vigência contratual. E a relicitação é uma via para permitir a rescisão antecipada, sem necessidade de se enveredar por uma extinção culposa do contrato de concessão.

24. Compete assinalar que, no caso sob testilha, ancorado na premissa da consensualidade do processo de relicitação, o **1º Termo Aditivo** preceitua, ainda, que a prorrogação exige **anuência expressa da concessionária**. Senão vejamos:

13.2.1 O prazo de vigência deste Termo Aditivo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do CPPI e **anuência expressa da Concessionária**, nos termos do Anexo II.

Anexo II:

2. Prazo da Transição

2.1. A Transição deverá ser concluída no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da qualificação do EMPREENDIMENTO no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República para fins de relicitação.

2.2. O prazo de Transição poderá ser prorrogado, considerado o disposto na cláusula 13ª do presente Termo Aditivo.

2.2.1. Ocorrendo a prorrogação da Transição, as Partes revisarão previamente, de boa-fé, as obrigações assumidas para o período inicial de 24 (vinte e quatro) meses, inclusive as que constam do Anexo I, visando ajustá-las às novas condições que se apresentem após o transcurso do prazo estipulado na subcláusula 2.1 deste Anexo.

25. Há que se ressaltar, ainda, que o termo aditivo de relicitação é um ajuste temporário, com prazo de vigência previamente estipulado. Expirado o prazo do termo aditivo de relicitação, sem prorrogação devidamente ajustada, outra não pode ser a conclusão de que aquelas condições ali estabelecidas não mais subsistem, fazendo exsurgir, a relação contratual originária, nos termos da cláusula 13.4, II do Termo Aditivo firmado. *In verbis*:

13.4. O presente Termo Aditivo será extinto de pleno direito, restabelecendo-se as obrigações previstas no **CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO**, nas seguintes hipóteses de resolução:

...

(ii) o decurso do prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da publicação do Decreto nº 10.248/2020, na hipótese de não ter havido prorrogação nos termos da subcláusula 13.2.1.

26. Uma vez expirado o prazo da relicitação da VIA 040, sem ajuste quanto à sua prorrogação, em regra são restabelecidas as condições originárias do contrato, consoante termo aditivo que foi celebrado.

27. Assim, nesse contexto, se não houver anuência da concessionária com a prorrogação do prazo de relicitação, **competete alertar à concessionária que a sua negativa implicará na restauração das condições originárias do contrato e na revogação do sobrestamento dos processos sancionadores e, conseqüentemente, das medidas destinadas a instaurar processo de caducidade**.

28. Desta feita, a resposta ao questionamento da SUCON quanto à possibilidade de se impor à concessionária a prorrogação do prazo de relicitação é **negativa**. Deve, contudo, a SUCON alertar à concessionária quanto aos efeitos de sua decisão, consoante delineado no item anterior.

2.4 Prorrogação e finalização do processo de relicitação

29. Debruça-se a SUCON acerca de qual momento que pode se considerar concluído o processo de relicitação e de como compatibilizar a previsão de que o concessionário deve continuar prestando serviços mínimos até a assunção do novo parceiro (art. 15, II da Lei n.º 13.448/2017) com o prazo máximo do processo de relicitação (48 meses). **Em resumo, a SUCON questiona se o prazo legal para o Poder Público licitar novamente estaria concluído com o lançamento do edital e a situação transitória na prestação do serviço pela atual concessionária pode ser postergada até a assunção dos serviços pelo novo operador.**

30. Não antevejo como se considerar concluída a relicitação tão somente com a publicação do edital. Isso porque a publicação do edital corresponde à fase inicial do procedimento da nova licitação, **a fim de selecionar a proposta que se revele mais conveniente e vantajosa para assunção do trecho rodoviário por novo licitante.**

31. O procedimento de licitação se desdobra em fases. Nessa contextura, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello^[2]:

IX. Fases da licitação

84. Sendo a licitação um procedimento, desdobra-se em fases.

A realização e regular exaurimento de cada qual é pressuposto e requisito da fase subsequente. Daí que a conclusão da etapa antecedente condiciona a irrupção da subsequente.

85. Entendemos que a licitação, *após sua abertura pelo edital*, isto é, a partir de sua etapa externa, compreende dois momentos fundamentais (sem prejuízo de subdivisões outras), a saber: a) análise das condições dos interessados que afluem à licitação; e b) análise das propostas. Esses são dois estágios fundamentais.

32. Um dos propósitos da relicitação é evitar a descontinuidade da prestação do serviço público, cuja lei priorizou a saída de um concessionário e a entrada de um novo. **A transição não se perfectibiliza com o lançamento do edital da nova licitação.**

33. Compete esclarecer que escapa às atribuições deste órgão de assessoramento jurídico o estudo de hipóteses não existentes ou **manifestações em tese**. Os contornos da consulta jurídica estão delimitados às situações concretas, conforme disposto no art. 11 da Portaria PGF n.º 526/2013.

Art. 11 - Caberá ao órgão de execução da PGF competente recomendar ao órgão máximo da autarquia ou fundação pública federal que a consulta jurídica de que trata o artigo 8º desta Portaria seja encaminhada, preferencialmente, com formulação de quesitos que se relacionem com **situações concretas**, seguindo o modelo de formulário constante no Anexo desta Portaria.

34. Nesta senda, é preciso perquirir o que dispõe o termo aditivo firmado com a concessionária VIA 040.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA DA VIGÊNCIA E PUBLICAÇÃO

13.1. Este Termo Aditivo entra em vigor na data de publicação de seu extrato no Diário Oficial da União(DOU), às expensas da ANTT, nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

13.2. O termo final de vigência deste Termo Aditivo é de 24 (vinte e quatro) meses contados da publicação do Decreto nº 10.248/2020.

13.2.1 O prazo de vigência deste Termo Aditivo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do CPPI e anuência expressa da Concessionária, nos termos do Anexo II.

13.3. O **CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO** e o presente Termo Aditivo serão extintos de pleno direito com a celebração do **NOVO CONTRATO DE CONCESSÃO** entre a ANTT e o **FUTURO CONTRATADO**, assegurado o recebimento pela Concessionária da indenização respectiva.

13.4. O presente Termo Aditivo será extinto de pleno direito, restabelecendo-se as obrigações previstas no **CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO**, nas seguintes hipóteses de resolução:

(i) não houver manifestação de interessados na segunda sessão para recebimento de propostas no processo de relicitação do **EMPREENHIMENTO**, ressalvado o disposto no §2º do art. 20 da Lei nº 13.448/2017;

(ii) o decurso do prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da publicação do Decreto nº 10.248/2020, na hipótese de não ter havido prorrogação nos termos da subcláusula 13.2.1;

(iii) desqualificação do **EMPREENHIMENTO** no âmbito do CPPI; e

(iv) não comprovação, pela Concessionária, de inexistência de regime de recuperação judicial, recuperação extrajudicial ou falência, para os fins do disposto no §4º do art. 14 da Lei nº 13.448/ 2017, no prazo de 60(sessenta) dias, a contar da vigência deste Termo Aditivo.

13.4.1. A extinção do presente Termo Aditivo não impede que a ANTT promova a apuração de infrações e a aplicação de penalidades decorrentes de descumprimento durante a sua vigência.

13.5. A ocorrência das hipóteses de resolução na subcláusula 13.4 implicará:

(i) a imediata instauração do processo de caducidade contra a Concessionária;

(ii) o restabelecimento automático dos encargos, das obrigações e das condições vigentes antes da celebração do presente Termo Aditivo; e

(iii) a revogação *ex tunc* da suspensão da incidência das multas moratórias prevista na subcláusula 4.2 para obrigações vencidas e inadimplidas até a celebração deste Termo Aditivo.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA DA RATIFICAÇÃO

14.1. Ratificam-se as demais disposições constantes do **CONTRATO DE CONCESSÃO ORIGINÁRIO** que não tenham sido expressamente alteradas por esse Termo Aditivo e seus Anexos, ou que não contraponham como conteúdo deste instrumento.

35. Especificadamente para a VIA 040, há disposição contratual expressa (13.4 (iii)), dispondo que o termo aditivo de relicitação será extinto de pleno direito, restabelecendo-se as obrigações previstas no contrato originário **quando expirado o seu prazo de vigência**. Dito de outra forma, o ajuste que ampara a prestação de serviços essenciais mínimos pela concessionária se esvai com a extinção do termo aditivo.

2.5 Situações excepcionais

36. Não me ressaí dúvidas quanto o intuito da norma (Lei n.º 13.448/2017), de que a relicitação estivesse concluída no prazo máximo de 48 (quarenta e oito meses).

37. **Toca pontuar, no entanto, que situações excepcionais podem ocorrer e devem ser objeto de análise a seu tempo.** Temos o seguinte exemplo, se faltar apenas a assinatura do contrato, por hipótese, a nova licitação está sendo proveitosa e em fase de finalização, mas o prazo de 48 (quarenta e oito) meses finda em dias, não havendo tempo hábil para assinatura contrato. Supomos que não haveria dissonância em concluir que malferia a razoabilidade e a eficiência, bem como causaria maiores prejuízos os Poder

Público que procedeu aos estudos técnicos e empenhou todo o movimento da máquina administrativa para a conclusão do processo relicitatório, abortar todo o procedimento. **No entanto, a situação precisa ser avaliada em sua concretude e efetiva incidência.**

38. Na hipótese excepcional de não conclusão do processo relicitatório (situação que recomendamos fortemente que seja evitada), é preciso aferir, dentro do conjunto de fatores, qual é a etapa que se encontra a nova licitação, para que caminhos possam ser estudados e validados. A etapa da nova licitação, de forma concreta, é dado fundamental para elucidar a opção do gestor.

39. Entrementes, é preciso estar alerta que a **tarifa praticada só subsiste num cenário de normalidade do processo relicitatório**, o que não se apresenta quando findo os 48 (quarenta e oito) meses de prorrogação legal.

40. Nesta senda, não vejo como escapar das seguintes constatações: A uma, não foi o propósito da lei que a relicitação durasse mais de 48 (quarenta e oito) meses. A duas, todos os esforços devem ser implementados para a conclusão da relicitação no prazo de 48 (quarenta e oito) meses. A três, na excepcional hipótese de não conclusão do processo relicitatório no prazo de 48 (quarenta e oito) meses, deve ser avaliado o caso concreto de real incidência e deve ser procedido à ajuste no termo aditivo para recebimento da tarifa calculada pela concessionária.

41. Na consulta são trazidos ainda potenciais desdobramentos no campo hipotético que possam indicar a prorrogação do prazo de relicitação para além de 48 (quarenta e oito) meses. *In verbis*:

4.1.7. Um eventual atraso no processo da licitação ou na assunção do novo concessionário, decorrente de - por exemplo, (i) eventuais demandas judiciais que criem óbice ao certame (decorrente de uma ação da Concer ou de um licitante), ou ainda, (ii) no caso de a própria Via 040 der causa a um atraso no processo de assunção do novo concessionário, em virtude de discussão sobre o valor a ser indenizado, nos termos do §2º do art. 11 da Lei de Relicitações ou (iii) se for decidido que parte da indenização será efetuada pelo novo Concessionário da Rota dos Cristais (que abrange trecho hoje operado pela Via040 e deve ser licitada ainda depois da relicitação em questão) - poderia sobrestar o prazo do processo de relicitação ou permitir nova prorrogação que ultrapasse o prazo do pacto de relicitação de 48 meses? Poderia em tais hipóteses a atual concessionária estar obrigada a prestar os serviços mínimos até a assunção da concessão por um novo operador?

42. Concernente ao item (i) do item 4.1.7 da consulta, conforme já salientado no item 33, não nos compete fazer ilações de situações em tese, o que, por certo, engloba a interpretação decisões judiciais inexistentes. Cada decisão judicial tem um contorno próprio e é delineada pelo prolator da decisão. Se houver ordem judicial determinando o sobrestamento do processo de relicitação, o consequencialismo da decisão, possivelmente, será objeto de alerta em razões recursais.

43. De toda sorte, se eventualmente prolatada futura decisão judicial, nova consulta deve ser feita, de forma que seja possível a este órgão de assessoramento jurídico orientar sobre seu fiel cumprimento pela ANTT.

44. Quanto ao quesito (ii), avaliamos que eventual discussão do valor a ser indenizado não deve ser óbice ao prosseguimento da nova licitação, inteligência do disposto no §4º do art. 15 da Lei n.º 13.448/2017 incluído pela Lei n.º14.368/2022:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

...

§ 4º O procedimento de cálculo a que se refere o § 3º deste artigo e sua conferência não obstem o processo licitatório de que trata o art. 13 desta Lei, nos termos de regulamento. (Incluído pela Lei nº 14.368, de 2022).

45. A concessionária já anuiu com a forma de cálculo do valor da indenização, representando o "valor reconhecido" (cláusula nona do 1º Termo Aditivo). Ademais, o **valor da indenização que viabiliza a "saída" da concessionária do trecho é aquele reconhecido pela Administração:**

CLÁUSULA NONA DO PAGAMENTO DAS INDENIZAÇÕES

9.1 A Concessionária será indenizada pelos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, segundo metodologia constante da Resolução ANTT nº 5.860/2019, mediante certificação por empresa de auditoria independente contratada nos termos da subcláusula 8.2.

9.1.1. Durante a apuração do valor da indenização e demais discussões pertinentes ao processo de devolução e relicitação, serão assegurados à Concessionária o contraditório e a ampla defesa.

9.2. Do saldo da indenização apurado serão descontados os valores mencionados no art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, admitido o desconto das multas aplicadas com trânsito em julgado administrativo, desde que não exista causa de suspensão de exigibilidade.

9.3. As Partes convencionam, nos termos do inciso XV do art. 8º do Decreto nº 9.957/2019, que o **VALOR RECONHECIDO** da indenização será pago pelo **FUTURO CONTRATADO**, conforme será previsto no edital da relicitação, constituindo condição para o início da vigência do **NOVO CONTRATO DE CONCESSÃO**, nos termos do art. 15, §3º, da Lei nº 13.448/2017 e art. 11, §2º, do Decreto nº 9.957/2019.

9.4. Eventual **VALOR CONTROVERSO** da indenização e demais haveres e deveres decorrentes de decisão judicial, arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, em conformidade ao previsto no §2º do art. 11 do Decreto nº 9.957/2019, serão apurados e pagos posteriormente.

9.5. O valor total ou parcial da indenização será pago diretamente aos financiadores no limite do saldo do seu crédito na data, circunstância que deverá constar no edital da relicitação.

46. Quanto ao quesito (iii) - possibilidade de sobrestamento da relicitação até a definição dos trechos a serem estudados/conjugados e licitados - reiteramos que a Lei n.º 13.448/2017 não ampara, a princípio, que o prazo de relicitação ultrapasse

os 48 (quarenta e oito) meses, tampouco nos assegura quanto à possibilidade de sobrestamento de processo de relicitação para que, em razão da combinação de trechos a serem relicitados, novo processo de relicitação seja iniciado.

47. Não nos parece que seja a leitura mais adequada da Lei n.º 13.448/2017 permitir sobrestamentos dos processos de relicitação, até que haja definição de novos trechos e novas licitações. Imaginemos, **por hipótese**, que fosse permitido, se um novo trecho também exigisse a mesma demanda - aguardar a definição do outro trecho - seria então também sobrestado e assim sucessivamente, não havendo, portanto, limitação temporal ao processo de relicitação.

48. As concessões em processos de relicitação "sobrestados" se tornariam, quiçá, a regra, em que as concessionárias estariam atuando com obrigações reduzidas por longo tempo, o que equivaleria a permitir que o serviço público fosse prestado em condições mínimas. Sem falar que isso nos conduziria a uma outra discussão de eventual percebimento de tarifa praticada por longo tempo, o que, a meu sentir, afasta ainda mais essa possibilidade - eis que a tarifa praticada não corresponde ao serviço prestado no momento e deve ser objeto de ajuste ao final (descontado do valor de indenização) que não deve ser indefinidamente prorrogado. Entender de modo diverso seria estimular o acréscimo o excedente tarifário, que não se revela, evidentemente, o melhor caminho.

49. Por fim, a relicitação parcial do trecho foi admitida e ponderada junto ao Ministério responsável pela implementação da política pública. É o que podemos extrair da NOTA TÉCNICA N.º 3/2022/CGCR/DTROD/SNTT^[3]:

3.16. Neste ponto, ressaltamos que a situação de relicitação "parcial" de trecho de rodovia concedido decorre da escolha legítima da União em relicitar o trecho da BR-040/DF/GO/MG particionado em dois novos projetos de o instituto da relicitação para projetos de parceria no setor rodoviário não faz menção à possibilidade de relicitação parcial do escopo original. No entanto, como não há igualmente vedação legal a essa conduta, entende-se que, por analogia, a União teria a prerrogativa de realizar a relicitação de parte dos trechos contratados.

3.17. Quando um sistema rodoviário é objeto de novos estudos para futura concessão, no âmbito de uma relicitação, pode ser que o escopo originalmente definido não seja o mais vantajoso, considerando o cenário atual; é frequente, ao estudar vários trechos rodoviários para formar um projeto de concessão, que os mesmos não apresentem a mesma viabilidade.

3.18. Neste caso, a política pública permite a flexibilização do escopo, com o objetivo de viabilizar uma malha maior para a parceria com o setor privado e propiciar, desta forma, o desenvolvimento socioeconômico das regiões abrangidas pelas rodovias em si. Um exemplo disso é a estruturação da concessão das rodovias BR-116 (atual NovaDutra) e BR-101; a proporção da receita gerada pelo sistema de pedagiamento previsto na BR-101 em relação à BR-116 é muito menor, mas esta combinação dos dois trechos vai permitir um aporte relevante de investimentos na BR-101, contribuindo para a melhoria da infraestrutura do sistema.

3.19. Da mesma forma, ao estudar trechos objeto de relicitação, faz-se mister avaliar a vantajosidade do escopo original, ou, ao contrário, propor um novo escopo, conforme exposto acima.

3.20. Sendo assim, no caso da relicitação da BR-040/DF/GO/MG, hoje administrada pela Via 040, ao estudar o trecho com o escopo original, entre Brasília e Juiz de Fora e, em paralelo, ao estudar o trecho da BR-040/MG/RJ, hoje administrado pela CONCER, entre Juiz de Fora e Rio de Janeiro, para uma nova concessão, concluiu-se, a partir dos estudos, que uma redistribuição dos trechos rodoviários contemplados pelas duas concessões poderia ser favorável aos dois novos empreendimentos. Foi desta maneira que se optou por incluir, no projeto de concessão da "nova CONCER" o trecho da BR-040 entre Belo Horizonte/MG e Juiz de Fora/MG.

3.21. Na mesma seara, estão em fase de estudos para nova concessão os sistemas rodoviários atualmente operados pelas concessionárias CONCEBRA e MS VIA, duas concessões em processo de relicitação, e os resultados preliminares indicam diferenças quanto à viabilidade dos diversos trechos que compõem cada concessão, fazendo com que seja necessário avaliar a alteração dos escopos originalmente definidos. Não se pode descartar, inclusive, a eventual exclusão de algum segmento contido nesses trechos até então concedidos.

3.22. Portanto, estes 3 exemplos demonstram que reavaliar um escopo originalmente previsto é totalmente normal e até recomendado, vislumbrando a estruturação de projetos de parceria que propiciem uma infraestrutura melhor adequada aos anseios da sociedade.

3.23. Neste cenário, a ANTT solicitou, por meio do Ofício SEI n.º 170/2022/SUOD/DIR-ANTT (SEI n.º 5052508), orientação deste Ministério quanto à anuência para inclusão de cláusula no termo aditivo de relicitação, sem prejuízo do entendimento da Procuradoria Federal junto à ANTT e da Diretoria Colegiada, no sentido de que, havendo conclusão da relicitação com celebração de novo contrato de concessão que abranja parcialmente o objeto da atual concessão, o trecho remanescente seja submetido transitoriamente à gestão do Poder Concedente, notadamente do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), enquanto não for concedido a outro parceiro privado.

50. Assim, compreendida tanto pela ANTT com pelo então Ministério da Infraestrutura que a reavaliação do "*escopo originalmente previsto é totalmente normal e até recomendado, vislumbrando a estruturação de projetos de parceria que propiciem uma infraestrutura melhor adequada aos anseios da sociedade*", não parece indevido compreender que a relicitação parcial do trecho seja óbice à conclusão do processo de relicitação.

51. Desta feita, reputo que o caso atrai a incidência do disposto no art. 15, § 5º da Lei n.º 13.448/2017 alterada pela Lei n.º 14.368/2022. Se o valor de outorga for inferior ao valor devido de indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados para a **relicitação em curso**, a União deve custear a diferença. *In verbis*:

Art. 15, § 5º Caso o valor inicial ofertado a título de outorga, na sessão de leilão da relicitação, seja menor que o valor do pagamento, ao anterior contratado, da indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, a União custeará a diferença, observadas as regras fiscais e orçamentárias.

2.6 Da possibilidade de rescisão amigável e antecipada do contrato originário

52. A preocupação da SUCON em apresentar diversos quesitos quanto à possibilidade de prorrogação do processo de relicitação nos alerta quanto à dificuldade real de fazer coincidir a data do termo do processo relicitação e assunção do trecho pelo novo concessionária, no lapso de 48 (quarenta e oito) meses.

53. Para além disso, nos descortina, com clareza, a dificuldade de um "encaixe perfeito" de saída do antigo concessionário e a entrada do novo, para **exploração exata do mesmo trecho rodoviário**.

54. Nada obstante a Lei n.º 13.448/2017 represente um avanço, por *viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável*^[4], o transcurso do processo de relicitação surgem situações que o legislador de 2017 não foi capaz de alcançar. Vejamos algumas hipóteses.

55. Primeiro, nem sempre se revelará viável e interessante ao Poder Concedente licitar exatamente o mesmo trecho rodoviário. É o que ocorre no caso em apreço. O trecho anteriormente concedido e ora relicitado, após estudos de viabilidade, foi acrescido de novo trecho (oriundo de outra relicitação), para criação de um trecho único - Rio de Janeiro/Juiz de Fora/Belo Horizonte a ser novamente licitado. É o que explica a NOTA TÉCNICA SEI N.º 522/2023/GEREG/SUCON/DIR/ANTT:

Cumpra mencionar que o trecho entre Juiz de Fora e Belo-Horizonte da Via040, objeto da relicitação, diante das conclusões do estudo de viabilidade juntou-se a outro trecho da BR-040, entre Rio de Janeiro e Juiz de Fora, de modo que o escopo do empreendimento foi redefinido em 450,9 km, compreendendo os seguintes trechos:

BR-040/RJ/MG (Antiga Concer) – Trecho entre Rio de Janeiro e Juiz de Fora, qualificado na 2ª Reunião do Conselho do PPI, convertida no Decreto n.º 9.059, de 25/05/2017.

BR-040/MG (Antiga Via 040) – Trecho entre Juiz de Fora e Belo Horizonte, qualificado na 12ª Reunião do Conselho do PPI, convertida no Decreto n.º 10.248, de 18/02/2020.

56. Segundo, pode advir o desinteresse do Poder Concedente em licitar novamente aquele trecho rodoviário (ou parte dele), dentro de um crivo político, se entender que melhor atende ao interesse público a retomada do trecho e prestação direta do serviço pelo DNIT, hipótese esta que não haveria qualquer dúvida quanto à legitimidade se não estivesse inserida no bojo de um processo relicitatório.

57. Terceiro, se o excedente tarifário recebido já for suficiente a quitar o montante que é devido à concessionária antes de finalizada a relicitação, se revela desarrazoada a perspectiva de prorrogação do prazo da relicitação ou a retomada do contrato originário, uma vez que a concessionária já terá equalizado - por intermédio da receita tarifária auferida - a indenização que lhe é devida ao final. Esta hipótese foi objeto de análise pormenorizada PARECER n. 00069/2023/PF-ANTT/PGF/AGU (NUP: 50500.045053/2023-91), em que se entendeu que se o valor percebido de **tarifa praticada** já se mostrar suficiente a nivelar a indenização futura pelos bens reversíveis e não amortizados, **pode o processo de relicitação ser hábil a pôr fim ao contrato originário**, antes de concluída a nova licitação.

48. Assentadas essas premissas, passamos a responder aos questionamentos:

1) Não havendo VALOR RECONHECIDO de indenização a ser pago, seja pelos descontos efetuados de multa e excedente tarifário, ou por não ter saldo de indenização de bens reversíveis não amortizados ou depreciados, o contrato de concessão pode ser encerrado ao final da vigência do Termo Aditivo que pactuou a relicitação?

49. Se o montante apurado de indenização pelos bens reversíveis não amortizados (*valor definitivamente reconhecido e certificado pelo verificador independente*), depois de promovidos os descontos devidos, **for igual ou inferior a zero**, duas possibilidades se abrem ao Poder Público: o contrato de concessão pode ser encerrado ao fim da vigência do termo aditivo que pactuou a relicitação, se não mais for conveniente a permanência da concessionária na exploração do serviço, se não mais atende a manutenção da execução contratual naqueles termos, e se lhe parecer mais adequado retomar o serviço para sua prestação direta.

50. Ou, nesse mesmo cenário em que o valor reconhecido de indenização for igual ou inferior a zero, se se optar pela continuidade da prestação do serviço pelo particular, deve o Poder Público promover os ajustes tarifários devidos, de modo a se adotar a tarifa calculada, correspondente ao serviço efetivamente prestado, eliminando o excedente tarifário. Só faz sentido que a concessionária permaneça no trecho, cobrando tarifa *praticada*, se o excedente tarifário estiver a serviço de antecipar o pagamento da indenização.

51. Naquela primeira hipótese, para que seja efetivamente extinto o contrato de concessão ao final do prazo do aditivo de relicitação, seria recomendável firmar novo aditivo de modo a estabelecer tratativas de transição e retomada do serviço pelo Poder Público e dispor sobre demais obrigações e rotinas próprias do encerramento contratual.

58. Quarto, no transcurso de processo relicitatório pode se sobrepujar o desinteresse de ambas as partes de prosseguir com o contrato originário, independente do resultado ou da conclusão do processo de relicitação. Ou seja, existindo ou não nova concessionária, tanto o Poder Público como a concessionária podem não ter interesse em retomar as condições do contrato originário. Estariam as partes condicionadas a manter esse vínculo contratual combalido, desgastado? Estaria o Poder Público impedido de retomar o trecho concedido para a prestação direta do serviço? Entendemos que não!

59. Há uma resistência em se admitir a possibilidade de rescisão amigável de contrato de concessão, à míngua de sua previsão expressa na Lei n.º 8.987/95. De fato, a Lei de Concessões é omissa quanto à possibilidade de rescisão amigável, elencando como hipóteses de extinção da concessão (art. 35): (I) advento do termo contratual; (II) - encampação; (III) - caducidade; (IV) - rescisão; (V) - anulação; e (VI) - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

60. A doutrina é cambaleante em admitir a possibilidade de rescisão amigável em contratos de concessão. Marçal Justen Filho^[5], a admite, mas a equipara a encampação, exigindo a edição de lei:

Pode-se cogitar o desfazimento da concessão, por ato bilateral e consensual. O distrato deve retratar conveniência para o interesse público. Logo, assemelha-se à encampação. No entanto, não se identificará com

ela, pois a encampação consiste em ato unilateral do Estado, enquanto o distrato consiste em acordo de vontades.

A hipótese de distrato não é comum, no sentido de que o particular a quem foi outorgada a concessão não pode desistir de executar os encargos assumidos. Por sua parte, o Estado não pode, de regra, renunciar a exigir o cumprimento dos deveres ou a imposição das sanções correspondentes. Pode-se imaginar que a concessão ou atende o interesse público ou não o atende. Na primeira alternativa, o Estado não dispõe do poder de extinguir a concessão. Na segunda, teria o poder de pôr-lhe-fim.

Apesar disso, parece restar espaço para o distrato. Suponham-se situações em que o serviço concedido é prestado em condições razoáveis, mas em que se pudesse cogitar eventual encampação. Nesse caso, as consequências derivadas da encampação seriam extremamente severas para o Estado. A dimensão da indenização devida ao concessionário, em virtude da encampação, oneraria de modo insuportável os cofres públicos. Entre manter a concessão que atende razoavelmente as necessidades coletivas, e comprometer a execução de outras políticas públicas, o Estado pode optar por trilhar o primeiro caminho. Em face desse quadro, imagine-se que o concessionário também não se encontre satisfeito com a situação e se disponha a abrir mão de parcela da indenização a que teria direito. Poderia cogitar-se de uma encampação, seguida de renúncia do concessionário ao direito à indenização. No entanto, o Estado não poderia correr o risco de promover a encampação sem a certeza da concretização da renúncia. Logo, a única alternativa seria ato consensual, em que as partes realizassem concessões recíprocas e pusessem fim ao vínculo. Essa situação pressupõe autorização legislativa prévia, especialmente em vista da natureza dispositiva do ato.

61. Maria Sylvia Z. Di Pietro^[6], de outro giro, entende que a Lei federal nº 8.987/1995 admite, de modo tácito, a rescisão amigável:

A lei não faz referência expressa à rescisão amigável, o que pode levar ao entendimento de que ela não é possível na concessão; temem-se os conluios contrários ao interesse público. Contra esse entendimento, podem ser opostos os seguintes argumentos: o art. 35, inciso IV, fala em rescisão, sem fazer qualquer distinção quanto à modalidade; o art. 23, ao indicar as cláusulas essenciais do contrato, inclui, no inciso XV, a pertinente ao “foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.” Além disso, se o concessionário não quiser dar continuidade ao contrato, por razões aceitáveis, e isso não trouxer prejuízos maiores para o interesse público, não há por que esperar que ele vá a juízo e sobrecarregue a Administração com os ônus de uma demanda judicial

62. A título exemplificativo e de iniciativa louvável, a Lei Paulista de Concessão e Permissão de Serviços Públicos estipula expressamente a hipótese de rescisão amigável:^[7]

Embora a Lei federal no 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, não contemple previsão semelhante¹², interpretação sistemática do microsistema normativo de delegação de serviços públicos a particulares permite estender – com ponderações – as hipóteses de extinção amigável da Lei federal no 8.666/93 aos contratos de concessão comum, administrativa ou patrocinada. Releva anotar que a Lei Paulista de Concessão e Permissão de Serviços Públicos – Lei no 7.835, de 8 de maio de 1992 – expressamente prevê o distrato como hipótese de rescisão antecipada de contrato de delegação de serviço público. Confira-se:

Artigo 19 - Extingue-se a concessão por:

I - término do prazo;

II - anulação;

III - caducidade;

IV - rescisão amigável ou judicial;

V - encampação ou resgate;

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

(...) Artigo 26. O término antecipado da concessão, resultante de rescisão amigável, será obrigatoriamente precedido de justificação que demonstre o interesse público do distrato, devendo o respectivo instrumento conter regras claras e pormenorizadas sobre a composição patrimonial decorrente do ajuste. Tal estipulação legal favoreceu a inserção, nas minutas de contratos de parcerias público-privadas no Estado Bandeirante, de cláusula de distrato.

63. Na esfera federal, a Lei n.º 13.448/2017 é exitosa em desbravar esse terreno pantanoso. Traz decididamente, sem rodeios, a possibilidade (ainda que de modo restrito) de uma rescisão amigável dos contratos de concessão. E é a partir dela que podemos nos ancorar para poder superar essa barreira que “impede” a rescisão amigável em contratos de concessão da prestação de serviços públicos.

64. Em análise anterior que exigiu o aprofundamento dos desdobramentos de uma relicitação não finda, este órgão de assessoramento jurídico, no **PARECER n. 00069/2023/PF-ANTT/PGF/AGU- NUP: 50500.045053/2023-91** (citado alhures), detectou uma situação excepcional - não expressamente prevista na Lei n.º 13.448/2017, mas devidamente amparada no nosso ordenamento - de que se a indenização devida à concessionária, **for reconhecidamente igual ou inferior a zero, o processo de relicitação pode ser hábil a por fim ao contrato originário**, antes de concluída a nova licitação.

65. Nos propomos a ir além. Ao firmar termo aditivo de relicitação, o vínculo contratual existente entre as partes já adentrou ao campo da **rescisão amigável. O distrato do contrato originário, de modo consensual, já está em curso**. Veja-se que o art. 15, I da Lei n.º 13.448/2017 dispõe sobre a aderência irrevogável e irretroatável da concessionária à posterior **extinção amigável do ajuste originário**

66. Assim, dentro de um espaço de rescisão amigável - que já está instaurado - nos parece possível sim **o distrato do contrato originário de modo consensual** antes de concluída a nova licitação decorrente do processo relicitação e **mesmo que a concessionária tenha saldo positivo de indenização**.

67. Defender que o **distrato do contrato originário entre as partes só seria possível quanto adjudicado o objeto da nova licitação e efetuado o pagamento da indenização pela nova concessionária** seria impor uma interpretação simplória e literal da Lei n.º 13.448/2017 e, o que é pior, inviabilizaria um dos propósitos iniciais da relicitação - rescindir menos onerosamente e de forma amigável, um contrato que já não interessa a nenhum dos contratantes, com o intuito de fazer uma transição mais suave entre concessionárias, causando menor impacto à prestação do serviço. Como já dito, a Lei de Relicitações não consegue alcançar de modo claro e objetivo todas as particularidades que a realização de uma nova licitação exige.

68. Ademais, o art. 15,§3º da Lei n.º 13.448/2017 traz o pagamento da indenização como condição *sine qua non* para o **início do novo contrato de parceria**, o que não vai se identificar, necessariamente, com o exato momento de extinção do contrato anterior, diante de todas as nuances já explicitadas que podem advir num processo de relicitação.

69. Vislumbramos, sem dissentir das conclusões do PARECER n. 00069/2023/PF-ANTT/PGF/AGU - NUP: 50500.045053/2023-91, que abordou a situação circunscrita naqueles autos, de indenização inferior ou igual a zero, **uma segunda situação excepcional** para distrato antecipado do contrato originário, qual seja, **quando há indenização (positiva) devida à concessionária, interesse inequívoco de ambas as partes de extinguir o contrato, concordância da concessionária de receber apenas ao final da relicitação, em pagamento efetuado pela nova concessionária e anuência do Poder Concedente**, tudo isso com suporte no espaço de rescisão amigável já instaurado.

70. Pensar de modo diverso, a meu sentir, estimularia uma situação muito mais onerosa aos usuários e ao Poder Público. Atente-se! Seria mantido no trecho rodoviário uma concessionária que não tem mais nenhum interesse em executar a prestação do serviço. Abortar-se-ia o processo de relicitação que já demandou custos operacionais e financeiros da Administração. Restabelecer-se-iam as condições do contrato originário - que já não era cumprido a contento pela concessionária anteriormente. E, ainda, seria revogado o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar processo de caducidade.

71. Avalia-se que a instauração de processo de caducidade é o pior cenário possível, por ser demorado, custoso e aniquilador de qualquer possibilidade de melhoria do serviço a curto e médio prazo. Na verdade, a expectativa, num processo de caducidade, é de considerável piora da prestação do serviço público.

72. Nessa ordem de ideias, se na iminência de expirar prazo do termo aditivo de relicitação, sem que a nova licitação tenha sido concluída, e diante do **desinteresse cabalmente demonstrado de ambas as partes** de prosseguirem com o vínculo contratual que lhes amarra, compreendemos ser viável o **arremate da rescisão amigável (já em curso) do contrato originário**, mesmo quando montante apurado de indenização pelos bens reversíveis não amortizados não for igual ou inferior a zero, se atendidas 05 (cinco) condicionantes a seguir expostas.

73. Primeiro, desde que **devidamente justificado pela Agência** que não se revela mais conveniente a permanência da concessionária na exploração do serviço e que se perfaz mais adequada a retomada o serviço para prestação direta pelo Estado. A justificativa aqui não se trata de apenas corroborar a manifestação do contratado no sentido da inviabilidade de levar a execução do acordado, mas a demonstração técnica de que a manutenção da concessionária no trecho implicará em maiores danos ao Erário.

74. Segundo, desde que a concessionária assevere e justifique - **de modo definitivo** - que não lhe interessa a prorrogação do prazo de relicitação, tampouco retomar as condições do contrato originário e que objetiva desobrigar-se da prestação do serviço antecipadamente.

75. Terceiro, desde que haja **anuência expressa** da concessionária de recebimento do "VALOR RECONHECIDO" da indenização pelos bens reversíveis não amortizados (valor definitivamente reconhecido e certificado pelo verificador independente), apenas **ao final do processo de relicitação e que o montante que lhe é devido será quitado pela nova concessionária**.

76. Quarto, desde que haja **concordância do Poder Concedente**, uma vez que:

- (i) é o competente para qualificação do empreendido para relicitação no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI);
- (ii) a retomada do serviço para prestação direta alcança atribuições do Ministério do Transportes e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, sobre os quais a Agência Nacional de Transportes Terrestres não tem qualquer ingerência;
- (iii) é necessário se cogitar a hipótese de licitação fracassada ou deserta, a atrair, analogicamente, a aplicação do art. 15,§ 5º da Lei n.º 13.448/2017 em que a indenização, ou parcela dela, deve ser custeada pela União.

77. Quinto, desde que seja **firmado novo no termo aditivo** para o distrato do contrato originário que regulará a transição e retomada do serviço pelo Poder Público e demais obrigações e rotinas próprias do encerramento contratual, que contenha, em especial, revogação expressa da cláusula 13.4 (i) e (ii) do termo aditivo de relicitação.

2.7 Pagamento dos Auditores Independentes

78. Questiona a SUCON se a ANTT não conseguir contratar a asseguarção, o procedimento licitatório pode ser concluído com o pagamento do valor calculado pelo "verificador independente", face ao CTO nº 8, de 9/11/22.

79. O CTO nº 8, de 9/11/2 não foi carreado aos autos, o que deve ser providenciado pela SUCON, a fim de que se possa aferir a compatibilidade com a disposição do termo aditivo de relicitação:

8.2 Durante a vigência do presente Termo Aditivo, a ANTT fica obrigada a:

- (i) fiscalizar os serviços prestados pela Concessionária, nos termos da Cláusula Décima Segunda e dos Anexos I e II deste Termo Aditivo;

- (ii) contratar a empresa de auditoria independente para acompanhar o processo de relicitação do **EMPREENDIMENTO**, em cumprimento das obrigações assumidas neste Termo Aditivo;
- (iii) adotar todas as medidas necessárias para a promoção do novo certame licitatório do **EMPREENDIMENTO** dentro do prazo de vigência deste Termo Aditivo; e
- (iv) não instaurar processo de caducidade contra a Concessionária.

80. A princípio a forma de pagamento do auditor independente pela ANTT não deve influenciar no curso do processo de relicitação, eis que a obrigação prevista no aditivo é apenas para a contratação, assim, sua formatação deve ser objeto de discussão em apartado. Contudo, considerando que a instrução processual não está completa, reputo o quesito prejudicado.

3. DA CONCLUSÃO

81. 4.1.1 Considerando que o processo de relicitação foi iniciado e prorrogado sob a égide da redação original da Lei nº 13.448/2007, eventual nova prorrogação do processo de relicitação deveria observar a redação original do §2º, art. 20, da Lei nº 13.448/2007 ou a sua nova redação dada pela Lei nº 14.368/2022?

82. Nova prorrogação do processo de relicitação deve observar a redação **vigente** do §2º do art. 20 da Lei n.º 13.448/2017, portanto, deve observar a nova redação dada pela Lei nº 14.368/2022.

83. 4.1.2 Pode-se interpretar que o processo de relicitação poderia ter um prazo total de 48 meses, somando prazo original e prazo prorrogado (24 meses do prazo original + 18 meses de prorrogação inicial + 6 meses de uma nova prorrogação)? Ou seja, poderia ser prorrogada a pactuação da relicitação no caso concreto por mais 6 meses, totalizando 24 meses de prazo de prorrogações? Poderia a prorrogação ultrapassar o prazo de 24 meses, caso necessário?

84. O prazo máximo de **prorrogação**, nos termos do do §2º do art. 20 da Lei n.º 13.448/2017, é de 24 (vinte e quatro) meses. Em síntese, a relicitação tem prazo máximo de 48 (quarenta e oito meses), 24 (vinte e quatro meses) iniciais acrescidos de 24 (vinte e quatro) meses de prorrogação (art. 20, §1º e 2º, Lei n.º 13.448/2017).

85. 4.1.3 Considerando os prazos legais possíveis ao período de relicitação e tendo havido previamente adesão voluntária da Via 040, estaria a concessionária obrigada a aceitar eventual nova prorrogação – ao menos por 6 meses – ou esse deveria ser um ato consensual?

86. Não. Deve ser ato consensual. O propósito da relicitação é a extinção do processo de concessão por rescisão amigável. Compete, contudo, alertar à concessionária que a sua negativa implicará na restauração das condições originárias do contrato e na revogação do sobrestamento dos processos sancionadores e, conseqüentemente, das medidas destinadas a instaurar o processo de caducidade.

87. 4.1.4 Caso não haja a pactuação da prorrogação do prazo de relicitação ou na hipótese de não ser celebrado o contrato de concessão com um novo concessionário ou não haja um vencedor no processo de licitação, deve ser aberto ou retomado o processo de caducidade em face da atual concessionária Via 040, com fulcro no art. 20, §1º da Lei de Relicitações ?

88. Sim. É o que expressamente dispõe o art. 20, § 1º da Lei n.º 13.448/2017:

Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 13 desta Lei, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas condições previstas no inciso II do **caput** do art. 15 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas.

§ 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, **o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei.**

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.

89. 4.1.5 Quais providências devem ser adotadas e quais conseqüências jurídicas que ocorrerão nestas hipóteses aventadas? Caso seja necessária a prorrogação do prazo da relicitação após o lançamento do edital, vislumbra-se algum prejuízo do processo licitatório ou de relicitação?

90. À priori, não se vislumbra prejuízo ao processo licitatório. Como já dito, a relicitação tem prazo máximo de 48 (quarenta e oito meses), 24 (vinte e quatro meses) iniciais acrescidos de 24 (vinte e quatro) meses de prorrogação (art. 20, §1º e 2º, Lei n.º 13.448/2017). Situações excepcionalíssimas, se ocorrerem, devem ser objeto de análise e consulta jurídica a seu tempo.

91. 4.1.6 O que se entende por conclusão do processo de relicitação no prazo de 24 meses prescrito no §1º do art. 20 da Lei de Relicitação e como compatibilizar o risco de não concluir o referido processo de relicitação no prazo com o disposto no art. 15, II da aludida lei que dispõe que a concessionária atual deverá prestar os serviços mínimos até a assunção do novo parceiro? O prazo legal estaria cumprido com a publicação do edital da relicitação, devendo a situação transitória na prestação do serviço pela atual concessionária ser postergada até a assunção dos serviços pelo novo operador?

92. Não. A relicitação não está concluída apenas com a publicação do edital da nova licitação.

93. No caso concreto, o termo aditivo de relicitação prevê expressamente que expirado o prazo ajustado são restabelecidas as obrigações previstas no contrato originário (Cláusula 13.4, ii). Assim, a obrigação da concessionária de prestar os serviços mínimos subsiste enquanto vigente o termo de relicitação.

94. 4.1.7 Um eventual atraso no processo da licitação ou na assunção do novo concessionário, decorrente de - por exemplo, (i) eventuais demandas judiciais que criem óbice ao certame (decorrente de uma ação da Concer ou de um licitante), ou ainda, (ii) no caso de a própria Via 040 der causa a um atraso no processo de assunção do novo concessionário, em virtude de discussão sobre o valor a ser indenizado, nos termos do §2º do art. 11 da Lei de Relicitações ou (iii) se for decidido que parte da indenização será efetuada pelo novo Concessionário da Rota dos Cristais (que abrange trecho hoje operado pela Via040 e deve ser licitada ainda depois da relicitação em questão) - poderia sobrestar o prazo do processo de relicitação ou permitir nova prorrogação que ultrapasse o prazo do pacto de relicitação de 48 meses? Poderia em tais hipóteses a atual concessionária estar obrigada a prestar os serviços mínimos até a assunção da concessão por um novo operador?

95. (i) Cada decisão judicial tem um contorno próprio e é delineada pelo prolator da decisão. Se houver ordem judicial determinando o sobrestamento do processo de relicitação, o consequencialismo da decisão, possivelmente, será objeto de alerta em razões recursais. Reforça-se que, na hipótese de prolatada futura decisão judicial, nova consulta deve ser feita, de forma que seja possível esta Procuradoria orientar sobre seu fiel cumprimento pela ANTT.

96. (ii) Eventual discussão do valor a ser indenizado não deve ser óbice ao prosseguimento da nova licitação, inteligência do disposto no §4º do art. 15 da Lei n.º 13.448/2017 incluído pela Lei n.º 14.368/2022

97. (iii) A Lei n.º 13.448/2017 não ampara, a princípio, que o prazo de relicitação ultrapasse os 48 (quarenta e oito) meses, tampouco nos assegura quanto à possibilidade de sobrestamento de processo de relicitação para que, em razão da combinação de trechos a serem relicitados, novo processo de relicitação seja iniciado.

98. (iv) Consoante o termo aditivo firmado, após expirado o prazo ajustado, sem prorrogação, são restabelecidas as obrigações previstas no contrato de concessão originário.

99.

100. 4.1.8 No que tange ao disposto no § 4º do Art. 15 da Lei nº13.448 (incluído pela Lei 14.368/2022), se a ANTT não conseguir contratar a asseguarção para o cálculo da indenização feita pelos auditores independentes (cf. CTO nº 8, de 9/11/22), o processo licitatório poderá ser concluído com o pagamento do valor calculado pelo verificador independente, sem a asseguarção? Vale mencionar que o CTO nº 8, de 9/11/22 somente entrou em vigor em 2/12/22. Esta norma orienta os auditores independentes para os trabalhos de asseguarção razoável em conexão com processo de relicitação dos contratos de parcerias rodoviárias, para fins de cumprimento dos requisitos da Lei nº 13.448/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.957/2019, e para fins de cumprimento da Resolução n.º 5.860, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), de 3 de dezembro de 2019.

101. Prejudicado. Necessária melhor instrução do feito.

À consideração superior.

Brasília, 09 de abril de 2023.

Waleska de Sousa Gurgel

Procuradora Federal

Subprocuradora-Geral de Matéria Regulatória - PF/ANTT

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50500027309202389 e da chave de acesso fed2893d

Notas

- ¹ *FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do Equilíbrio Econômico-financeiro: Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/2851/2963/22402>. Acesso em: 15 mar. 2023.*
- ² *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 35 ed. rev. e atual até a Emenda Constitucional n. 109, de 15.03.2021 e a Lei n.14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) São Paulo: Malheiros, 2021. Pag. 480.*
- ³ *5085035 - SEI/MINFRA*
- ⁴ *Exposição de motivos da MP 752/2016. Convertida na Lei nº 13.448/2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf. Acessado em 08 de abril de 2023.*
- ⁵ *JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 1. ed., 2003, pag 616-617.*
- ⁶ *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 145.*
- ⁷ *REZENDE, Adriana Mazieiro, SILVA, Alessandra Obara Soares & MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. WAY-OUT NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo Parcerias Público-Privadas Vol. II. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2_SP_n.89.pdf. Acessado em 08 de abril de 2023*



Documento assinado eletronicamente por WALESKA DE SOUSA GURGEL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1119426277 e chave de acesso fcd2893d no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): WALESKA DE SOUSA GURGEL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-04-2023 08:25. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
