

ano 25 – n. 99 | janeiro/março – 2025
Belo Horizonte | p. 1-322 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i99
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Jurua em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Érico Barboza

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Jurua Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Renegociação de contratos de concessão: o caso da concessão da BR-163/MT (Rota do Oeste)

Renegotiation of concession contracts: the case of the BR-163/MT concession (Rota do Oeste)

Gustavo Henrique Justino de Oliveira*

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP (Brasília, DF)
gjoliveira@usp.br
<https://orcid.org/0000-0002-2414-9243>

Vitor Soliano**

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
Faculdade Baiana de Direito (Salvador, BA, Brasil)
vitor.soliano@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9277-6708>

Recebido/Received: 23.5.2024/May 23rd, 2024.

Aprovado/Approved: 12.12.2024/December 12th, 2024.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SOLIANO, Vitor. Renegociação de contratos de concessão: o caso da concessão da BR-163/MT (Rota do Oeste). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 197-226, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1955.

* Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduação, Mestrado e Doutorado (São Paulo, SP, Brasil) no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP (Brasília, DF, Brasil) e na EDB (São Paulo, SP, Brasil). Pós-Doutor em Arbitragem Internacional pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hamburgo-Alemanha). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Ex-Procurador do Estado do Paraná (1992-2007). Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo.

** Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (Salvador, BA, Brasil). MBA em Parcerias Público-Privadas e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (São Paulo, Brasil). Professor da Faculdade Baiana de Direito (Salvador, BA, Brasil). Advogado e Consultor Jurídico.

Resumo: O artigo se debruça sobre a noção de renegociação de contratos de concessão a partir do estudo do caso da concessão da BR-163/MT, sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste (CRO). Após fixar os traços mais marcantes dos contratos de concessão, o artigo analisa, diferencia e aproxima os institutos da mutabilidade, da negociação, do reequilíbrio econômico-financeiro e da renegociação, apontando os riscos e potenciais vantagens deste último. Por fim, relata e analisa a renegociação do contrato da CRO a partir dos processos que tramitaram na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e no Tribunal de Contas da União para extrair as preocupações e contornos jurídicos que possibilitaram a alteração do contrato.

Palavras-chave: Contrato de concessão. Infraestrutura rodoviária. Renegociação. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Rota do Oeste.

Abstract: The article explores the notion of renegotiating concession contracts through a case study of the BR-163/MT concession, managed by Concessionária Rota do Oeste (CRO). After outlining the most prominent features of concession contracts, the article analyzes, differentiates, and brings together the concepts of mutability, negotiation, economic-financial rebalancing, and renegotiation, highlighting the risks and potential advantages of the latter. Finally, it reports and analyzes the renegotiation of CRO's contract based on the processes that took place at the National Agency for Land Transport (ANTT) and the Federal Court of Accounts, aiming to extract the concerns and legal contours that made the contract alteration possible.

Keywords: Concession contract. Road infrastructure. Renegotiation. National Agency of Road Transportation. Rota do Oeste.

Sumário: 1 Introdução – 2 Contratos de concessão: noções gerais – 3 Mutabilidade, reequilíbrio, negociação e renegociação: diferenças e aproximações – 4 O caso da concessão da BR-163/MT (Rota do Oeste) – 5 Conclusões – Referências

1 Introdução

O que significa renegociar contratos de concessão? Como se renegocia e como se deve renegociar esses contratos? Este artigo procura contribuir com as respostas a essas perguntas a partir de um estudo de caso.

É possível que o direito administrativo esteja vivendo a “era das (re)negociações”. Por motivos diversos – doutrinários, jurisprudenciais, legais, empírico-contingenciais –, o tema da concertação, da consensualidade, da celebração de acordos em particulares e administração pública e, conseqüentemente, da (re)negociação se tornou central no direito administrativo contemporâneo, ainda que as raízes dessas discussões sejam mais antigas.¹

¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 231, jan./mar. 2003, p. 129-156; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008; MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 457-463; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (coords). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020; OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otavio. A revisão dos acordos de leniência no contexto da lei anticorrupção. In: GIAMUNDO NETO, Giuseppe;

Dentro dessa vasta agenda de pesquisa, um dos temas que merece atenção é o da renegociação de contratos de concessão. Embora a celebração de aditivos a contratos de concessão e a celebração de acordos entre concedente e concessionárias não sejam temas novos, a ideia de renegociar esse tipo de ajuste contratual parece apontar, pelo menos no sentido aqui adotado,² para outra realidade. A renegociação,³ readaptação, remodelagem ou repactuação de contratos de concessão se tornou um tema mais presente nos últimos anos e surge em um contexto específico.

O Brasil passou por uma forte crise econômica entre 2014 e 2016, o que afetou fortemente as concessões celebradas nesse período e nos anos imediatamente anteriores. Vários dos concessionários passaram a não atender as exigências de desempenho que os contratos exigiam ou mesmo a inadimplir suas obrigações. Esses projetos passaram a ser classificados como “concessões em crise”.

Para tentar sanar os problemas desses projetos, em dezembro de 2016 foi editada a Medida Provisória nº 752, posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.448/2017. Entre outras medidas, o diploma inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da relicitação, espécie de extinção amigável da concessão com a concomitante e a celebração de novo contrato para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.⁴

PICCELLI, Roberto Ricomini; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (coord.). *Lei Anticorrupção em debate: balanço de seus 10 anos*. Curitiba: Juruá, 2023; FREITAS, Juarez. Direito administrativo não-adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

² O conceito de renegociação será discutido no tópico 3.

³ Como alternativa ao termo *renegociação*, tem-se utilizado a expressão “repactuação” para se referir ao fenômeno que se pretende analisar. Cf. <https://agenciainfra.com/blog/com-expectativa-de-r-170-bilhoes-em-obras-ministerio-dos-transportes-fecha-em-14-os-pedidos-de-repactuacao-de-concessoes-rodoviaras/> e <https://exame.com/brasil/ministerio-dos-transportes-libera-repactuacao-de-8-concessoes-falta-analise-da-antt-e-do-tcu/>. Contudo, entendemos que não é a expressão mais adequada, uma vez que, no direito administrativo contratual, o termo “repactuação” possui um significado legalmente previsto (art. 6º, LXI, da Lei Federal nº 14.133/21) e que não possui relação com alterações substanciais dos contratos, mas com simples reajustes em contratos de prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Dessa forma, optamos por utilizar o termo “renegociação”. Contudo, pode-se também se referir ao fenômeno como “readaptação”, como fez a Portaria nº 848/2023 do Ministério dos Transportes, ou “remodelagem”.

⁴ Sobre a relicitação, cf. OLIVEIRA, Anderson Marcio de. A relicitação da Lei nº 13.448/2017 e a criação de uma nova hipótese de extinção dos contratos administrativos de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 9-15, fev. 2018; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019; PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. As Leis nº 13.334/2016 (PPI) e 13.448/2017 e seus impactos para as concessões ferroviárias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 9-37, abr./jun. 2018.

Apesar de constituir importante inovação, o instituto teve pouco sucesso. Seja em razão da demora da sua regulamentação,⁵ da dificuldade e longo prazo para se discutirem os valores que seriam pagos ao concessionário em crise pelo novo concessionário, da intensidade do controle do TCU sobre os processos, fato é que o instituto não conseguiu ser adequadamente operacionalizado, ao menos não na intensidade que se esperava.⁶

Em 2023, outra estratégia passou a ser construída, ao menos na órbita federal: a renegociação dos contratos de concessão. A questão que se coloca hoje para a doutrina jurídica é a seguinte: como se pode e como se deve renegociar contratos de concessão?

O presente artigo procura contribuir para essa agenda a partir do estudo de um caso de renegociação: o caso da concessão da BR-163/MT, sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste (CRO). Antes de se debruçar sobre o caso em si – tópico 4 –, contudo, o artigo fixa algumas premissas fundamentais nos tópicos 2 e 3.

2 Contratos de concessão: noções gerais

Contratos de concessão são tecnologias jurídicas que viabilizam a exploração privada de serviços, bens e utilidades públicas ou de interesse coletivo.⁷ Através dos contratos de concessão, uma parte, o poder concedente, atribui/outorga à outra parte, o concessionário, um conjunto de deveres e direitos ligados à exploração de um serviço, atividade ou utilidade pelo segundo. Essa exploração, que também é a sua fonte de remuneração, contudo, visa ao atendimento de “uma necessidade, uma obrigação ou um interesse cuja tutela seja de responsabilidade do outorgante”.⁸ A técnica concessória, portanto, pode ser utilizada para viabilizar a exploração pelo particular das mais variadas atividades de interesse coletivo.

Exatamente por desempenhar essa função, os contratos de concessão são instrumentos regulatórios. Por um lado, a própria opção em atribuir a um privado a exploração de uma utilidade pública já presume que este atuará com base em

⁵ O Decreto nº 9.957, que regulamentou o instituto, só foi editado em agosto de 2019. Esse vácuo normativo gerou insegurança das agências reguladoras federais em conduzir os processos de relicitação.

⁶ Até a data de fechamento deste artigo, apenas o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante havia sido relicitado, o que ocorreu em 2023.

⁷ SOLIANO, Vitor. Novos investimentos ou nova licitação? Os condicionantes da expansão de projetos de infraestrutura pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 24, 2023, p. 40.

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 115 e 121. No mesmo sentido, cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 262.

uma racionalidade econômica voltada ao lucro e à eficiência. Ou seja, não apenas não se pretende anular a busca pelo autointeresse, como são criados direitos e garantias para preservar essa busca.⁹ Ao mesmo tempo, contudo, os contratos contam – e devem contar – com mecanismos de incentivos para que a perseguição do interesse marcadamente econômico atenda necessidades coletivas e evite o abuso de poder pelo concessionário.^{10 11} Esses incentivos podem ser tanto direta quanto indiretamente econômicos – por exemplo, remuneração baseada em desempenho e na qualidade do serviço, no primeiro caso, sistema de punições por não atendimento a prazos ou níveis de serviço, no segundo.

Além da sua natureza marcadamente regulatória, os contratos de concessão possuem uma lógica econômico-financeira que os diferencia dos contratos administrativos comuns, diferença esta que, como se verá, tem consequências marcantes para a pergunta que move este artigo. Os módulos convencionais de concessão¹² são estruturados de forma tal a atribuir ao concessionário o dever de buscar financiamento para desempenhar a atividade pública que lhe foi outorgada, mesmo nas situações em que o concedente remunera ordinariamente o concessionário. É o que se extrai não apenas da estruturação prática desses contratos, mas das leis gerais que regulamentam esses contratos.¹³

Esse dever implica consequências diretas não só sobre a natureza das concessões e sua diferença para com contratos administrativos comuns, mas sobre seus mecanismos de remuneração e seu prazo. Ao se exigir que o concessionário arque com a obrigação de buscar financiamento, é inescapável que a estrutura do contrato, sua forma de remuneração do concessionário e, especialmente, seu

⁹ Por exemplo, as elevadas exigências que devem ser cumpridas pelo Poder Público para realizar a encampação do serviço, os poderes e prerrogativas que são atribuídos aos concessionários e o dever de conservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

¹⁰ “Contratos concessionais eficientes são aqueles que concebem sistemas de incentivo que, sem ignorar a racionalidade econômica, consigam criar condicionamentos jurídicos que materializam as finalidades públicas” (GARCIA, Flávio Amaral. *Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais*. In: GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 162-163).

¹¹ Floriano de Azevedo Marques Neto vai além e afirma que os contratos de concessão são mecanismos de arbitramento de múltiplos interesses enredados na execução do seu objeto: “A hodierna concessão se converteu em um instrumento consensual de articulação de interesses entre o Poder Público e diversos polos de interesses de particulares com vistas a disciplinar (de forma mais processual que material e para o longo prazo), múltiplos, complexos e diversificados direitos” (*op. cit.* p. 383-384). Esses interesses são os mais diversos e variam a depender da modalidade concessória e do serviço, utilidade, atividade ou bem concedido.

¹² A expressão é de Fernando Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 261).

¹³ O conceito de concessão comum precedida de obra pública definido no art. 2º, III, da Lei Federal nº 8.987/95 e o regramento do prazo das PPPs pelo art. 5º, I, da Lei Federal nº 11.079/04 apontam para essa conclusão ao vincularem a remuneração ou o prazo do contrato à amortização dos investimentos realizados.

prazo de vigência viabilizem a amortização dos investimentos realizados. É por essa razão que os contratos de concessão possuem prazos alargados, sendo extremamente raro encontrar contratos com vigência inferior a 10 anos, especialmente os de delegação de infraestrutura pública.

A natural complexidade dos objetos dos contratos de concessão e seu natural longo prazo de vigência leva a doutrina atual a caracterizar esses arranjos jurídicos como incompletos e relacionais.

A natureza incompleta¹⁴ desses contratos deriva de múltiplas razões:¹⁵ elevados custos de transação para prever todas as obrigações, contingências e situações que serão enfrentadas pelas partes ao longo da execução contratual, a natural racionalidade limitada dos agentes, públicos e privados, envolvidos no processo de estruturação, execução e fiscalização desses contratos, assimetria de informações, entre outras. Assim, a incompletude não só é esperada, mas mais racional.

Por sua vez, a natureza relacional tende a se impor nos contratos de concessão. Nessa espécie contratual, ao natural sinalagma contratual é acrescida a convergência de interesses. Nos contratos relacionais, as partes não possuem interesses conflitantes, mas se engajam em relações cooperativas de forma a preservar a prestação do objeto contratual.¹⁶ A característica relacional dos contratos de concessão, por sua vez, exige estruturas normativas que permitam a constante negociação e arbitramento dos múltiplos interesses, disposição das partes nesse sentido¹⁷ e que os esforços interpretativos desses contratos se dirijam a enxergá-los como plataformas de permanente adaptação.

Esse conjunto de características impõe desafios substanciais à vida dos contratos de concessão. Ao longo da sua vigência, é inevitável que as partes se defrontem com contingências que demandarão esforços para manter e/ou adaptar

¹⁴ HART, Oliver; MOORE, John Hardman. *Foundations of incomplete contracts*. NBER Working Paper No. w6726, 1998. p. 36-37. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=226378>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁵ A literatura sobre incompletude dos contratos de concessão é, atualmente, vasta, podendo-se afirmar se tratar de um lugar comum indiscutível. Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. Comentários ao estudo sobre contratação incompleta de projetos de infraestrutura publicado por Nobrega, Vêras e Turolla. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 135-151, jan./mar. 2024; NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 99-120; FREITAS, Rafael Vêras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar./ago. 2020; DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 111-123; CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, jan./jun. 2014, p. 155-200.

¹⁶ DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 112-114.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 385.

o contrato “vivo”. Tanto os próprios contratos de concessão quanto o sistema jurídico brasileiro possuem mecanismos para tanto, alguns mais solidamente consolidados (mutabilidade, reequilíbrio econômico-financeiro etc.), outros em estágios menos avançados de consolidação (renegociação/repactuação). O tópico seguinte pretende explorar esses conceitos, aproximando-os e diferenciando-os.

3 Mutabilidade, reequilíbrio, negociação e renegociação: diferenças e aproximações

O reconhecimento da incompletude dos contratos de concessão não significa que os documentos escritos sejam irrelevantes ou que não se deve levar a sério a sua redação. Ao contrário, a modelagem do projeto como um todo e a formalização dos direitos e deveres em um documento são atividades essenciais. Mais do que isso, o reconhecimento da incompletude contribui para se tentar construir contratos melhores, estruturando mecanismos de adaptação interna. Apenas para fins de exemplo, os gatilhos contratuais de investimento, a previsão de revisões periódicas, a fixação de instrumentos de solução de conflitos e a matriz de alocação de riscos já são mecanismos que tentam internalizar e minorar a incompletude, bem como que direcionam a aditividade relacional das partes.

A incompletude, contudo, implica a necessidade de se lidar *ex post* com as contingências não previstas. Por um lado, é possível que contratos de concessão concretos não prevejam mecanismos de adaptação sofisticados ou bem estruturados. Por outro, mesmo os contratos que preveem esses mecanismos podem se defrontar com contingências incompatíveis com esses mecanismos.

O direito administrativo possui – ou pode passar a possuir – institutos aptos a lidar com essas realidades. O mais tradicional desses institutos invocados para lidar com contingências e mudanças que ocorrem após a celebração dos contratos é o da mutabilidade.

A discussão sobre a mutabilidade dos contratos de concessão é tão antiga quanto o próprio instituto. Em obra recente sobre o tema, Letícia Lins de Alencar noticia que o conceito surge para explicar possibilidade de alteração unilateral dos contratos pelo poder público, evolui para tentar fixar limites às alterações passíveis de serem realizadas e, atualmente, incorpora as reflexões sobre incompletude contratual e o reconhecimento da ampla possibilidade de alterações;¹⁸ ou seja, a própria ideia de mutação é mutável.

¹⁸ ALENCAR, Letícia Lins. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 52-73. Sobre o tema, também cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.

Por sua vez, o reequilíbrio econômico-financeiro é mecanismo voltado a preservar a alocação de riscos dos contratos de concessão.¹⁹ Ao longo do tempo, foi sedimentado em doutrina que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos está diretamente relacionado com a sua alocação de riscos.²⁰ Desequilíbrios, portanto, ocorrem quando um evento cujo risco estava alocado para uma parte ocorre e causa prejuízos (ou benefícios) para outra parte. O reequilíbrio econômico-financeiro procura compensar esse prejuízo (ou benefício).

Reequilíbrios podem possuir relação com a mutabilidade dos contratos de concessão. Por exemplo, ao longo da vigência do contrato pode-se identificar a vantajosidade de se prever nova obrigação ao concessionário (mutação contratual). Essa nova obrigação, não prevista originalmente, desequilibra o contrato e, por sua vez, demanda o seu reequilíbrio em favor do concessionário.²¹

Reversamente, é possível que um reequilíbrio promova uma mutabilidade. Por exemplo, ao longo do contrato se materializa evento cujo risco de ocorrência foi atribuído à concessionária, mas que gerou prejuízos ao concedente ou aos usuários. Ao invés de pagar valores monetários ao concedente ou reduzir a tarifa, pode ser *negociada* com o concessionário a realização de um investimento não originalmente previsto e fora das suas obrigações originais (mutação contratual).

Contudo, é possível ocorrer reequilíbrios que não podem ser caracterizados como causa ou consequência de mutabilidades – por exemplo, um reequilíbrio em favor da concessionária via aumento tarifário decorrente do desequilíbrio causado pelo aumento de um tributo cujo risco estava alocado ao concedente. Não há, aqui, qualquer mutabilidade no contrato.

Negociações em contratos de concessão podem ocorrer em atividades do dia a dia da execução do contrato (por exemplo, negociações e ajustes sobre rotinas de fiscalização ou de aprovação de projetos, datas e locais de reuniões), em momentos com maior impacto para o projeto (por exemplo, negociação sobre quais dos instrumentos de reequilíbrio serão utilizados ou sobre como e a partir de quais referenciais o desequilíbrio deve ser calculado) ou em momentos mais críticos

¹⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 79: “A função, portanto, do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual”.

²⁰ Essa concepção foi recentemente positivada nos arts. 6º, XXVII, e 103, §§4º e 5º, principalmente, da Lei Federal nº 14.133/21

²¹ Sobre novos investimentos em contratos de concessão, cf. SOLIANO, Vitor. Novos investimentos ou nova licitação? Os condicionantes da expansão de projetos de infraestrutura pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 24, 2023, p. 58; SOLIANO, Vitor. A expansão de infraestrutura e a realização de novas obras em contratos de concessão: aditivo ou licitação? Proposta de matriz decisória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, out./dez. 2022, p. 214.

(negociações para encerramento de conflitos já instaurados entre as partes). Há poucas dúvidas, contudo, de que as negociações fazem parte da própria essência da ideia de concessões, dada a sua incompletude.

Como se vê, as negociações não possuem relação de necessidade com as noções de reequilíbrio e de mutação, mas também não podem ser delas afastadas por completo: embora haja negociações que não se relacionam com o equilíbrio econômico-financeiro ou com alterações contratuais, fatalmente a resolução de desequilíbrios e as mutações do contrato implicarão negociações.

Dado que mutações, reequilíbrios e negociações são naturais e esperados em contratos de concessão em razão da sua natureza incompleta e relacional, o que poderia ser considerado uma renegociação contratual?

Em obra clássica sobre o tema, Jose Luis Guasch oferece um conceito com valor operativo:

A renegociação ocorre quando o contrato original e o impacto financeiro de um contrato de concessão são alterados significativamente e *essas mudanças não foram resultado de contingências especificadas no contrato*. Por exemplo, ajustes tarifários fixados e padronizados resultantes da inflação ou de outros fatores previstos não contam como renegociação. Tampouco contam as revisões tarifárias periódicas estipuladas em um contrato, ou contingências (como desvalorizações significativas) em um contrato que induzem mudanças tarifárias. *Somente quando ocorrem desvios substanciais do contrato original e o contrato é aditado, pode-se dizer que uma renegociação ocorreu.*²²

Há, portanto, dois elementos fundamentais para que se esteja diante de uma efetiva renegociação contratual: a alteração deve ser significativa (“*desvios substanciais*”) e não ser resultado de mecanismos já previstos no próprio contrato ou para lidar com contingências também já previstas no contrato (“*mudanças não foram resultado de contingências especificadas no contrato*”). Ou seja, alterações

²² Destaques acrescidos. Do original: “*Renegotiation occurs when the original contract and financial impact of a concession contract is significantly altered and such changes were not the result of contingencies spelled out in the contract. For example, stated and standard tariff adjustments resulting from inflation or other stated drivers do not count as renegotiation. Nor do periodic tariff reviews stipulated in a contract, or contingencies (such as significant devaluations) in a contract that induces tariff changes. Only when substantial departures from the original contract occurred and the contract is amended can one say that a renegotiation took place*” (GUASCH, Jose Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. Washington: The World Bank, 2004. p. 34).

contratuais ou processos de reequilíbrio que derivam da aplicação de previsões do próprio contrato não podem ser considerados renegociações.²³

Ao relacionar e tentar diferenciar os institutos do reequilíbrio, da negociação e da renegociação, Maurício Portugal Ribeiro defende que, enquanto “os reequilíbrios podem alterar os contratos por meio da aplicação de regras previstas em lei ou nos próprios contratos”, ainda que impliquem alguma *negociação* entre as partes, “as *renegociações* são alterações dos contratos não balizadas por regras previamente estabelecidas no ordenamento jurídico ou pactuadas entre as partes”.²⁴

Renegociações de contratos de concessão, portanto, são alterações contratuais cujos critérios e balizas não foram previamente fixados nos próprios contratos. As alterações transcendem a mera mudança pontual de obrigações ou a simples inserção de novos investimentos, assim como não se confundem com processos de reequilíbrio a partir de instrumentos já previstos no próprio contrato. Elas implicam alterações abrangentes que podem estar relacionadas ao objeto, à forma de execução, à forma de remuneração e financiamento etc. Embora as causas e os objetivos possam estar mais fortemente ligados à retomada ou garantia da viabilidade financeira ou ao equilíbrio econômico, não se deve restringir as negociações a essas situações.

A identificação concreta de se se está diante de uma negociação de pequena escala, um processo de reequilíbrio (como suas inevitáveis negociações) ou de uma renegociação só poderá ocorrer, portanto, com a análise a partir do próprio contrato original, da alteração promovida, dos impactos causados por essa alteração e do *processo*²⁵ que culminou nessa alteração.

Por fim e a partir dessas noções, embora nem toda *negociação* implique ou seja causada por uma mutação contratual ou das suas condições subjacentes, embora nem todo reequilíbrio implique ou seja causado por uma mutação e embora nem toda mutação seja uma renegociação, parece seguro dizer que *toda renegociação será caracterizada como uma mutação contratual*.

²³ No mesmo sentido, cf. BOGOSSIAN, Andre M.; ALEIXO, G. F. B. Problemas na e da operacionalização do conceito de renegociação de contratos de concessão rodoviária pelo Tribunal de Contas da União. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (org.). *Transformações do Direito Administrativo: Debates e Estudos Empíricos em Direito Administrativo e Regulatório*. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2021. p. 69-96.

²⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Nota sobre a diferença entre negociações, renegociações e reequilíbrios de contratos administrativos*. Disponível em <https://agenciainfra.com/blog/nota-sobre-a-diferenca-entre-negociacoes-renegociacoes-e-reequilibrios-de-contratos-administrativos/>. Acesso em: 19 abr. 2024 (destaques acrescidos). Do mesmo autor, cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal. Comentários ao estudo sobre contratação incompleta de projetos de infraestrutura publicado por Nobrega, Vêras e Turolla. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2024, p. 143-145.

²⁵ Voltaremos ao tema do processo na sequência.

Assumindo com corretas essas conceituações, renegociações de contratos de concessão atraem com mais intensidade as preocupações normalmente levantadas para alterações em geral nesses contratos: a violação do dever de licitar e os riscos de comportamento oportunista e de *moral hazard*. Esses últimos são especialmente causados pela assimetria de informação existente entre as partes. Sobre esses temas, também há vasta doutrina jurídico-regulatória e econômica.²⁶

De fato, por melhores e mais transparentes que sejam, não é possível imunizar completamente os processos de renegociação contra assimetrias de informação e comportamentos oportunistas. Essa constatação, contudo, não deve se traduzir no impedimento *a priori* de renegociações.

Em primeiro lugar, além de não poderem ser compreendidos como deveres absolutos,²⁷ processos licitatórios também possuem seus riscos e também podem culminar na celebração de maus contratos. Em segundo lugar, não parece correto afirmar que todos os *processos de renegociação* são iguais. Há múltiplos elementos que impactam a qualidade desses processos: maturidade e capacidade institucional do regulador, existência ou não de fiscalização permanente, quantidade e qualidade das informações relevantes já detidas pelo regulador, existência ou não de fiscalizações de segunda ordem (órgãos de controle, por exemplo), existência ou não de mecanismos de governança e de resolução de disputas que contribuem com a revelação de informação (verificadores independentes, *dispute boards*, arbitragem etc.), postura do regulado ao longo da execução do contrato, etc.

Em terceiro lugar, o *processo renegocial* pode, ele mesmo, servir como momento de exposição de informações por parte do regulado;²⁸ ou seja, ao desejar renegociar seu contrato, o regulado pode se ver forçado a divulgar informações que não pretendia.

²⁶ Cf. WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo*: firmas, mercados, relações contratuais. São Paulo: Pezco Editora, 2012. p. 303-308; CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Regulação econômica de infraestruturas*: qual modelo escolher? Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Tipo/Revista_do_BNDES/201406_06.html. Acesso em: 16 ago. 2020; PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). *Infraestrutura*: eficiência e ética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 25-31.

²⁷ Defendendo que o princípio do dever de licitar não pode servir de contraponto absoluto às mutabilidades contratuais, cf. ALENCAR, Leticia Lins. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 221-223.

²⁸ “Se houver elevados custos de transação *ex ante*, a melhor solução seria uma incompletude deliberada, caracterizando um cotejamento entre os benefícios e os custos marginais do complementamento (*sic*) do contrato. Essa postura vai postergar para o momento *ex post* (durante a execução contratual) a tentativa de minimizar esses custos. Dessa forma, três alternativas são viáveis para tal feito. A primeira delas seria a possibilidade de renegociação periódica entre as partes, que permitiria, pelo princípio da revelação, um ajustamento adequado entre os interesses das partes, desde que os custos dessa renegociação não sejam proibitivos e que não seja ineficiente a ponto de gerar *hold up* pela geração de relevantes custos de agência” (NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin 2010. p. 113-114).

Por fim, ainda que o risco de oportunismo exista, é possível que, concretamente, a renegociação simplesmente se mostre mais vantajosa do que as opções colocadas para os reguladores: encerramento do contrato (caducidade), intervenção, sancionamento (cuja eficácia pode ser duvidosa), extinção amigável com relicitação.

O desafio que se coloca, portanto, é como renegociar.

Embora a doutrina jurídica possa contribuir positivamente com o tema das renegociações a partir de estudos estritamente dogmáticos, procurando desenvolver suas balizas a partir da (re)interpretação de institutos e normas consolidadas, outra forma igualmente importante é o estudo de casos concretos em que as renegociações foram efetivadas;²⁹ ou seja, investigar como as renegociações foram efetivamente *processadas* e quais os fundamentos normativos e (re)leituras jurídicas foram realmente invocados pelos atores envolvidos (privados e públicos) pode auxiliar na estruturação de boas práticas e apontar problemas que podem e devem ser sanados em experiências futuras.

É o que se procura fazer na sequência a partir da análise do caso da concessão da BR-163/MT, sob responsabilidade da Concessionária Rota do Oeste. Para tanto, recorreu-se aos principais documentos responsáveis por instruir e *processar* a renegociação e que estão disponíveis nos Processos ANTT nº 50500.027628/2021-22³⁰ e 50500.161397/2022-66 e nas Tomadas de Contas nº 032.830/2016-5 e 019.064/2022-5 do TCU.

4 O caso da concessão da BR-163/MT (Rota do Oeste)

4.1 O objeto do contrato de concessão e o contexto do pleito de renegociação

O contrato de concessão da Concessionária Rota do Oeste (CRO) é oriundo do Edital nº 003/2013 e foi firmado em 12.3.2014. Seu objeto é a recuperação, operação, manutenção, monitoração, conservação, implantação de melhorias, ampliação de capacidade e manutenção do nível de serviço do sistema rodoviário compreendido pela BR-163/MT (822,8 km) e pela MT-407 (28,1 km). Trata-se,

²⁹ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Comentários ao estudo sobre contratação incompleta de projetos de infraestrutura publicado por Nobrega, Vêras e Turolla. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2024, p. 145.

³⁰ O processo se encontra com acesso restrito ao público. Por essa razão, com base na Lei de Acesso à Informação, foi solicitado acesso ao seu inteiro teor, o que foi deferido no Processo nº 50001.012428/2024-49. A ANTT, contudo, não cedeu acesso a documentos pontuais por entender que possuíam dados pessoais sensíveis.

portanto, de concessão rodoviária federal fiscalizada e regulada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Apesar da realização de investimentos significativos nos primeiros anos, a concessionária passou a não mais atender plenamente as obrigações dispostas no contrato, especialmente os deveres de ampliação de capacidade – que teve suas obras interrompidas por decisão da CRO em março de 2016 –, mas também de manutenção do nível de serviços.

De acordo com ela, as principais causas para esses descumprimentos estavam ligadas a desequilíbrios econômico-financeiros decorrentes da materialização de eventos cujo riscos estavam alocados ao concedente. Apesar da apresentação de pleitos administrativos, os reequilíbrios foram negados total ou parcialmente pela ANTT. Em razão disso, a CRO ajuizou ações no Poder Judiciário e deu início a processo arbitral contra a ANTT e a União.

Os fundamentos para os pedidos apresentados na arbitragem são diversos, merecendo destaque: (i) alteração das condições de financiamento;³¹ (ii) aumento do limite de peso bruto por eixo; (iii) aumento do preço dos insumos asfálticos; (iv) inexecução dos contratos Crema, sob responsabilidade do DNIT; (v) incorreção da aplicação do Fator D, entre outros.

Tanto no Judiciário quanto no juízo arbitral, a CRO conseguiu decisões que suspendiam parcialmente os poderes regulatórios da ANTT, especialmente a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e decretação de caducidade com fundamento nas questões contidas no conflito travado entre as partes.

Em paralelo, a ANTT, ao longo do tempo, deu início a diversos processos sancionadores contra a CRO e aplicou uma diversidade de multas contra a concessionária. A grande maioria dos processos envolvia inadimplementos contratuais relacionados à execução do Programa de Exploração Rodoviária (PER) do contrato.

Esse cenário levou as partes a iniciarem processos negociais voltados a encontrar medidas para sanar as irregularidades e permitir o retorno da execução do contrato de concessão e a realização dos investimentos.

Ao mesmo tempo, em 2019 foi dado início ao Processo nº 50500.321614/2019-88, voltado à apuração compreensiva dos descumprimentos contratuais da CRO. No bojo desse processo, foi emitida pela Diretoria da ANTT a Deliberação nº 105, de 23 de março de 2021, concedendo à CRO “prazo de 30 (trinta) dias para a

³¹ À época da licitação, o BNDES era – e ainda é – o principal financiador de projetos de infraestrutura concedida. As condições de financiamento do BNDES normalmente são utilizadas nas modelagens dos projetos. Nem sempre essas condições são mantidas após a celebração dos contratos, contudo.

apresentação de plano de trabalho contemplando as obrigações e os prazos indicados para a correção dos descumprimentos contratuais, sob pena de instauração de processo administrativo ordinário de caducidade”. A deliberação determinava que o plano de trabalho deveria prever a sua total execução em até cinco anos e deveriam ser contempladas “obrigações da frente de recuperação e manutenção e das obras de melhorias em conjunto com as obras de ampliação de capacidade no respectivo trecho”.

O fundamento da decisão da Diretoria foi o art. 38, §3º, da Lei Federal nº 8.987/95, dispositivo que garante que as concessionárias receberão prazo para corrigir os descumprimentos contratuais antes de se determinar o início do processo de caducidade; ou seja, através da citada deliberação, a ANTT deu início formal às providências para decretação da caducidade da concessão.

Em 31 de março de 2021, uma semana após a publicação da deliberação, a CRO apresentou pleito de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

4.2 O pleito da concessionária e seus contornos jurídicos

Em paralelo à apresentação de um plano de trabalho nos moldes requisitados pela ANTT e ao invés de apresentar um novo pleito de reequilíbrio do contrato, a CRO optou pela apresentação de proposta de Termo de Ajustamento de Conduta voltado a pactuar com a agência as condições para a retomada da plena execução contratual. *O veículo jurídico que deu início ao processo de renegociação, portanto, foi o TAC.*

Além de genericamente previsto no art. 32 da Lei Federal nº 13.848/19,³² o TAC é regulamentado no âmbito da ANTT pela Resolução nº 5.823/2018 e pela Portaria nº 24/2021/SUOD/ANTT. Além desses normativos, a CRO invoca o art. 26 da LINDB³³ com fundamentos gerais do pleito. As regras da ANTT exigem que o agente regulado interessado em celebrar TAC apresente pleito instruído com uma série de elementos indispensáveis que serão analisados pelas múltiplas gerências da Superintendência de Regulação Rodoviária (SUOD).

³² 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.

§1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

³³ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

É possível afirmar que existem dois eixos principais no pleito da CRO: reprogramação de investimentos com manutenção do patamar tarifário até então praticado e alteração do seu controle acionário. Além disso, ao longo de todo o pleito a concessionária procura enfatizar a natureza negocial do TAC, enfatizando que se trata de mecanismo de regulação consensual que tem potencial de gerar efeitos positivos para a coletividade.

Após relatar o histórico da concessão até aquele momento, dando destaques às dificuldades enfrentadas para fazer frente aos investimentos obrigatórios, à proximidade da sua insolvência e às discussões já em trâmite entre as partes sobre a celebração de TAC, inclusive com manifestações da PF/ANTT, a CRO apresenta efetivamente o seu pleito, cuja finalidade última é retomar o cumprimento das suas obrigações contratuais nas três frentes principais: (i) obras de ampliação de capacidade e melhorias; (ii) recuperação e manutenção; (iii) serviços operacionais.

Em primeiro lugar, a CRO apresenta pleito voltado a resolver o seu passivo regulatório, consistente nos processos sancionadores em trâmite, os já transitados em julgado e as multas efetivamente aplicadas pela ANTT. Sugere a consolidação de todo o passivo, a aplicação de desconto e a “devolução” dos valores através da redução da tarifa a ser aplicada no futuro, após a execução do TAC, cujo prazo de execução seria de cinco anos.

Ao mesmo tempo, pleiteia que a reprogramação dos investimentos que deve executar não provoque a redução da tarifa praticada naquele momento. Ao contrário, afirma que a manutenção do patamar tarifário é essencial para a viabilidade econômico-financeira do projeto como um todo, especialmente a sua financiabilidade; ou seja, sem a manutenção do patamar tarifário – afastando-se, portanto, a aplicação efetiva do Fator D durante a execução do TAC – a concessionária não conseguiria atrair novo investidor para o seu controle acionário nem contratar financiamentos de longo prazo.

Em síntese: nem a resolução do passivo regulatório nem a reprogramação dos investimentos poderiam afetar a tarifa praticada, sob pena de inviabilização da retomada da plena execução do contrato.

Como fundamento normativo, a CRO invoca o art. 25, §1º, da Portaria nº 24/2021/SURDO/ANTT, que autoriza a não aplicação do Fator D durante a execução do TAC. Os valores “a maior” recebidos pela concessionária ao longo da execução do TAC, seja em razão da não aplicação do Fator D, seja em razão das medidas cautelares proferidas pelo Poder Judiciário e pelo juízo arbitral, seriam devolvidos via Fator C após a execução do TAC através de redução tarifária.

Na sequência, a CRO procura demonstrar que sua proposta atende o interesse público. Além de juntar Análise de Impacto Regulatório elaborada por consultoria privada, a concessionária elenca, entre outras, as seguintes razões de interesse público: a) retomada da execução das obras de duplicação e implantação de melhorias;

b) manutenção da matriz de risco e das bases contratuais originais; c) novo plano de trabalho para execução das obras e investimentos do contrato; d) priorização dos investimentos em trechos críticos quanto aos níveis de serviço e com maior número de acidentes; e) execução integral das obras e investimentos contratuais originais.

Por fim, realiza análise comparativa entre a celebração do TAC e os outros mecanismos regulatórios que estariam à disposição da ANTT, notadamente a decretação de caducidade e a relicitação. Na sua visão, a caducidade geraria mais prejuízos do que benefícios, pois implicaria longo período sem investimentos na rodovia, não resolveria os passivos regulatórios e poderia findar por transpor para o DNIT as obrigações de manutenção da rodovia. A relicitação, por sua vez, aumentaria a tarifa básica de pedágio, uma vez que o nível de deságio da licitação original dificilmente seria alcançado em uma nova licitação em razão da mudança das condições macroeconômicas (necessidade de modelagem de projeto com TIR maior do que a então licitada). Destaca, ainda, que a tarifa básica praticada é uma das menores dentre as rodovias federais.

4.3 O processo de análise na ANTT

4.3.1 Análise original: Processo SEI nº 50500.027628/2021-22

Desde o início do processo, as áreas técnicas da ANTT identificaram que o pleito de celebração de TAC apresentado pela concessionária fugia à regra dos TACs anteriormente celebrados. Essa constatação levou à condução de processo administrativo de complexidade elevada, que contou com análises de gerências distintas, realização de procedimento similar à Análise de Impacto Regulatório e realização de audiência pública. Esses dois últimos instrumentos de governança regulatória não são obrigatórios no caso de celebração de TAC, mas a agência julgou pertinente a sua realização.

Cada uma das gerências envolvidas apresentou elementos que impactaram na redação da minuta do TAC e ensejou novas manifestações da CRO. A Coordenação de Instrução Processual (CIPRO) orientou adaptações ao pleito em si; a Gerência de Gestão de Investimentos Rodoviários (GEFIR) apresentou considerações sobre o plano de ataque da concessionária na retomada das obras nos seus três eixos, também recomendando adaptações na proposta; e a Gerência de Gestão e Fiscalização Econômico-Financeira (GEGEF) avaliou o pleito da concessionária a partir dos impactos tarifários e de aplicação do Fator D e do Fator C.

Após o conjunto de análises técnicas, a SUROD, superintendência a que estão submetidas as citadas gerências, realizou procedimento similar à AIR.³⁴ De forma sintética, a SUROD entendeu estar diante dos seguintes problemas regulatórios:

³⁴ Nota Técnica SEI nº 3350/2021/SUROD/DIR.

Assunto	Problema	Natureza	Causa/consequência	Magnitude
1. Prestação do serviço público de acordo com o contrato de concessão	A concessionária não tem sido capaz de executar as obrigações contratuais, incorrendo na degradação do serviço público outorgado e risco à sua continuidade, em prejuízo aos usuários.	Falha de mercado (onerosidade/dificuldade na obtenção de recursos, crise de confiança no controlador) e falha de regulação (ineficácia dos instrumentos regulatórios).	Incapacidade da concessionária (em especial, à luz de seu controlador) em obter recursos e executar as obrigações contratuais. Deficiência na prestação do serviço, com risco à fluidez e à segurança para o usuário.	Grave. Afeta toda a concessão.
2. Estruturação financeira da concessão	A estruturação financeira da concessão encontra-se em rápida e crescente deterioração, tendo em vista remanescerem diversas obrigações de investimento pendentes e um passivo de débitos acumulados pela concessionária a serem descontados na tarifa de pedágio, com menos tempo de prazo contratual para amortização.	Falha de mercado (falha na prestação do serviço).	As inexecuções das obrigações contratuais e o passivo de penalidades somam saldo expressivo de descontos/débitos em face da concessionária. A aplicação da tarifa tida como devida pela ANTT inviabilizaria o projeto, à luz do fluxo de caixa projetado.	Grave. Afeta toda a concessão.
3. Multas	A concessionária acumula um passivo substancial de multas aplicadas e não pagas, colocando em xeque a eficácia desse instrumento de coerção.	Falha de mercado (falha na prestação do serviço) e falha de regulação (ineficácia dos instrumentos regulatórios).	As inexecuções das obrigações contratuais resultaram na aplicação de saldo expressivo de multas não pagas pela concessionária. Perda de legitimidade do regulador pelo não pagamento das multas.	Grave. Afeta toda a concessão.
4. Poderes regulatórios da ANTT	A ANTT encontra-se limitada nas suas prerrogativas regulatórias, uma vez que vigora decisão judicial, confirmando na esfera arbitral, para impedir a realização de descontos tarifários, aplicação de penalidades e caducidade com fundamento nas questões contidas na contenda travada entre as partes.	Falha de regulação (incompreensão dos instrumentos regulatórios, óbice arbitral).	Ineficácia dos instrumentos regulatórios por força de decisão judicial/arbitral. Dificuldade na gestão contratual pela ANTT.	Grave. Afeta toda a concessão.

Para cada um dos problemas identificados, a SUROD avaliou quatro posturas possíveis a serem adotadas pela agência: (i) não fazer nada; (ii) decretar a caducidade; (iii) promover a relicitação do contrato; e (iv) celebrar o Termo de Ajustamento de Conduta com a posterior ou concomitante troca do controle acionário.

Na conclusão da Superintendência, as três primeiras alternativas não resolviam os problemas identificados a contento e poderiam causar mais prejuízos, seja aos usuários, seja à ANTT, seja à própria CRO. A caducidade e a relicitação, além de serem processos demorados e custosos, não resolveriam os problemas mesmo no médio prazo e manteriam a situação de inadimplemento e não satisfação das finalidades públicas enquanto durassem os respectivos processos. Além disso, eventual nova licitação não seria capaz de garantir as mesmas condições – tarifárias e de TIR – que o atual contrato possui.

Por essa razão, além de defender a celebração do TAC pela sua natureza negociada e consensual, essa alternativa geraria os maiores benefícios para os atores envolvidos. Sustentou que o TAC pode: distribuir de forma equilibrada as obrigações; mobilizar voluntariamente a concessionária na reprogramação dos investimentos; renovar os instrumentos regulatórios de cumprimento contratual; mitigar o seguimento e superveniência de discussões judiciais e arbitrárias que impedem a adequada gestão do contrato pela ANTT; e trazer ganhos imediatos aos usuários, mediante implementação de investimentos em obras e serviços.

Após a manifestação da SUROD, foi realizada audiência pública para colher contribuições da sociedade, especialmente os potenciais afetados pela concessão. Foi possível apresentar contribuições pelo período de um mês, além de ter sido agendada sessão pública para oitiva dos interessados. Algumas das contribuições apresentadas pelos interessados foram acolhidas pelas áreas técnicas da ANTT, que as inseriram nas minutas dos TACs, que foram, ao fim, analisadas pela PF/ANTT.

Antes da realização da sessão da Diretoria da ANTT que avaliaria a celebração do TAC, a CRO apresentou pleito em que, além de questionar as alterações que foram feitas na minuta do TAC, requereu a inclusão de novos temas nas tratativas, em especial: extensão do prazo da concessão, negociação de eventual acordo no procedimento arbitral em curso envolvendo as partes, tutela contratual dos impactos da nova lei de ferrovias sobre a demanda esperada da rodovia por ela gerida.

Em razão disso, a Diretoria da ANTT optou por não analisar a celebração do TAC, mas, na mesma sessão, realizada em 21.10.2021, instaurou o processo de caducidade (Deliberação nº 346/21).

Ato contínuo, *o processo de celebração do TAC foi sobrestado* e a CRO apresentou pedido de relicitação em 9.12.2021.

Por sua vez, a ANTT aprovou a viabilidade da relicitação em 10.3.2022 (Deliberação nº 102), o Conselho do PPI opinou favoravelmente pela qualificação do projeto em 2.6.2022 (Resolução nº 235/22) e a Presidência da República qualificou o projeto no âmbito do PPI em 6.7.2022 (Decreto nº 11.122/22). A partir daqui, por força do art. 14, §3º, da Lei Federal nº 13.448/17, o processo de caducidade foi sobrestado.³⁵

4.3.2 A segunda tentativa de celebração do TAC: Processo ANTT nº 50500.161397/2022-66

Apesar do sobrestamento do processo original do TAC, as partes seguiram buscando alternativas para solucionar os problemas que vinham sendo enfrentados pela concessão.

A leitura feita pela ANTT sobre a principal razão da frustração da solução foi a falta de atratividade financeira do contrato para os grupos de investidores à época interessados em assumir o controle da CRO. A não atratividade do ativo decorreria, em grande parte, do expressivo passivo regulatório, tanto o discutido administrativamente quanto no juízo arbitral; e da grande quantidade de investimentos a serem realizados em curto espaço de tempo, o que atrairia desafios financeiros e operacionais, necessidade de prazo adicional de vigência contratual para amortizar os novos financiamentos e o risco envolvido de perda de receitas em função de novas ferrovias impulsionadas pelo marco de autorizações ferroviárias.³⁶

Como alternativa, a CRO e o estado do Mato Grosso apresentaram nova proposta de TAC em maio de 2022. O principal elemento da nova proposta era a assunção do controle acionário da CRO pela MT Participações e Projetos S.A. (MT-PAR), empresa estatal controlada integralmente³⁷ pelo estado do Mato Grosso. A nova controladora aportaria recursos para permitir a realização de investimentos correspondentes às obrigações contratuais da concessionária da ordem de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).³⁸

³⁵ 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. [...] §3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.

³⁶ Despacho nº 12908320, Processo ANTT nº 50500.161397/2022-66.

³⁷ Embora formalmente a MT Participações seja uma sociedade de economia mista, o estado do Mato Grosso detém 99,99% das ações com direito a voto (<https://www.mtpar.mt.gov.br/relatorio-de-gestao-e-balanco-anual>).

³⁸ O montante foi posteriormente ampliado para R\$1.200.000.000,00.

O interesse do estado do Mato Grosso decorre da importância econômica da rodovia. De acordo com a ANTT:

A região por onde passa a rodovia é atualmente a maior produtora de grãos e leguminosas do Brasil e o trecho representa o principal meio de escoamento da produção da Região Centro-Oeste, tendo, portanto, um importante papel na economia do país. Ressalte-se que 92% do tráfego na rodovia (em veículos equivalentes) no ano de 2021 foi de veículos pesados, cuja carga principal era produtos como soja, milho e algodão. Além disso, a maior parte de toda a produção tem a exportação como destino, sendo as principais rotas os portos do Arco Norte, compreendido pelos estados do Amazonas, Pará, Rondônia, Amapá e Maranhão, e os portos de Santos/SP e de Paranaguá/PR.³⁹

Contudo, para materialização da transferência de controle, seria necessária a formalização do TAC, com novas condições que buscariam solucionar as causas de frustração das negociações anteriores, objetivando trazer maior sustentabilidade financeira para o projeto, juntamente com o comprometimento do novo acionista com a concessão.

Para tanto, múltiplas cláusulas das minutas do TAC anteriormente elaboradas pela ANTT e pela CRO foram reelaboradas, e as diversas obrigações, alteradas e incluídas.

Dentre as alterações mais relevantes, merecem destaque: (i) fixação do prazo de oito anos para execução do TAC e saneamento das inexecuções contratuais; (ii) renúncia às pretensões judiciais e arbitrais em relação aos processos sancionadores em curso; (iii) renúncia às pretensões já levadas ao juízo arbitral pela CRO; (iv) anuência da ANTT da troca de controle acionário, respeitados os requisitos legais e contratuais; (v) suspensão dos processos sancionadores em curso; (vi) extinção de todos os processos sancionadores e das multas aplicadas em caso de cumprimento do TAC; (vii) obrigação de requerer ao TCU a suspensão e posterior extinção de medidas cautelares que inviabilizem a execução do TAC; (viii) melhor fixação das competências fiscalizatórias da ANTT na execução do TAC e estabelecimento de sanções em caso de descumprimento; (ix) compromisso de celebração de termo aditivo ao contrato de concessão para incluir o compartilhamento parcial do risco de demanda em caso de frustração decorrente da implantação de ferroviárias na área de influência da BR-163/MT; (x) compromisso de celebração de termo aditivo para prorrogar o contrato

³⁹ Processo nº 50500.161397/2022-66, SEI ANTT 12908320.

de concessão por cinco anos; (xi) vedação da controladora original da CRO voltar a ser sua acionista; (xii) não indenização do acionista originário da CRO quando da sua substituição pela MT-PAR.

A nova sugestão do TAC foi avaliada tanto pelas áreas técnicas da ANTT quanto pelo Ministério dos Transportes, ator que até o momento não havia se manifestado formalmente na negociação.⁴⁰ De forma sintética, após a realização de análise comparativa entre as alternativas à disposição, o ministério concluiu que a celebração do TAC estaria em maior consonância com a política pública setorial quando comparada com as alternativas. Em especial, enfatizou que o TAC era solução superior à continuidade do processo de relicitação.

Após as análises técnicas pertinentes, a ANTT promoveu ajustes adicionais à sugestão da CRO e da MT-PAR e optou, por prudência, submeter os elementos do processo à análise pelo TCU antes de celebrar o TAC.

4.4 As análises pelo Tribunal de Contas da União

O processo de renegociação do contrato de concessão da CRO foi analisado pelo Tribunal de Contas da União em duas oportunidades: a primeira, no Acórdão nº 2.139/2022-Plenário, proferido no bojo da Tomada de Contas nº 019.064/2022-5, processo instaurado com o propósito exclusivo de se fazer a avaliação do TAC; a segunda, no Acórdão nº 1.100/2023-Plenário, proferido no bojo da Tomada de Contas nº 032.830/2016-5, processo com finalidade de avaliar eventuais irregularidades na inclusão de novos investimentos no contrato de concessão anteriores à discussão sobre o TAC, mas que, em razão da conexão entre os assuntos, também avaliou a celebração do TAC.

4.4.1 Acórdão nº 2.139/2022-Plenário (Tomada de Contas nº 019.064/2022-5)

A TC nº 019.064/2022-5 foi instaurada por solicitação da própria ANTT. Como os temas discutidos na celebração do TAC possuíam relação com questões que já se encontravam sob fiscalização do TCU, a agência entendeu ser necessário o envio dos elementos do Processo ANTT nº 50500.161397/2022-66 – segundo processo de discussão do TAC – para análise pela Corte de Contas. O Acórdão nº 2.139/2022-Plenário foi proferido em 28.9.2022, antes da celebração do TAC,

⁴⁰ Nota Técnica nº 30/2022/CGCR/DTROD/SNTT.

quando ainda se encontra em negociação entre a CRO, a ANTT e a MT-PAR. O relato que segue focou no voto do ministro Bruno Dantas, relator do caso, que discordou parcialmente das recomendações da unidade técnica.

Alguns elementos que compuseram o voto merecem especial atenção: (i) o destaque dado ao ineditismo do caso; (ii) a natureza de empresa estatal do futuro novo acionista controlador da CRO como elemento fundamental para aprovação do TAC pelo TCU; (iii) o reconhecimento da natureza negocial e dos contornos do TAC; (iv) a validação do juízo de vantajosidade realizado pela ANTT na celebração do TAC em detrimento das demais alternativas regulatórias à sua disposição.

Embora o TCU já tenha examinado a celebração de TACs por agências reguladoras no passado,⁴¹ o ministro relator destacou o ineditismo do caso em razão das partes envolvidas, ainda que indiretamente, na sua celebração. Até aquele momento, não havia precedente na órbita federal de assunção de controle de concessionária privada de rodovias por empresa estatal controlada por estado-membro.

Sobre o tema, embora o controle de contas de empresas estaduais fuja, a princípio, da competência do TCU, foi destacado no acórdão o legítimo interesse do estado do Mato Grosso na assunção da concessão, uma vez que a rodovia constitui infraestrutura fundamental para o escoamento da produção feita no estado, além de cruzar 18 municípios e afetar a vida de mais da metade da população mato-grossense. Esse cenário, somado à baixa qualidade do serviço prestado pela CRO naquele momento, legitimaria a atipicidade do modelo que se estava propondo. A celebração do TAC, contudo, era condição para o ingresso da MT-PAR como acionista controladora.

Ao se debruçar sobre a natureza do TAC, o acórdão, além de fazer menção à Resolução ANTT nº 5.823/2018, invoca o art. 26 da LINDB como permissivo genérico para celebração de acordos pela administração pública com potencial mais amplo do que o previsto pelo art. 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe sobre o TAC em geral.⁴² Se o normativo autoriza celebração de acordos entre poder público e entidades privadas, com mais razão ainda estariam legitimados acordos celebrados com a presença do poder público em ambos os polos da relação (ANTT x MT-PAR, no caso).

⁴¹ O Acórdão nº 2.121/2017-Plenário, que analisou o TAC celebrado entre a Anatel e a Telefônica, é provavelmente o principal *leading case* sobre a matéria.

⁴² “A norma trata de reconhecer que a eficiência administrativa requer formas mais flexíveis para lidar com a dinamicidade e a complexidade em certos terrenos do direito público, como os contratos de parcerias e investimentos, que são mutáveis por natureza” (TCU. Acórdão nº 2.139/2022-Plenário, p. 8 do voto condutor).

Esta parece ser a *ratio* principal do acórdão: a análise do caso concreto deveria ser guiada exatamente pela natureza de entidade da administração pública do futuro controlador da CRO. Conforme restou consignado no voto condutor, “a integral observância das cláusulas que regem um contrato de concessão firmado inicialmente com uma empresa particular, na medida em que o eventual novo controlador é parte da administração pública estadual”.

A característica do novo controlador foi invocada como fundamento, ainda que associado a outros, para legitimar um espaço maior de discricionariedade da ANTT na celebração do TAC;⁴³ afastar a necessidade de comprovação da mesma capacidade econômico-financeira exigida do licitante à época do certame; legitimar a alteração da matriz de risco original do contrato de concessão para incluir a redução de demanda da rodovia causada pela implantação de ferrovia como risco compartilhado entre as partes; legitimar a extensão do prazo da concessão sem – no juízo do TCU – fundamento legal ou contratual expresso para tanto; e flexibilizar a análise sobre os valores envolvidos na transação (renúncia irretratável aos pleitos da arbitragem x extinção do passivo regulatório), pois os eventuais erros de cálculo sempre beneficiariam entidade pública (ou a ANTT, ou, indiretamente, o estado do Mato Grosso).

Ao se debruçar especificamente sobre a vantajosidade da celebração do TAC e da troca do acionista controlador em comparação com as alternativas regulatórias, o voto avalizou os seguintes elementos do acordo: (i) continuidade dos serviços; (ii) manutenção da tarifa então praticada, uma das menores dentre as rodovias federais, o que provavelmente seria alterado caso se procedesse com a relicitação do ativo; (iii) modificação da matriz de risco como mecanismo “para fortalecer a sustentabilidade financeira do projeto, viabilizando a manutenção da concessão e evitando o caminho da relicitação”; (iv) extensão do prazo da concessão como meio necessário “para permitir a amortização dos vultosos investimentos que serão realizados, permitindo a financiabilidade e a sustentabilidade da atual concessão”; (v) realização de aporte de R\$1.200.000.000,00 pela MT-PAR; (vi) renegociação das dívidas com instituições financeiras serem conduzidas pela MT-PAR; (vii) mútuos celebrados com o acionista original serão integralizados no

⁴³ Foi relevante para o ministro relator o parecer da própria Procuradoria Federal junto à ANTT. No seu opinativo, a PF/ANTT indicou que as normas da agência que limitam e condicionam a celebração de TACs e alteração de controle acionário foram desenvolvidas pensando no relacionamento entre a agência e entidades privadas com fins lucrativos. A limitação da discricionariedade da agência por tais normas é especialmente relevante em razão da natureza das entidades com as quais costuma lidar.

capital da CRO; (viii) extinção do passivo regulatório da CRO está condicionada à efetiva execução do TAC; (ix) renúncia irretratável dos pleitos apresentados pela CRO no procedimento arbitral movido contra a ANTT e a União.

O voto ainda recomendou à ANTT que, antes da celebração do TAC, fosse confirmada tecnicamente a situação de iminente insolvência da CRO, uma vez que a cláusula 25.1 do contrato de concessão exige essa demonstração como condição para autorizar a substituição de acionista controlador antes da plena execução dos investimentos ligados à expansão de capacidade da rodovia.

Elemento que também recebeu destaque do voto foram as disposições da então versão da minuta do TAC que se relacionavam com a suspensão de processos ou suspensão dos efeitos financeiros de decisões do TCU. O ministro relator entendeu que essas previsões da minuta possuíam base legal, uma vez que as determinações da Corte de Contas possuem caráter cogente, ainda que inevitavelmente a sua celebração possua impacto sobre processos em trâmite no TCU sobre o contrato da CRO.

Por fim, o voto recomenda que a ANTT proponha à MT-PAR que os ganhos econômicos que aufera em razão da sua nova condição de acionista sejam revertidos para a melhoria das condições das rodovias estaduais, através de investimento cruzado.

Ao final, o acórdão consignou a ausência de impeditivo para que o TAC fosse celebrado e que fosse consumada a transferência de controle acionário, desde que fossem levadas em consideração as recomendações do tribunal.

O TAC foi efetivamente celebrado em 4.10.2022 e invoca o acórdão nos seus “*consideranda*”.

4.4.2 Acórdão nº 1.100/2023-Plenário (Tomada de Contas nº 032.830/2016-5)

A TC nº 032.830/2016-5 foi instaurada com o objetivo de avaliar supostos indícios de irregularidades na inclusão de novas obrigações no contrato de concessão da CRO. Ao longo do processo, foram emitidas recomendações e determinações do TCU à ANTT. Antes da prolação de decisão de mérito final sobre os temas ali discutidos, sobreveio a celebração do TAC, que, por possuir conexão com os temas tratados na TC, ensejou análise apartada pela unidade técnica e pelo relator, o ministro Augusto Nardes.

De forma específica, uma das obrigações impostas à ANTT pelo TAC foi a apresentação de requerimento ao TCU para autorizar a agência a suspender,

durante todo o período de execução do TAC, eventuais impactos econômico-financeiros decorrentes de determinações já exaradas ou ainda a serem proferidas nos processos em trâmite na Corte de Contas e a respectiva autorização também para extinguir tais impactos após o efetivo cumprimento do TAC. Apresentado o requerimento, deu-se a análise pelo TCU.

Tal qual o acórdão anterior, também se consignou aqui que o TAC em questão promoveu alterações – em verdade, fixou o dever de alterar – atípicas quando se compara com o que normalmente é feito através desse tipo de acordo administrativo. O voto do ministro relator deu especial destaque à previsão de extensão do prazo da concessão e à modificação da matriz de risco, mas também mencionou a extinção do passivo regulatório – acaso cumpridas as obrigações do TAC – e dos processos sancionadores instaurados até a sua celebração.

Fazendo menção ao Acórdão nº 2.139/2022-Plenário, o ministro relator consignou que “o Tribunal aquiesceu à possibilidade de a ANTT, por meio do mencionado TAC, realizar alterações contratuais que afetassem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato original”, assumindo como norte “o atendimento ao interesse público e como condição essencial a natureza pública do novo acionista”.

Em razão do acórdão anterior, o ministro relator entendeu, em nome da coerência entre os julgados do TCU, não haver óbices em autorizar a ANTT a suspender os efeitos econômico-financeiros de medida cautelar anteriormente exarada pela Corte e a sua posterior extinção caso o TAC seja totalmente cumprido.

Tal qual a manifestação anterior do TCU, o acórdão em questão voltou a enfatizar a natureza de empresa estatal do novo controlador da CRO para validar as alterações promovidas pelo TAC. De forma mais incisiva, o relator registrou ver “existência de óbices legais para que a mesma medida seja adotada nos casos de empresas de natureza privada, especialmente por afronta aos princípios da moralidade, impessoalidade e da isonomia entre os licitantes”,⁴⁴ e desencorajou medidas regulamentares que estavam em curso na ANTT para positivar os processos de recuperação regulatória.

Por fim, o acórdão recebeu a seguinte ementa:

9.1. conhecer dos agravos interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e pela Concessionária Rota do Oeste S/A, por estarem preenchidos os requisitos do art. 289 do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, negar-lhes provimento;

⁴⁴ “Diante disso, considero importante dar ciência de que a proposta ora submetida ao Plenário não serve como precedente para situações semelhantes que envolvam entidades de natureza privada, por entender que a repactuação contratual, da magnitude acima sugerida, não encontra amparo nas leis vigentes quando envolve empresas dessa natureza” (Acórdão nº 1.100/2023, p. 43).

9.2. autorizar a ANTT a suspender os efeitos econômico-financeiros da medida cautelar referendada por meio do Acórdão 3.248/2020-TCU-Plenário enquanto vigorar o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) da Concessionária Rota do Oeste, firmado em 4/10/2022, deixando assente que os efeitos dessa medida cautelar serão extintos tão somente em caso de cumprimento integral do mencionado acordo e que tal suspensão interrompe o prazo prescricional, nos termos da Resolução TCU 344/2022;

9.3. determinar à ANTT, com fundamento no art. 4º, inciso II, da Resolução TCU 315/2020, que:

9.3.1. encaminhe anualmente a este Tribunal informações atualizadas sobre o cumprimento do TAC celebrado; e

9.3.2. caso verifique eventual descumprimento das disposições do TAC pela concessionária, comunique tal fato imediatamente a este Tribunal para que seja viabilizado o acompanhamento e adoção de medidas que se considerarem cabíveis tendo em vista que se operará o cancelamento automático da suspensão da medida cautelar mencionada no item 9.2 deste acórdão;

9.4. dar ciência à ANTT, com fundamento no art. 9º da Resolução TCU 315/2020, que a autorização contida no item 9.2 acima não se aplica como precedente para situações semelhantes que envolvam entidades de natureza privada, por entender que a repactuação contratual, da magnitude acima sugerida, não encontra amparo nas leis vigentes quando envolve empresas dessa natureza;

9.5. fazer constar da ata da sessão do presente julgamento, comunicação deste Relator à Secretaria Geral de Controle Externo para que avalie a conveniência e oportunidade de prever em suas ações de controle:

9.5.1. o acompanhamento periódico do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado entre a ANTT e a MT Participações e Projetos S/A para continuidade do contrato de concessão da BR-163-MT; e

9.5.2. fiscalização para avaliar se o Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR3) possui controles internos e demais medidas suficientes para mitigar os principais riscos na consecução das concessões rodoviárias, bem como se seus termos são aderentes às legislações aplicáveis.

A suspensão dos efeitos financeiros do Acórdão nº 3.248/2020-TCU-Plenário foi fundamental para aperfeiçoar os efeitos práticos do quanto pactuado no TAC.

5 Conclusões

Pode-se dizer que a afirmação de que os contratos de concessão são incompletos e relacionais é, atualmente, um truísmo. Essa constatação, contudo, ao

invés de consistir em uma resposta a problemas concretos, impõe, ao contrário, problemas a serem enfrentados pela doutrina jurídica e pelos órgãos responsáveis pela operacionalização do sistema jurídico.

Dentre os problemas atuais está a forma com que se renegociam esses contratos.

O caso da concessão da BR-163/MT (Rota do Oeste) é relevante para o estudo das renegociações porque, em sendo uma clara *experimentação*, revela *como* os diferentes atores institucionais se engajaram na resolução da sua complexidade e *o que* foi considerado importante para cada um deles.

Ao longo das múltiplas manifestações dos seus múltiplos órgãos internos, a ANTT enfatizou a análise da vantajosidade da celebração de acordo via TAC para resolver os problemas que o empreendimento vinha enfrentando há muitos anos. Valendo-se das informações que *gerou* e *processou* não só nos processos de celebração do TAC em si, mas dos múltiplos processos passados, a agência chegou à conclusão de que as alterações significativas que eram demandadas pelo projeto eram mais vantajosas do que as alternativas regulatórias de que dispunha, notadamente quando se consideram as limitações a que estava sujeita em razão de decisões judiciais e arbitrais.

Por sua vez, o TCU enfatizou, em mais de uma manifestação, que os contornos da renegociação em questão só eram legítimos pois a nova controladora da CRO é uma entidade da administração pública do estado do Mato Grosso. Se, por um lado, esse elemento “facilitou” a tomada de decisão pela Corte de Contas, por outro perdeu-se a oportunidade de se debruçar sobre elementos importantes que poderiam servir de guia para futuras renegociações.

Ainda que não se possa afirmar categoricamente a existência de uma relação de causa e efeito, cabe destacar que, após a condução e conclusão do processo de renegociação da CRO, ocorreram alterações no quadro institucional federal que podem contribuir com futuros processos renegociais em concessões federais.

Em dezembro de 2022, o TCU criou o instituto da Solução Consensual de Controvérsias,⁴⁵ criando uma secretaria de controle externo específica para conduzir e analisar os respectivos pleitos.

Em maio de 2023, o Ministério de Portos e Aeroportos e o Ministério dos Transportes realizaram consulta ao TCU acerca da possibilidade jurídica de desistência do processo de relicitação e a posterior renegociação dos contratos. Através

⁴⁵ Instrução Normativa nº 91, de 22 de dezembro de 2022. A IN foi pontualmente alterada pela Instrução Normativa nº 92, de 25 de janeiro de 2023, e pela Instrução Normativa nº 97, de 27 de março de 2024.

do Acórdão nº 1.593/2023-Plenário, de agosto de 2023, a Corte de Contas opinou favoravelmente e indicou balizas gerais para a reestruturação dos contratos.

Na mesma toada e após o citado acórdão do TCU e da criação da Secex Consenso, o Ministério dos Transportes editou a Portaria nº 848, de 25 de agosto de 2023, cujo objetivo é estabelecer “a política pública e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão, no que se refere à exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal”.

O normativo expressamente cita o Acórdão nº 1.593/2023-Plenário como um dos seus fundamentos e a Secex Consenso como órgão que avaliará, ao lado do próprio ministério e da ANTT, a renegociação dos contratos de concessão rodoviária.

Por fim, em dezembro de 2023 a ANTT editou a Instrução Normativa nº 01, cujo objetivo é instituir a Câmara de Negociação e Solução de Controvérsias da Agência Nacional de Transportes Terrestres e estabelecer procedimentos de prevenção e solução consensual de controvérsias entre a ANTT e as entidades reguladas, no âmbito de contratos de concessão. Embora não se possa afirmar que todos os casos resolvidos por esses mecanismos constituirão efetivas renegociações, trata-se, sem dúvida, de estrutura apta para tanto.

O que deve se extrair tanto do caso da CRO quanto das mudanças institucionais posteriores é a importância que deve se dar ao *processamento das renegociações*; ou seja, nos casos em que não seja constatada a vantajosidade da realização de licitações, os processos administrativos (re)negociais precisarão funcionar como substitutos imperfeitos de processos licitatórios.

A função desses processos deverá ser, necessariamente, a *geração e o processamento* de informação voltado a reduzir os riscos de comportamento oportunista. Por essa razão, renegociações envolverão menos riscos se já houver conhecimento e informação sobre a concessão produzida e processada ao longo da vida do contrato. Ainda que nunca seja possível afirmar que os processos anulam a assimetria de informações existentes entre concedente e concessionária, eles podem ser estruturados e conduzidos de forma a diminuí-la, o que coloca as partes em uma posição mais igualitária na mesa de renegociação.

Por fim, essas afirmações não podem ser compreendidas como uma defesa cega de renegociações. Embora possam ser mais vantajosas e embora não sejam ilícitas *a priori*, deve-se assumir sempre que envolvem riscos. Da mesma forma que não se pode celebrar o sucesso de uma licitação (e do projeto concessório) apenas pelo resultado do seu *ágio/deságio*, não se pode celebrar o sucesso de uma renegociação apenas pela celebração do aditivo ou do acordo que a viabiliza.

Afinal, da mesma forma que um contrato de concessão novo é naturalmente incompleto, relacional e está sujeito a uma infinidade de desafios futuros, um aditivo a um contrato já em execução que promove a renegociação dos seus termos também é naturalmente incompleto, relacional e está sujeito a uma infinidade de desafios futuros; ou seja, a renegociação pode ser uma das consequências da incompletude dos contratos de concessão, mas nunca será um mecanismo de encerramento dessa incompletude.

Referências

- ALENCAR, Letícia Lins. *Mutação na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Regulação econômica de infraestruturas: qual modelo escolher?* Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Tipo/Revista_do_BNDES/201406_06.html. Acesso em: 16 ago. 2020.
- CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014.
- DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- FREITAS, Rafael Vêras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar./ago. 2020.
- GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In: GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.
- HART, Oliver; MOORE, John Hardman. *Foundations of incomplete contracts*. NBER Working Paper No. w6726, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=226378>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003, p. 129-156.
- NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (coords). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otavio. A revisão dos acordos de leniência no contexto da lei anticorrupção. In: GIAMUNDO NETO, Giuseppe; PICCELLI, Roberto Ricomini; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (coord.). *Lei Anticorrupção em debate: balanço de seus 10 anos*. Curitiba: Juruá, 2023.

OLIVEIRA, Anderson Marcio de. A relitação da Lei nº 13.448/2017 e a criação de uma nova hipótese de extinção dos contratos administrativos de concessão. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 9-15, fev. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Extinção dos contratos de parcerias público-privadas (PPPs). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 87-111, jul./set. 2019.

PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. As Leis nº 13.334/2016 (PPI) e 13.448/2017 e seus impactos para as concessões ferroviárias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n.62, p. 9-37, abr./jun. 2018.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Comentários ao estudo sobre contratação incompleta de projetos de infraestrutura publicado por Nobrega, Vêras e Tuolla. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, p. 135-151, jan./mar. 2024.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Nota sobre a diferença entre negociações, renegociações e reequilíbrios de contratos administrativos*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/nota-sobre-a-diferenca-entre-negociacoes-renegociacoes-e-reequilibrios-de-contratos-administrativos/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOLIANO, Vitor. Novos investimentos ou nova licitação? Os condicionantes da expansão de projetos de infraestrutura pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 24, p. 27-63, 2023.

SOLIANO, Vitor. A expansão de infraestrutura e a realização de novas obras em contratos de concessão: aditivo ou licitação? Proposta de matriz decisória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 201-222, out./dez. 2022.

WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais*. São Paulo: Pezco Editora, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SOLIANO, Vitor. Renegociação de contratos de concessão: o caso da concessão da BR-163/MT (Rota do Oeste). *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 197-226, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1955.
