

Marco Aurélio de Barcelos Silva¹

Introdução

O mundo da infraestrutura é dinâmico e desafiador. Em face dele, as normas jurídicas, até mesmo aquelas de natureza mais concreta – como as dos contratos que costumam reger os empreendimentos fomentados pelo Poder Público – acabam tendo, em algum momento, de se acomodar à realidade indomável do mundo dos fatos. É difícil, hoje, partir da premissa binária do tudo ou nada, em que os erros do passado induzam invariavelmente à extinção de atos e contratos – e a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), por exemplo, é um indicativo forte da consolidação de um novo paradigma a respeito². Nessa esteira, aliás, é que também se pode compreender a edição da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que buscou enfrentar questões práticas vivenciadas no setor de infraestrutura, nomeadamente em projetos envolvendo a concessão de aeroportos, rodovias e ferrovias implementados nos últimos anos.

O presente artigo, diante desse contexto, visa a comentar alguns dos principais desafios ainda pendentes para a regulamentação da Lei nº 13.448/17. Ele procura identificar as oportunidades que o legislador deixou para o detalhamento da nova Lei, e vem alertar o leitor sobre a necessidade de uma abordagem arrojada a respeito da discricionariedade fruída pelas autoridades do Poder Executivo para esclarecer dúvidas e integrar lacunas propositalmente deixada naquele diploma legal.

Nesse sentido, pretende-se apresentar, num primeiro momento, o contexto da elaboração da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/17. Mostrar-se-ão as mais relevantes preocupações dos

¹ Mestre em Direito Administrativo pela UFMG e Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Londres (UCL). Doutorando em Direito do Estado pela USP e professor de Direito Administrativo do Instituto de Direito Público de Brasília (IDP).

² Trata-se do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela recentíssima Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual trouxe importantes regras de hermenêutica para o universo do Direito Público.

agentes envolvidos na construção da proposta legislativa, bem como os objetivos que, ao que se imagina, eles buscariam alcançar. Na sequência, a análise do texto se repartirá em três grandes temas: i) a prorrogação antecipada de contratos vincendos no setor de infraestrutura; ii) a arbitragem nos contratos de concessão; e iii) a relicitação.

Sobre o primeiro tópico, o estudo indicará as principais críticas até então opostas ao instituto das prorrogações, bem como os pontos que mereceriam detalhamento infralegal – com destaque para a extinção dos contratos de arrendamento de bens das ferrovias concedidas e a disciplina da alienação dos bens inservíveis nelas existentes. Como será visto, o legislador previu, por ocasião da prorrogação dos contratos de concessão ferroviária, que ambas as medidas (a extinção dos contratos de arrendamento e a alienação dos bens inservíveis) poderiam ser implementadas com o intuito de modernizar os serviços contratados. A regulamentação da Lei nº 13.448/17, em face disso, deve se atentar para buscar soluções ótimas, detalhando o fluxo de procedimentos e das decisões correspondentes.

Mais adiante, o presente estudo cuidará do tema da arbitragem e dos pontos que também deveriam ser tocados no detalhamento da nova Lei. Demonstrar-se-á que a proposta consignada no art. 31 do diploma legal, em especial no seu § 4º, são cruciais para se afastarem dúvidas remanescentes a respeito da arbitrabilidade de certas decisões das agências reguladoras, tomadas sob o amparo do seu poder disciplinar.

O último grande assunto tratado neste artigo, por sua vez, envolverá a denominada relicitação dos contratos de concessão que enfrentam dificuldade financeira ou operacional. Ressaltar-se-á, nesse caso, a razão de ser do instituto criado pela Lei nº 13.448/17, bem como a importância do seu tratamento no plano infralegal. Cuidar-se-á, sobretudo, de demonstrar a existência de um espaço de discricionariedade intencionalmente deixado para as autoridades responsáveis pelo detalhamento da Lei no plano normativo – cuja exploração poderá levar ao sucesso, ou a ineficácia da medida.

Ao final, compartilhar-se-á a conclusão do trabalho, em que se reiterará a necessidade de uma postura pragmática, arrojada e – claro – razoável das autoridades responsáveis pela regulamentação e também pela implementação das propostas consignadas na Lei nº 13.448/17. Em tempos de crise, será visto: há de se nutrir uma postura proativa e corajosa para se reverterem eventuais desacertos e frustrações do passado.

1. A medida provisória nº 752/16 e o contexto da Lei nº 13.448/2017

As condições econômicas adversas que o Brasil veio a enfrentar a partir de 2015 fizeram emergir problemas graves na execução de alguns contratos de concessão que haviam sido licitados pelo Governo Federal nos anos antecedentes. Entre esses contratos, destacam-se aqueles da 3ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCOFE), de 2012 e 2014³, bem como os da 2ª e da 3ª etapa de concessões de aeroportos, de 2012 e 2013⁴. Muitos desses contratos tiveram por contexto o advento da Copa do Mundo e das Olimpíadas no País, como foi o caso, especialmente, dos aeroportos.

Diante da constatação de que a continuidade dos serviços objeto daquelas concessões poderia estar em risco – fosse em virtude da queda do número da demanda projetada para os diversos empreendimentos⁵; fosse em razão das dificuldades que algumas empresas tiveram em obter o financiamento necessário para os investimentos nas obras⁶; ou fosse, ainda, em razão de atrasos nos processos de licenciamento ambiental –, fato é que o Governo entendeu ser conveniente construir uma solução jurídica que afastasse o risco iminente de um colapso sistêmico nos contratos então celebrados.

Foi com base nesse cenário, de relevância e urgência, que se editou a Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, a qual trouxe soluções possíveis para as concessões cujos concessionários demonstrassem “incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”⁷. Com efeito, o texto da MP nº 752/16 foi construído sob a conjuntura do denominado Programa de Parcerias de Investimentos – PPI⁸, e representou uma das medidas buscadas pelo recém-assumido

³ A 3ª etapa do PROCOFE envolveu 8 trechos rodoviários, detidos pelas seguintes concessionárias: CONCEBRA, Eco 101, Ecoponte, Galvão BR-153, MGO Rodovias, MS Via, Rota do Oeste e Via 040.

⁴ As concessões de aeroportos foram iniciadas em 2011 com o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte. Em 2012 foram licitados os aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. Já em 2013, foi a vez dos aeroportos do Galeão e de Confins.

⁵ É difícil identificar uma única causa para a crise das concessões que foram realizadas no Brasil entre os anos de 2012 e 2014. Para além do problema econômico que o País testemunhou, outras circunstâncias também teriam induzido às adversidades relacionadas a tais contratos. Entre outros fatores, cite-se, por exemplo, os altíssimos ágios oferecidos nos leilões pelas empresas vencedoras (como no caso emblemático dos aeroportos), bem como a concentração intensiva de investimentos nos primeiros anos em alguns dos contratos (traduzida na exigência de duplicação das rodovias e na ampliação de terminais de certos aeroportos).

⁶ Não se pode deixar de registrar que, em alguns casos, essa dificuldade foi decorrente do fato de algumas concessionárias terem, entre os seus sócios, empresas envolvidas na denominada operação Lava-Jato, que levantou dificuldades de *compliance* junto ao principal financiador daqueles empreendimentos: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

⁷ Vide o art. 13 da Lei Federal nº 13.448, de 5 de junho de 2017, resultado da conversão da MP nº 752/16.

⁸ O PPI também foi instituído por meio de uma medida provisória, a MP nº 727, de 12 de maio de 2016 – posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.334, de 13 de setembro de 2017. De acordo com a

Governo Temer para a retomada de investimentos no setor de infraestrutura. Para que se chegasse à versão definitiva daquela MP, foram realizadas dezenas de reuniões com técnicos de diversos órgãos e entidades da Administração Pública federal, e também representantes das associações dos setores envolvidos puderam contribuir com sugestões para a elaboração do texto. Ao fim e ao cabo, foram abrangidos, pelos mecanismos concebidos na Medida Provisória nº 752/16, os setores rodoviário, aeroportuário e também o setor ferroviário, havendo, igualmente, outros temas nela tratados, para além apenas das propostas de equacionamento das concessões problemáticas.

A MP nº 752/16 e, posteriormente, a Lei Federal nº 13.448, de 5 de junho de 2017, fruto da sua conversão, trazem na verdade os seguintes grandes tópicos regulatórios, sem prejuízo de outras propostas pontuais que ainda podem ser encontradas no seu conteúdo⁹: i) a relicitação; ii) a disciplina das prorrogações antecipadas; e iii) a previsão da arbitragem pelas agências reguladoras, para a resolução de controvérsias no âmbito das concessões.

A tramitação legislativa da Medida Provisória nº 752/16 perdurou de 25/11/2016, data do seu protocolo no Congresso Nacional, até 3/5/2017 (um dia antes de ela caducar), quando se deu a aprovação do respectivo Projeto de Lei de Conversão, tendo por relator o Deputado Sergio Souza. Foram apresentadas noventa emendas sobre o texto da MP, que ensejaram modificações isoladas sobre determinados dispositivos, sem desnaturar, porém, a essência dos principais temas por ela tratados. O Parecer da Comissão Mista instaurada no Congresso trouxe, aliás, um interessante histórico das condições que justificaram as propostas encartadas na medida provisória¹⁰, tendo concluído que: “as políticas corretas de infraestrutura são essenciais para a retomada do

Exposição de Motivos enviada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, já se reconhecia que o País passava por “uma das piores crises econômicas da sua história”. E, “para sair desse ciclo vicioso, o Brasil precisa, em caráter de urgência, implementar medidas que estimulem o crescimento da economia e a geração de empregos” – o que pressuporia a ampliação de investimentos em infraestrutura.

⁹ Entre essas propostas regulatórias adicionais, cita-se: a possibilidade de os contratos acessórios, no âmbito das concessões, ultrapassarem o prazo de vigência delas (art. 34 da Lei Federal nº 13.448/17), e a não submissão das alterações dos contratos de concessão aos limites até então fixados no art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (art. 22 da Lei Federal nº 13.448/17).

¹⁰ Destacando os números frustrantes de investimentos em infraestrutura no Brasil (queda de 9,5% dos investimentos previstos para ferrovias, 35,3% para aeroportos e 16,1% para rodovias, no ano de 2016), o Parecer assinala que a MP nº 752/16 “seria a primeira tentativa de traduzir essa nova fase pragmática da política de investimentos em infraestrutura do governo em medidas mais concretas que permitem uma reestruturação relativamente rápida e bastante significativa das concessões atuais, que têm padecido de problemas de desenho do contrato regulatório, efeitos da crise econômica e falta de incentivos para investir” (vide o Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. pp. 24 e 25. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170408000600000.PDF#page=46>>. Acesso em: 02/11/2018).

desenvolvimento sustentado do Brasil”. Nesse sentido, concluiu-se que a “Medida Provisória nº 752/2016 caminha na direção certa”¹¹.

Nesse sentido, foi aprovada e sancionada a Lei Federal nº 13.448/17, que configura, sem sombra de dúvidas, um marco importante em relação ao arcabouço regulatório brasileiro – em especial para o universo da infraestrutura. Em que pese, todavia, o fato de uma multiplicidade de pontos nela contidos merecer um aprofundamento analítico, a proposta deste artigo estará concentrada na figura da denominada “relicitação”, bem como sobre os potenciais desafios que tal instituto ainda enfrentaria para a sua materialização, sobretudo no plano da sua regulamentação.

Antes, ainda assim, de avançar por esse assunto, não se deixarão de tecer algumas considerações breves sobre dois outros relevantes tópicos versados na Lei nº 13.448/17 – a “prorrogação antecipada” e a “arbitragem” –, os quais, em alguma medida, também reservam para si desafios regulamentares para funcionar de maneira plena no mundo da realidade. É o que se fará, brevemente, no sub-tópico a seguir.

2. Sobre as prorrogações antecipadas e a arbitragem na Lei nº 13.448/2017 – Desafios para a sua implementação

2.1. Os desafios regulamentares pendentes sobre as prorrogações antecipadas

As prorrogações antecipadas configuram uma ideia engenhosa que busca equacionar dois aspectos críticos em alguns setores de infraestrutura. O primeiro deles diz respeito à necessidade de se realizarem novos investimentos, de imediato, em alguns empreendimentos, para que eles possam fazer frente à demanda reprimida existente ou a que virá a se concretizar no curtíssimo prazo. O segundo envolve a possibilidade de se melhorarem os contornos regulatórios de contratos celebrados há algumas décadas (considerando-se, por exemplo, a revisão de indicadores de desempenho, a atualização da sistemática de sancionamento e o tratamento dos bens vinculados à concessão), que acabaram ficando defasados ao longo do tempo.

Muito embora o art. 5º da Lei nº 13.448/17 preveja que as prorrogações antecipadas pudessem ocorrer tanto em relação a empreendimentos do setor rodoviário quanto do setor ferroviário, até então o foco das autoridades federais no que toca ao

¹¹ Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. p. 37. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170408000600000.PDF#page=46>>. Acesso em: 02/11/2018.

tema tem se concentrado sobre as concessões de ferrovias – nomeadamente, aquelas cujos contratos foram celebrados em meados da década de 90¹². A racionalidade subjacente às prorrogações é clara: trata-se de uma oportunidade de trazer, para o momento presente, o ingresso de novos investimentos para certos empreendimentos, sem ter de se aguardar, para tanto, o término do prazo de vigência contratual; e, ainda, aproveitar o ensejo para renovar cláusulas operacionais a fim de realinhar os incentivos entre as partes e incrementar a eficiência na prestação dos serviços objeto da concessão.

Para que ocorra, porém, esse tipo de prorrogação depende do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública¹³, embora tanto o Poder Concedente quanto o concessionário possam suscitá-la. Além do mais, há quesitos objetivos fixados na legislação, os quais precisam estar cumpridos a fim de viabilizar a medida. Dentre tais requisitos destaca-se: a necessidade de inserção de novos investimentos no contrato, não previstos originalmente; e a necessidade de a vigência do contrato encontrar-se entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado. Tratando-se de concessões rodoviárias, além do mais, é necessária a execução de, no mínimo, 80% das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada; e, para as concessões ferroviárias, é igualmente exigida a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 anos, das metas de produção e de segurança definidas no contrato por 3 anos, ou das metas de segurança definidas no contrato por 4 anos.

O empreendimento que sofrer a prorrogação antecipada deverá ser qualificado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos¹⁴. E, ao fim, o termo aditivo por meio do qual a prorrogação será materializada deverá ser submetido a consulta pública e à avaliação do Tribunal de Contas da União¹⁵.

Com efeito, apesar de se mostrar uma ferramenta engenhosa de modernização dos contratos e de ampliação da capacidade operacional dos respectivos concessionários em virtude dos novos investimentos imediatos requeridos, não se pode ignorar que as prorrogações antecipadas da Lei nº 13.448/17 não configuram uma unanimidade. Não por outra razão, já foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade contra esse

¹² No site do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), é possível encontrar informações sobre as concessões ferroviárias objeto das primeiras prorrogações antecipadas sob a vigência da Lei nº 13.448/17. São elas: Estrada de Ferro dos Carajás, Estrada de Ferro Vitória-Minas, Ferrovia Centro-Atlântica, MRS Logística S.A., Rumo Malha Paulista S.A. Conferir em: <<https://www.ppi.gov.br/projetos1#/s/Prorroga%C3%A7%C3%A3o/u//e/Ferrovias/m//r/>>. Acesso em 11/11/2018.

¹³ É o que diz, explicitamente, o art. 5º, § 1º, da Lei nº 13.448/17.

¹⁴ Veja-se o art. 2º da Lei nº 13.448/17.

¹⁵ Arts. 10 e 11 da Lei nº 13.448/17.

diploma: uma patrocinada pela Frente Nacional de Profissionais, Trabalhadores, Operadores, Usuários e Associações em Defesa das Ferrovias (Ferrofrente)¹⁶ e outra, pela própria Procuradoria-Geral da República¹⁷.

Basicamente, questionam-se nessas ações os requisitos fixados para que as concessionárias venham a se valer da prorrogação antecipada (as metas de segurança e de capacidade), bem como uma eventual insegurança jurídica que a alteração sobre os contratos prorrogados poderia produzir junto ao mercado. No primeiro caso, o argumento é de que as exigências trazidas na Lei seriam tímidas e não permitiriam extrair um diagnóstico real da qualidade dos serviços prestados pelas empresas beneficiárias da prorrogação. A corroborar essa percepção, indica-se o histórico de multas e sanções até então impostas a tais empresas (muitas delas decorrentes de problemas com a qualidade dos serviços). No segundo caso – referente à insegurança jurídica – o argumento é o de que a prorrogação antecipada feriria a regra da licitação e o princípio da competitividade, afastando potenciais interessados em prestar o serviço.

Outro ponto também ventilado na ação proposta pela Procuradoria-Geral da República envolve a questão dos arrendamentos dos bens vinculados à concessão. Com efeito, o art. 25, § 3º, da Lei nº 13.448/17, prevê que:

§ 3º Nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo, as partes promoverão a extinção dos contratos de arrendamento de bens vinculados aos contratos de parceria no setor ferroviário, preservando-se as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos de arrendamento extintos na equação econômico-financeira dos contratos de parceria.

Mais ainda, o art. 26 daquele mesmo diploma prescreve:

Art. 26. Os contratados poderão promover, nos termos de regulamentação do Poder Executivo, a alienação ou a disposição de bens móveis inservíveis do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), arrendados ou não, localizados na faixa de domínio da ferrovia objeto do contrato de parceria.

Esses dois dispositivos teriam sido concebidos para fazer frente a problemas de ordem prática do setor. De um lado, buscou-se permitir a transferência de bens que são hoje integrantes do patrimônio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT às concessionárias. Elas se utilizam de tais bens via contratos de arrendamento (como é o caso do material rodante de algumas concessões). Com a transferência, as empresas poderão gozar da sua maior plasticidade para manter, renovar

¹⁶ Trata-se da ADI 5684/DF.

¹⁷ Trata-se da ADI 5991/DF.

e dimensionar a frota de trens e vagões, sem se esquecerem das metas de capacidade estabelecidas pelos respectivos contratos de concessão. De outro lado, a Lei também procurou equacionar a questão da sucata ou dos vagões abandonados do DNIT, que se encontram espalhados pelas vias férreas e são, por exemplo, foco de insetos e outros vetores danosos à saúde. A partir da nova Lei, as concessionárias poderão promover, por sua conta, a alienação desses ativos, contando com a maior flexibilidade que lhes são próprias para a tarefa.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, entretanto, tais medidas levariam a um risco de dilapidação do patrimônio da União, em virtude da suposta doação de ativos operacionais às empresas, sem o respeito às formalidades legais necessárias. Quanto ao ponto, vale tecer alguns comentários, sabendo-se, aliás, que a temática dos dispositivos acima citados traduz um dos desafios regulamentares existentes na Lei nº 13.448/17¹⁸.

De fato, parece inválido o raciocínio segundo o qual a proposta da Lei nº 13.448/17 induziria à dilapidação do patrimônio público. O que haveria, na realidade, é a transferência dos bens para o balanço das empresas, as quais passariam a gozar de capacidade gerencial sobre eles. As empresas poderiam decidir, por exemplo, se e quando trocá-los, ou até mesmo aliená-los. E o fato é que não estariam amarradas às sujeições do Poder Público para tanto, o que levaria, em última análise, a ganhos de eficiência na operação dos serviços.

Em todo o caso, para eliminar o receio de eventual má-versação daqueles bens, seria exigido da concessionária que passasse a observar condições mínimas de capacidade operacional em relação aos serviços por ela explorados, condições essas que seriam fixadas no respectivo contrato prorrogado¹⁹. Então, pouco importaria a quantidade de vagões e dos trens que ela mantivesse em estoque, sendo relevante, isso sim, a qualidade da sua operação. Além do mais, a concessionária continuaria pagando pelos bens a ela transferidos, a exemplo do que prescreve a parte final do § 3º do art. 25 da Lei nº 13.448/17. Ou seja, o impacto econômico para o erário e para os serviços concedidos seriam neutralizados – quer porque os pagamentos pelos bens arrendados continuariam; quer porque seria garantida a capacidade operacional adequada para a

¹⁸ Veja-se que tanto o § 3º do art. 25, quanto o art. 26 da Lei nº 13.448/17 remetem a “ato do Poder Executivo”.

¹⁹ O art. 25 § 5º da Lei 13.448/17 assim diz: “Ao contratado caberá gerir, substituir, dispor ou desfazer-se dos bens móveis operacionais e não operacionais já transferidos ou que venham a integrar os contratos de parceria nos termos do § 3º deste artigo, observadas as condições relativas à capacidade de transporte e à qualidade dos serviços pactuadas contratualmente”.

concessão; e quer porque, ao final do contrato, nos termos estabelecidos pelo § 6º do art. 25 da Lei nº 13.448/17, os bens vinculados à concessão reverteriam, de todo o modo, ao Poder Concedente.

Sem dúvida, a futura regulamentação da Lei há de se atentar para esses aspectos e buscar deixá-los claros. É dizer: ela deve estabelecer que os contratos, ao se aditarem para a prorrogação antecipada, terão de prever as obrigações de capacidade assumidas pelas concessionárias, que sejam compatíveis, no mínimo, com o quantitativo de bens que elas estarão recebendo por ocasião da transferência dos ativos arrendados. Do mesmo modo, deverá ser mencionada a necessidade de se neutralizar o efeito econômico da operação, mantendo-se a obrigação de pagamentos, pelas concessionárias, dos valores correspondentes aos arrendamentos.

Seja como for, esse ainda não é o principal desafio regulatório pendente em relação à Lei 13.448/17, pelo menos no que diz respeito às ferrovias e às prorrogações antecipadas. O art. 26, que trata da alienação dos bens do DNIT pelas concessionárias de ferrovias é o que talvez desperte as maiores curiosidades. Por meio desse dispositivo, atribui-se às concessionárias a prerrogativa de promover a alienação ou até mesmo a disposição de bens móveis inservíveis do DNIT, mesmo aqueles que não lhes tenham sido arrendados.

Decerto, o problema que está no cerne do referido dispositivo legal – os vagões abandonados – vem assolando municípios do Brasil já há muito tempo. Alguns desses bens servem de abrigo a moradores de rua e a usuários de drogas, e outros são foco de doenças como a dengue e a chikungunya. Dada a sua dispersão, bem como o engessamento procedimental a que se submete o DNIT, é difícil conceber e sustentar uma política estruturada de alienação desses bens, que acabam ficando largados nos pátios e ao longo das vias férreas. Por meio da Lei nº 13.448/17, portanto, as concessionárias como que receberiam um mandato para aliená-los, repassando os valores arrecadados ao DNIT.

O desafio, nesse caso, reside no procedimento a ser estabelecido para que as alienações se materializem. Deveriam as concessionárias observar os trâmites da Lei nº 8.666/93, ou poderiam adotar ritos diferenciados? Poderiam elas ficar com os bens e então destruí-los ou reciclá-los? Essas dúvidas não estão endereçadas na nova Lei. Mas, particularmente, entende-se que – sim – as concessionárias poderiam adotar procedimentos distintos aos da Lei de Licitações, desde que obedecidos princípios como o da impessoalidade, o da publicidade e o da moralidade.

Isto é: desde que amplamente divulgado, e observados valores de mercado em uma avaliação prévia, a alienação dos referidos bens poderia se dar por caminhos bem mais simples e céleres. E poderia ser prevista a hipótese de que, não havendo interessados, fosse dado à concessionária o direito de se desfazer do ativo, pagando o valor correspondente ao Poder Público. Perceba-se, nesse caso, que as empresas têm incentivos naturais de se livrarem da sucata, dado que elas são motivo de transtorno para a operação e para a segurança ferroviária. Do mesmo modo, é comum a reclamação dos cidadãos e até mesmo a manifestação de órgãos do Ministério Público solicitando que as concessionárias deem uma solução para os vagões abandonados (os quais, todavia, não lhe pertencem). Há expectativas positivas, assim, para que a regulamentação da Lei nº 13.448/17 seja arrojada e efetiva. E para que ela contribua, de uma vez por todas, para a melhoria das condições em que as concessões ferroviárias vêm sendo executadas atualmente.

2.2. Os desafios regulamentares sobre a arbitragem na Administração Pública

Outro ponto a merecer destaque, ainda antes de se adentrar na temática da relicitação, envolve a arbitragem – e, igualmente, os desafios existentes para regulamentá-la. A arbitragem na Administração Pública não é novidade, tampouco foi inaugurada pela Lei nº 13.448/17. Desde 2015, com as alterações trazidas por meio da Lei 13.129/15, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) está a contemplar expressamente a possibilidade de a Administração se utilizar de tal instituto²⁰. A propósito, autores de escol, como Caio Tácito, vinham defendendo essa linha há mais de vinte anos, em contraponto à ideia de que, por envolverem direitos indisponíveis, os contratos administrativos seriam infensos ao procedimento arbitral²¹.

Diante desse cenário, é inevitável perguntar-se o porquê de a Lei nº 13.448/17 ter resgatado o tema em seu art. 31. Pois bem, a resposta a essa questão parece estar em uma espécie de reforço pedagógico, tendo em vista o fato de, mesmo depois de tanto tempo desde a edição da Lei de Arbitragem, ainda pairarem dúvidas quanto à

²⁰ Dispõe o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. E a Lei nº 8.987/95, por sua vez, mesmo antes dispunha sobre a possibilidade de adoção de formas amigáveis de solução de divergências contratuais no âmbito dos contratos de concessão (veja-se o seu art. 23, XV).

²¹ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de direito administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, nº 210, out./dez.1997.

arbitrabilidade de algumas decisões da Administração Pública, nomeadamente aquelas provenientes das agências reguladoras no exercício do seu poder disciplinar.

Sobretudo no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, ainda se têm verificado decisões refratárias ao emprego da arbitragem em face de cláusulas de contratos de concessão de serviços públicos, mesmo aquelas referentes a questões econômico-financeiras. Para tanto, tem prevalecido o argumento vetusto da indisponibilidade do interesse público, como se extrai do precedente de relatoria do Ministro Augusto Nardes, segundo o qual:

37. No que tange à previsão da resolução de divergências envolvendo questões econômico-financeiras do contrato de concessão por parte de Comissão Técnica e de Arbitragem (objeto da determinação proposta no subitem “c.7”), comungo do entendimento da unidade técnica no sentido de que, consoante o disposto nas Leis nºs 8.987/1995 e 9.307/1996, a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se incluam na parte de arbitragem situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público.

38. É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível.

39. Lembro que a aplicabilidade do instituto em tela tem sido considerada com bastante parcimônia por parte deste Tribunal, dirigida apenas a questões marginais, não albergados direitos públicos indisponíveis de que é exemplo a concessão de serviços públicos. (TCU. Acórdão nº 1.796/11. Rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, j. 6/7/11).

Pois para fazer frente a esse tipo de pensamento e para debelar de vez a resistência à arbitragem nos contratos administrativos é que se mostrou necessário revisitar o assunto na Lei nº 13.448/17. Merecem ser ressaltados, sob esse prisma, dois importantes dispositivos nela contemplados: um definindo explicitamente o que seriam controvérsias suscetíveis à arbitragem; e o outro tratando do credenciamento como forma de designação das câmaras arbitrais. Explique-se.

O § 4º do art. 31 da Lei nº 13.448/17 tem por virtude arrolar o que seriam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos de parceria, para fins da arbitragem. Como a Lei nº 9.307/96 não trazia detalhes a respeito, a nova legislação contribuiu para dirimir qualquer dúvida quanto à submissão das decisões das agências reguladoras a uma câmara arbitral. Chama a atenção, quanto ao ponto, o fato de que algumas agências vinham enfrentando dificuldades em cobrar das concessionárias as multas aplicadas em razão de descumprimentos contratuais. É que, mesmo ao cabo do trâmite

administrativo, a questão acabava sendo levada ao Judiciário, com as demoras correspondentes. Acredita-se agora que, com a arbitragem, o término das discussões sobre esses assuntos seja encurtado drasticamente.

Relendo o art. 31, § 4º, vê-se que são arbitráveis as questões relacionadas: à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; ao cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou da transferência do contrato de concessão; e ao inadimplemento das obrigações contratuais por qualquer das partes. Considera-se, aliás, que, quando menciona a transferência do contrato no inciso II, a Lei esteja aduzindo à relicitação (em reforço ao que consta do seu art. 15, III). De outro lado, e talvez o mais importante, entende-se que, quando faz referência ao inadimplemento das obrigações, a nova Lei também esteja abarcando as discussões sobre as penalidades correspondentes – ao menos no que toca à sua proporcionalidade (ou dosimetria). Até porque, essa seria uma das querelas mais comuns levadas ao Judiciário pelas empresas concessionárias, retardando sobremaneira a liquidação das multas aplicadas pelo poder concedente. Cabe, pois, ao decreto que vier a regulamentar a Lei nº 13.448/17 aproveitar o ensejo para elucidar todos esses aspectos, garantindo a eficácia das decisões das agências reguladoras.

Em outra frente, e ainda sobre a arbitragem, o § 5º do art. 31 do diploma legal prescreve que “ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais”. Esse é, de igual maneira, um quesito relevante, porquanto permitirá que se contorne um clássico impasse sobre a forma de seleção das câmaras arbitrais pelo Poder Público. Desde há muito se questiona se, para designar a câmara de arbitragem responsável por conduzir as demandas surgidas no âmbito dos contratos públicos, a Administração deveria se valer de procedimento licitatório ou, eventualmente, sustentar uma inexigibilidade de licitação. Ambas as hipóteses trazem custos relacionados, seja pela dificuldade que a primeira impõe para a designação de uma câmara de confiança e com a reputação necessária para a tarefa (especialmente quando os critérios de seleção estejam centrados em preço); seja pela dificuldade que a segunda apresenta em relação às justificativas exigidas junto aos gestores públicos para uma contratação direta.

Diante desse cenário, o credenciamento se mostra uma saída inventiva, por permitir que todas as câmaras que reúnam os critérios mínimos sejam, em princípio, qualificadas para atuar em um dado contrato administrativo. E, uma vez constituído o universo de câmaras arbitrais credenciadas, poder-se-á conferir à própria concessionária a atribuição de selecionar aquela que cuidará do contrato, restando aberta, é claro, a

possibilidade de o Poder Público eventualmente apresentar, fundamentadamente, a sua objeção.

Perceba-se que essa mecânica conta, mais uma vez, com os incentivos naturais das partes em obter a melhor solução para si próprias. Mesmo sendo o particular quem cuidará da indicação da instituição responsável, pressupõe-se que ele se empenhará em buscar a mais adequada. Ademais, a Administração poderá se opor a tal escolha, caso entenda que haja conflito de interesses, irregularidades ou incompatibilidade com a câmara pretendida. Nesse caso, a concessionária apenas deverá redesignar outra câmara de arbitragem dentre aquelas credenciadas, sucessivamente. Um último detalhe: seria interessante que todo esse rito acontecesse antes da formalização do contrato de concessão, caracterizando uma dentre as possíveis condições precedentes para a sua assinatura. Logo, tudo teria de estar resolvido quando o empreendimento tivesse a sua execução iniciada.

Em vista disso, o decreto que vier a regulamentar o trecho relacionado à arbitragem na Lei nº 13.448/17 deverá, sem prejuízo da definição de outros itens, cuidar de evidenciar a mecânica acima referida para afastar quaisquer dúvidas remanescentes quanto ao emprego daquele instituto no âmbito dos contratos de concessão, servindo ainda para facilitar a adoção dos procedimentos necessários à designação e ao funcionamento do juízo arbitral.

3. Da relicitação e seus desafios regulamentares

Como já foi destacado, a relicitação compreende uma solução juridicamente pensada para aqueles contratos cujas concessionárias se encontram em dificuldade financeira ou operacional – circunstância que pode trazer severos riscos à continuidade dos serviços e potencial prejuízo aos usuários. Tal instituto estaria situado, em última análise, entre a caducidade e a rescisão de um contrato de concessão de serviços públicos, devendo ser enxergado, por isso mesmo, como uma espécie de extinção amigável (ou devolução amistosa do empreendimento para o Poder Concedente). Note-se, de antemão, que a consensualidade caracteriza um elemento intrínseco ao instituto²²: para que tenham sucesso, as partes envolvidas deverão se engajar colaborativamente

²² A própria Lei nº 13.448/17 ressalta esse aspecto ao definir a relicitação. Trata-se, de acordo com a Lei, do “procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”.

para que a relicitação siga o seu curso, sendo certo que a capacidade de negociação traduz uma habilidade imprescindível para todos os envolvidos no procedimento.

Decerto, uma das diferenças centrais entre a relicitação e a caducidade é a previsão expressa, naquela primeira, de uma fase de transição – fase que se inicia com a manifestação da concessionária em devolver o contrato, e que perdurará até o momento em que uma nova empresa finalmente venha a ingressar no empreendimento. Veja-se que, quanto à caducidade, a Lei nº 8.987/95 nada diz a respeito do que ocorre depois da decretação da medida; portanto, o término do contrato se materializaria de forma abrupta (eventualmente com a assunção imediata do serviço pelos próprios órgãos da Administração Pública que precisariam garantir recursos humanos e financeiros para tal), e também com riscos à continuidade do objeto da concessão. Sob esse contexto, o período de transição contemplado na Lei nº 13.448/17 funcionaria como uma espécie de zona de amortecimento entre o pedido de devolução da concessão e a entrada do outro operador.

É importante observar que uma vez que a antiga concessionária já não consegue suportar a prestação dos serviços concedidos nos moldes fixados originalmente no contrato (sendo essa, aliás, a razão de ser da relicitação), não seria esperado que tais serviços se mantivessem intocados durante a fase transitória. Faz-se necessário, por esse motivo, revisitarem-se as condições da concessão, em cada caso e conforme as especificidades do contrato, bem como as fragilidades vivenciadas pelos atores afetados – incluindo-se usuários e financiadores.

É nesse cenário que a negociação emerge como um ingrediente-chave na relicitação: trata-se da possibilidade de pactuação de um novo contorno jurídico, paralelo ao contrato original, que regerá a atuação dos envolvidos até à extinção da relação que haviam travado. Com efeito, dada a diversidade dos aspectos que poderiam ser revisitados em tal procedimento, a Lei nº 13.448/17 não trouxe – nem poderia trazer – uma lista exaustiva das cláusulas sujeitas à modulação. Assim é que o art. 15 do diploma estipulou que a relicitação seria condicionada à celebração de termo aditivo, e arrolou alguns dos itens que dele deveriam constar, mas sem prejuízo de “outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente” para estarem presentes na transição.

O referido dispositivo legal funciona, pois, como uma válvula para as ponderações do gestor público destinadas a assegurar a preservação do contrato. Não se trata, claro, de um cheque em branco, tampouco de uma brecha para arbitrariedades: as

condições específicas a vingar no estágio de transição do contrato que será devolvido não de ser pautadas por princípios como o da razoabilidade e da continuidade dos serviços públicos, tal como está sinalizado, por exemplo, nos art. 14, § 1º²³, e 15, inciso II²⁴, da Lei nº 13.448/17. E essa circunstância, em suma, consolida as fronteiras das negociações que guiarão a relicitação, trazendo algum grau de conforto para as partes ajustarem as condições contratuais, segundo a realidade do momento.

A regulamentação da nova Lei, por isso, não poderia estar alheia a esses contornos, e deveria reforçar a consensualidade, assim como o espírito pragmático necessários à condução e à conclusão do processo de relicitação. Veja-se, a esse propósito, que a própria Lei nº 13.448/17 já se adiantou, explicitamente, a sinalizar alguns dos aspectos sujeitos à modulação consensada no âmbito da fase de transição, até a saída definitiva da concessionária com problemas. Ela o faz, *v. g.*, quando prescreve, no art. 15, II, que podem ser suspensas obrigações de investimento originalmente previstas e, notadamente, quando indica a possibilidade de alteração de condições de prestação dos serviços objeto da concessão.

Veja-se, nada obstante, que ambas as previsões legais acabam por deixar em aberto algumas dúvidas, as quais poderiam ser saneadas por meio do futuro ato regulamentador da Lei nº 13.448/17. A primeira dessas dúvidas diz respeito às obrigações passíveis de suspensão, isto é: somente seriam suspensas as obrigações de investimentos vincendas, como mencionado textualmente no art. 15, II, ou obrigações de investimentos vencidas, e mesmo as de pagamento de outorgas (vencidas e vincendas) também poderiam se submeter a tal sistemática? Em segundo lugar, no que toca às condições de operação da concessão, isso poderia ensejar a revisão de indicadores de desempenho do contrato? E, se sim, a sua eventual atenuação deveria levar, dentre outros, à redução imediata das tarifas pagas pelos usuários dos serviços?

Ao que se entende, a resposta à primeira das perguntas seria afirmativa: seria possível, contratualmente, ajustar-se a suspensão de outras obrigações de investimento (que não apenas as vincendas), assim como as obrigações de pagamento de valores em dinheiro ao Poder Público. E a razão de ser desse raciocínio é simples: a fase de

²³ Diz o art. 14, § 1º: “Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos”.

²⁴ Diz o art. 15, inciso II, da Lei nº 13.448/17, que do termo aditivo ao contrato de parceria constará: “a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento”.

transição destina-se a garantir uma sobrevida a um contrato com problemas, até que ocorra o ingresso de um novo operador. Portanto, há de se estabelecer um equilíbrio entre obrigações preservadas, as quais não comprometam a continuidade dos serviços (nem a segurança dos usuários), mas que confirmem um certo alívio financeiro à concessionária – sob o risco de eventual quebra da empresa ou da inevitável decretação da caducidade da concessão (que, como visto, ocorreria de forma abrupta).

Juridicamente, reconhece-se que o já referido art. 15 da Lei nº 13.448/17, com destaque para a sua parte final, daria o embasamento necessário para que o contrato disciplinasse sobre a suspensão daquelas diversas outras obrigações. Relembre-se de que tal dispositivo prevê a celebração do termo aditivo, do qual constarão os elementos listados nos respectivos incisos, mas sem prejuízo de “outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente”.

Caberá, pois, à autoridade competente – a agência reguladora responsável – avaliar a adoção de medidas adicionais. Todavia, para que a decisão não seja tomada de forma isolada e para que se amplie o debate junto a potenciais interessados (incluindo-se controladores), pode ser o caso de até mesmo se prever a criação de um grupo de trabalho ou um comitê técnico para cada projeto submetido à relicitação. Esse grupo poderia contar com a presença de representantes da agência e também do ministério envolvido, o qual tem a atribuição de desenhar as políticas públicas do setor. Outros possíveis integrantes do grupo seriam: representantes da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (dado que o Conselho do PPI qualifica o empreendimento relicitado) e da Empresa de Planejamento e Logística – EPL (que poderia apoiar com as avaliações técnicas do futuro contrato a ser celebrado ao término da relicitação).

Como convidados, outrossim, seria conveniente poder contar com representantes dos financiadores do empreendimento (que têm incentivos naturais de colaborar com o sucesso da relicitação, dado que disso dependerá a liquidação dos créditos que eles têm junto à concessionária), representantes da própria concessionária (a fim de trazer insumos para as negociações na fase de transição) e de representantes do Tribunal de Contas e até mesmo do Ministério Público (ainda que como mero observadores – já que isso ajudaria a reduzir assimetrias informacionais e eliminaria suspeitas de atuação ilícita dos demais). Tal comitê poderia ser designado pelo ministério setorial ou pelo Conselho do PPI, quando da qualificação do projeto para fins

da relicitação, e a regulamentação da Lei nº 13.448/17 deveria detalhar as competências de tal comitê – possivelmente como um apoiador técnico de todo o procedimento.

Outro elemento útil, passível de figurar em um futuro decreto, consistiria na possibilidade de as tratativas relacionadas à fase de transição e também aquelas relacionadas às indenizações da concessionária serem submetidas à conciliação ou mediação. Perceba-se que a Lei nº 13.448/17, como já analisado, fez referência à adoção da arbitragem. Porém, como um passo antecedente à instauração de um processo arbitral, as partes poderiam se valer da autocomposição de forma institucionalizada, o que traria ainda maior robustez e conforto para as negociações necessárias ao sucesso da relicitação.

A esse respeito, observe-se que a nova Lei deixou o gancho para o uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, conforme a redação do seu art. 30, parte final²⁵. Observe-se, igualmente, que já há hoje tratamento legal à conciliação e à mediação no âmbito da Administração Pública federal, tendo a Lei nº 13.140/15 admitido a criação de câmaras específicas para esse propósito – como é o caso da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF (instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007)²⁶. Essas câmaras não têm poder decisório, mas criam um ambiente institucionalizado para que as partes construam as soluções para os desafios que precisam enfrentar. Esse ambiente, cumulado com a atuação do comitê técnico, parece ser fulcral para o sucesso do processo negocial imposto pela relicitação e mereceria estar contemplado na regulamentação da Lei nº 13.448/17.

Tratando-se, agora, da modulação das obrigações da concessionária na fase de transição, entende-se que elas também podem abranger os níveis de serviço originalmente pactuados no contrato. Isso, claro, desde que não haja comprometimento para a segurança dos usuários. A ideia, nesse caso, seria trazer alívio para os custos da concessionária, a fim de preservar um bem maior: a continuidade da empresa até a conclusão do processo de relicitação.

Sob esse mesmo raciocínio, outras modulações poderiam ainda ser pensadas, como, por exemplo, a redução, ou até mesmo a eliminação da exigência de garantias

²⁵ “Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.”

²⁶ A CCAF tem por objetivo prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

contratuais oferecidas pela concessionária. De fato, dado que alguns investimentos serão suspensos, é razoável diminuir-se o patamar dos valores demandados para tal fim. Entretanto, independentemente dessa circunstância, a verdade é que as empresas que se manifestarem pela relicitação dificilmente terão crédito no mercado para renovarem as apólices ou fianças, o que inevitavelmente fará com que o Poder Público, em algum momento: ou tenha que abdicar delas, ou tenha que decretar a caducidade do contrato (precisamente o que se quer evitar com a relicitação), diante da impossibilidade de sua renovação. No processo de renegociação, portanto, as partes precisam estar atentas a isso.

De uma maneira ou de outra, ainda é necessário sanear a seguinte dúvida remanescente: sobre as consequências que todos esses eventuais ajustes contratuais trariam sob o ponto de vista do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, já que, com a suspensão ou a modulação das obrigações, há um valor resultante gerado. Nesse caso, a concessionária poderia se apropriar de tal valor? Além do mais, como ficaria o tratamento das multas e como ficaria a tarifa dos usuários, em face da redução da qualidade dos serviços?

Há aqui um dilema intrínseco aos propósitos perseguidos com a Lei nº 13.448/17. Ele envolve os sinais regulatórios que deveriam ser passados para o mercado *versus* o aspecto resolutivo das medidas adotadas em virtude da relicitação. Explique-se.

De fato, muito embora as dificuldades enfrentadas nos contratos suscetíveis à relicitação decorram de uma série de fatores, tal como a crise econômica pela qual o País passou nos últimos anos, não se pode ignorar que em alguns casos se testemunhou um arrojo desproporcional em relação às propostas vencedoras nas licitações desses empreendimentos – é dizer: os ofertantes foram longe demais nos ágios oferecidos.

Adicionalmente, algumas concessionárias que tiveram o crédito para o financiamento negado junto a instituições oficiais sofreram essa limitação por razões de *compliance* (elas estiveram envolvidas em esquemas de corrupção como o da Lava-Jato). Então, sob esse contexto, há o receio de que permitir a apropriação dos valores originados com as suspensões ou modulações das obrigações pelas empresas significaria premiá-las por um comportamento, no mínimo, imprudente. Seria, em última análise, uma mensagem regulatória ruim, no sentido de que a Administração Pública não prezaria, no Brasil, por propostas sérias nas licitações de infraestrutura que realiza.

De outro lado, há também o receio de que ao não se conferir qualquer tipo de alívio às condições contratuais durante a fase de transição, a relicitação possa se tornar um instrumento ineficaz, porquanto a concessionária restará paralisar os serviços em sua totalidade ou requerer eventual falência ou recuperação judicial (haja vista as dificuldades pelas quais ela passaria e que, como já dito, são as motivadoras da devolução do contrato). Ou seja, pareceria um tanto quanto irreal desejar cobrar normalmente da empresa todos os investimentos, multas e juros correspondentes na fase de transição, pela simples razão de que ela provavelmente não conseguirá fazê-lo.

Por conseguinte, uma solução de meio termo é a que se mostraria a mais desejável para o caso – e caberá ao decreto, por óbvio, avaliá-la. Entende-se por decisão de meio termo aquela em que nem se confere uma anistia ampla à concessionária em relação ao passivo de multas gerado com atrasos ocorridos até antes da relicitação (como o não pagamento de outorgas ou o descumprimento do cronograma de investimentos); e na qual nem se ignora a conveniência de se prover algum tipo alívio financeiro no âmbito do contrato, para permitir a sobrevivência do projeto até a entrada de um novo empreendedor.

Por outras palavras, e especialmente em razão da abertura trazida pela parte final do já citado art. 15 da Lei nº 13.448/17, poder-se-ia pensar na seguinte solução para o clausulado do termo aditivo a ser celebrado na etapa transitória da relicitação:

1. prever-se que as multas e juros relacionados a atrasos ou inadimplementos da concessionária, até a celebração do termo aditivo, seriam por ela arcados, cabendo-lhe pagá-los imediatamente, ou ter os respectivos montantes descontados de eventual indenização a que fizer jus por ocasião da reversão do contrato (com a incidência de correção);
2. admitido que as partes podem renegociar as condições do contrato quando da celebração do aditivo, prever-se a suspensão dos investimentos vencidos e vincendos, com a cessação das correspondentes multas e juros pelo atraso (a partir de então), e fixar os novos parâmetros de execução do contrato (os níveis de serviço);
3. para afastar-se eventual apropriação econômica, pela concessionária, da não realização desses investimentos, bem como das novas condições de operação da concessão, calcular-se o efeito, sobre o fluxo de caixa da empresa, do alívio financeiro produzido (considerar o valor do dinheiro no tempo ou o custo de

- oportunidade do não comprometimento dos recursos pela concessionária, nos prazos originais do contrato); e
4. prever que os valores calculados conforme o passo anterior serão decotados de eventual indenização a que a concessionária fizer jus por ocasião da reversão do contrato (com a incidência de correção).

Ao fim e ao cabo, seria possível construir uma solução com efeito econômico neutro, mas com repercussões financeiras positivas sobre o fluxo de caixa da concessionária, pelo menos durante o período de transição. Veja-se que não haveria perdão das multas decorrentes dos atrasos acontecidos antes da formalização do termo aditivo (que é quando as partes podem alterar as obrigações originalmente pactuadas). E, ainda, seria possível obter um fôlego mínimo em relação aos compromissos financeiros da empresa, a fim de mitigar o risco de descontinuidade dos serviços até a conclusão do processo de relicitação.

A respeito dos impactos de todas essas operações sobre os valores das tarifas, por sua vez, haveria mais de uma alternativa a se cogitar. Talvez o mais intuitivo seria promover a redução automática dos patamares praticados, como uma pronta resposta à redução dos níveis de serviço ajustados na fase de transição da concessão. No entanto, identificam-se alguns inconvenientes relacionados a essa medida. O primeiro é o estresse de caixa que isso traria para a concessionária, que testemunharia uma redução drástica de suas receitas, quase que a anular as demais modulações acima referidas. Outro inconveniente seria a insegurança gerada para o usuário no que diz respeito à flutuação do preço, por exemplo, do pedágio em uma rodovia – que poderia sofrer sucessivas revisões no transcurso da relicitação, em face das condições dos serviços oferecidos.

O ideal, assim, seria preservar inalterado o valor das tarifas praticadas perante os usuários, mas calcular o *quantum* capturado pela concessionária em face disso, abatendo-o da indenização que ela receberia ao término do processo de relicitação por ocasião da reversão do contrato de concessão. Essa mecânica traz efeitos financeiros benéficos temporários para a empresa, mas efeitos econômicos neutros ao final da operação – o que, novamente, minimiza potenciais questionamentos quanto a sinais regulatórios distorcidos para o mercado.

Para todos os casos, poder-se-iam utilizar, como parâmetro de cálculo, os sistemas de descontos tradicionalmente já fixados nos contratos (“Fator D” e/ou “Fator

Q”), sendo que os valores aferidos, como dito, incidiriam apenas ao final da relicitação, numa espécie de encontro de contas entre haveres e deveres das partes. A definição precisa de tais valores, outrossim, tanto poderia ser submetida à avaliação do comitê técnico antes mencionado, ou mesmo provirem do consenso entre Poder Concedente e concessionária, alcançado pela via da mediação.

Como se observa, há um cardápio amplo de alternativas para as autoridades competentes estruturarem o normativo que viria a detalhar a relicitação, como também existe um espectro relativamente amplo para que, na prática, os atos necessários para garantir a efetividade e o sucesso do procedimento se concretizem. Apenas dir-se-ia, nesse caso, que bom senso, boa-fé, razoabilidade e abertura para a negociação seriam ingredientes em relação aos quais as fórmulas pensadas não poderiam deixar de contar.

4. Conclusões

O marco legal dos contratos administrativos no Brasil, em especial aqueles relacionados ao setor de infraestrutura, vem testemunhando mudanças significativas ao longo das últimas décadas. Esse fenômeno pode ser compreendido como fruto da dinâmica das relações econômicas do setor, o que é potencializado, no caso da infraestrutura, pelo longo prazo dos contratos, bem como pela complexidade das relações firmadas entre o Poder Público e os agentes do mercado.

A Lei nº 13.448/17, resultado da conversão da Medida Provisória nº 752/16, é um dos novos elementos concebidos para aprimorar os contornos jurídicos necessários à existência de tais contratos, e apresenta propostas inovadoras que ainda demandam, porém, detalhamento no nível infra-legal. Aguarda-se, até o momento, a regulamentação de assuntos importantes tratados na referida Lei, com destaque para: i) o regime de transferência de bens no âmbito de contratos de concessão ferroviária; ii) a disciplina da arbitragem em face de decisões das agências reguladoras nos contratos de concessão; e iii) o detalhamento do procedimento da relicitação.

Neste breve estudo, viu-se que a Lei nº 13.448/17 deu abertura para que todos esses temas fossem tratados com certa discricionariedade pelas autoridades competentes por regulamentá-los. Para esse fim, é claro que as balizas fincadas no diploma legal, bem como os princípios e valores que ele reafirma haverão de ser preservados em qualquer hipótese. Contudo, o ato normativo que virá a detalhar as condições em que tanto a extinção de contratos de arrendamento de bens, quanto a arbitragem e a relicitação seriam minudenciadas poderia e deveria incorporar uma abordagem

pragmática, para efetivamente equacionar questões críticas, esclarecendo pontos que não foram – nem poderiam ser – antevistos pela Lei.

É nesse sentido que se defendeu a possibilidade de extinção dos arrendamentos de bens nas concessões de ferrovias, com a transferência dos ativos relacionados para as respectivas concessionárias, e desde que elas assumissem o compromisso de metas de capacidade junto ao Poder Concedente, e garantissem a reversão, ao término do contrato, das condições para a manutenção da qualidade do serviço. Também por isso, defendeu-se a possibilidade de as concessionárias promoverem a alienação de bens inservíveis existentes nos pátios ferroviários e ao longo das vias férreas que são hoje de titularidade do DNIT, podendo, para tanto, adotar procedimentos simplificados.

Quanto à arbitragem, para preservar a efetividade do instituto, especialmente no que toca às discussões sobre as sanções aplicadas pelas agências reguladoras, assinalou-se que o futuro ato regulamentador da Lei nº 13.448/17 deveria explicitar que, quando o diploma legal faz referência ao inadimplemento das partes como tema arbitrável, ele também estaria considerando as discussões sobre as penas aplicáveis e a sua dosimetria. Do mesmo modo, sobre as câmaras arbitrais, o regulamento deveria prever que, uma vez credenciadas as câmaras aptas, a própria concessionária poderia designar aquela que cuidaria do acompanhamento do contrato, embora se facultasse ao Poder Público apresentar sua eventual objeção, sempre de forma fundamentada. Esse sistema evitaria discussões sobre qual procedimento a Administração teria de observar, caso fosse ela a responsável pela contratação da instituição arbitral competente.

Por fim, tratando-se da relicitação, destacou-se a importância do instituto e de seu propósito resolutivo em face do cenário atual, em que algumas concessionárias vêm apresentando severas dificuldades de prestação dos serviços aos usuários. Frisou-se a relevância da fase de transição a que a Lei nº 13.448/17 faz referência – que se inicia com o pedido de devolução do contrato e perdura até o ingresso de um novo operador para o empreendimento –, e demonstrou-se a conveniência e a possibilidade jurídica de se modularem as obrigações originalmente pactuadas no contrato de concessão durante esse período.

Entre as obrigações moduláveis, estariam não apenas aquelas atinentes aos investimentos vincendos, mas também as relacionadas aos investimentos vencidos e ao pagamento de outorgas, vincendas e vencidas. Não se trataria, nesse caso, de remissão de dívidas, especialmente porque estariam preservadas as multas e os juros correspondentes aos eventos de inadimplemento ocorridos até antes da celebração do

termo aditivo – o qual inauguraria a fase de transição do contrato de concessão. A ideia seria, apenas e tão somente, conferir um alívio financeiro para a concessionária até a devolução definitiva do empreendimento, buscando assim minimizar os riscos de descontinuidade dos serviços durante esse período, ou evitar a decretação irremediável da falência da empresa ou a caducidade da concessão.

Em todo o caso, defendeu-se a observância de um mecanismo de compensação quando da reversão do contrato, de maneira que os efeitos financeiros aproveitados pela concessionária durante a transição fossem neutralizados através de uma espécie de acerto de contas com as indenizações que o Poder Público teria de lhe pagar a título de investimentos ainda não amortizados. Tal compensação poderia ser materializada por meio de mecanismos que os próprios contratos de concessão já englobam, como os descontos por reequilíbrio baseados nos denominados fatores D ou Q. Nesse caso, a modulação mencionada poderia abranger as próprias condições operacionais de prestação dos serviços concedidos, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento.

Com efeito, existem expectativas relevantes por parte de agentes do mercado e da sociedade quanto à regulamentação da Lei nº 13.448/17. Apesar de os temas veiculados no diploma legal eventualmente despertarem polêmicas junto a vertentes mais tradicionais da doutrina jurídica, como por exemplo, do Direito Administrativo, a verdade é que a estrutura normativa da nova lei confere a abertura necessária para que as autoridades com a competência para minudenciá-la gozem de certa margem de liberdade para construir as soluções necessárias aos problemas que ela pretendeu contornar. Pois para esse caso, uma dose de razoabilidade – e de coragem – não haveria de fazer mal a ninguém.

Referências bibliográficas

Lei Federal nº 13.448, de 5 de julho de 2017.

Lei Federal nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996.

Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. pp. 24 e 25.

Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170408000600000.PDF#page=46>>. Acesso em: 02/11/2018).

Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. p. 37.
Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170408000600000.PDF#page=46>>. Acesso em: 02/11/2018.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. Revista de direito administrativo–RDA, Rio de Janeiro, nº 210, out./dez.1997.