

Alteração nos Contratos de Concessão

Algumas notas sobre a jurisprudência do
Tribunal de Contas da União

Leticia Lins de Alencar
Doutoranda e Mestre em Direito do
Estado pela Faculdade de Direito
da USP. Advogada em São Paulo.

Roteiro

I. Mutabilidade nas concessões

II. Regime jurídico previsto na Lei 8.987/1995

III. Postura da doutrina e jurisprudência

IV. Algumas tendências recentes da jurisprudência do TCU

I. MUTABILIDADE NAS CONCESSÕES...

❖ Concessões são contratos **INCOMPLETOS**

- Contratos complexos, de longo prazo e sujeitos a circunstâncias cambiantes e incertas.

❖ **Mutabilidade** é traço característico

❖ Apesar disso, sua **alteração** continua sendo um **TABU**

Hipótese:

Tratamento legal da Lei 8.987/1995

+

Má compreensão do instituto da concessão

II. REGIME JURÍDICO NA LEI 8.987/1995

- Tratamento (intencionalmente) pouco exaustivo a nível legal
- Espaço para definição **contratual** do regramento mais adequado

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

IV- (...) revisão das tarifas;

V- (...) às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações.

XII – às condições para prorrogação do contrato.

Art. 9º. (...) Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

- Duplicidade de paradigmas:

Lei 8.666/1993

Tratamento “taxativo”

Previsão de limites objetivos



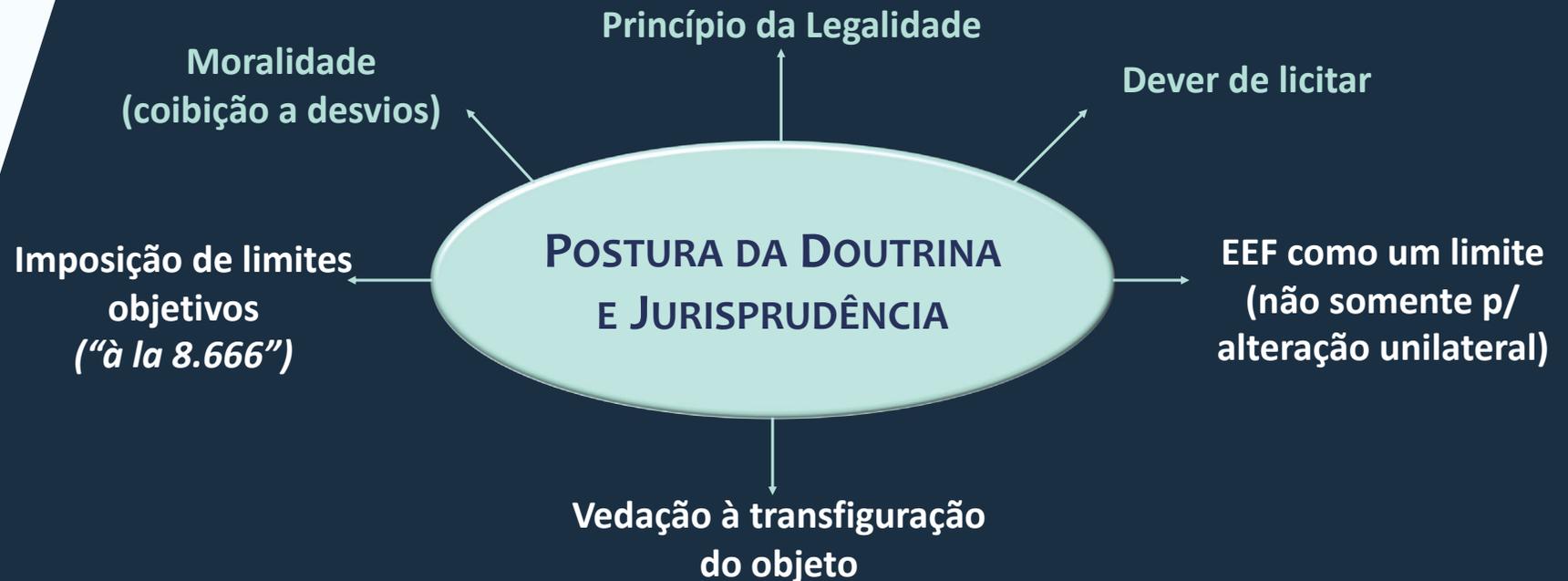
Lei 8.987/1995

Inexistência de “regime jurídico único”

Deferência ao regime contratual

Convivência ou sobreposição?

III. POSTURA DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA



- Forte preocupação com o estabelecimento de limites (caráter moralizador);
- “Fuga” ao regime da Lei 8.666/1993 (ex. Acórdão 562/2012-Plenário);
- Parâmetros subjetivos ampliam o controle e geram temor/inação nos gestores;
- Má compreensão da natureza e do regime jurídico das Concessões: insegurança jurídica e comprometimento das finalidades do instituto.

IV. ALGUMAS TENDÊNCIAS RECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Notam-se, nos últimos anos, **avanços e pontos de aperfeiçoamento**.



Reconhecimento quanto à **INAPLICABILIDADE DOS LIMITES (%) DA LEI 8.666** para as concessões.

“Em específico sobre a fixação de limites para a inclusão de novos investimentos, o art. 22 da Lei 13.448/2017 prescreve que **os limites a que alude o art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, não se aplicam aos contratos de concessões**. No meu entender, ainda que não se adote o valor preconizado pela lei de licitações, seria **recomendável que algum limite fosse escolhido e estabelecido no edital e no CONTRATO**, transparecendo a regra do jogo aos futuros participantes da licitação, e aos usuários, e conferindo maior segurança jurídica.

Ao se fixar um parâmetro objetivo, combatem-se eventuais **interesses oportunistas e casuísticos no futuro**, além de infundáveis **discussões sobre desvirtuamento do objeto no caso concreto**. Embora existam diferenças significativas na modelagem, esse tipo de regra foi adotado em recentes concessões rodoviárias promovidas pelo estado de São Paulo, a exemplo do que dispunham as cláusulas 24.2 dos contratos decorrentes da Concorrência 3/2016 (Lote Florínea-Igarapava) e da Concorrência 5/2016 (Lote Rodovia dos Calçados).

Por julgar que essa questão envolve discricionariedade do Poder Concedente, ela deve, nesta oportunidade, ser **endereçada na forma de recomendação**” (Acórdão n.º 1.174/2018-Plenário, voto do rel. Min. Bruno

Dantas, j. 23 de maio de 2018)

IV. ALGUMAS TENDÊNCIAS RECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU



Importância dada à **MOTIVAÇÃO** da alteração: haverá um aumento da influência do pragmatismo no direito público brasileiro?

Ao apreciar a legalidade de alteração ao contrato de arrendamento (cuja natureza jurídica se assemelha aos contratos de concessão), firmado entre Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP e Ferronorte S.A. – Ferrovias Norte Brasil, a unidade técnica do Tribunal, a Secex, havia apurado determinados indícios de irregularidades. Isso teria ocorrido, entre outros aspectos, em relação à redução, estabelecida em aditivo, dos valores devidos à CODESP pela concessionária. Após envio das justificativas, foram acolheu as razões dos responsáveis. Em resumo, foi esclarecido que “devido ao elevado passivo ambiental, os valores pactuados mostraram-se inviáveis, razão porque alterados”. Ao avaliar as justificativas, o órgão técnico considerou que “*tal alteração pode ser tida como uma tentativa de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro*”. Embora tenha entendido que tais problemas poderiam ter sido evitados na etapa da contratação, se houvesse adequada justificação de preços e observância da legislação ambiental, entendeu que “*tendo em vista ser a ocorrência aqui descrita consequência de uma falha provocada em 1997, opino pelo acolhimento das razões dos responsáveis*” (Acórdão n.º 562/2012-Plenário, Itens 141 a 145 da instrução da Secex, transcrito no relatório do rel. José Mucio Monteiro). O entendimento foi acolhido pelo Plenário.

IV. ALGUMAS TENDÊNCIAS RECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU



Maior abertura do Tribunal a um **DIÁLOGO INSTITUCIONAL** (inclusive mediante audiência e consulta pública), que pode levar a uma maior **DEFERÊNCIA AO REGULADOR**

“No âmbito do acompanhamento do primeiro estágio de desestatização da concessão do lote rodoviário das rodovias BR-364/365/GO/MG, que interligam as cidades de Jataí/GO e Uberlândia/MG, a **unidade técnica – Seinfra** – e, também, o **Ministério Público junto ao Tribunal (MP/TCU)** trouxeram uma série de apontamentos, críticas e propostas de recomendação, no sentido de sugerir **o estabelecimento de limites objetivos à inclusão de novos investimentos.**

Tanto a **ANTT**, como o **Ministério da Infraestrutura** haviam apresentado críticas à proposta de estabelecimento de limites e condições para as alterações. Em seu voto, o Min. Bruno Dantas, descreveu que: “quanto ao estabelecimento de limites e condições para evitar o desvirtuamento do objeto no edital e na minuta de contrato, a **Agência defende que isso interfere de modo transversal na capacidade decisória da ANTT**, uma vez que os instrumentos regulatórios podem ser estabelecidos contratualmente ou por normativos” (item 85).

Além disso, anota que o **Ministro da Infraestrutura indicou que: “contratos de concessão são incompletos e precisam ter bons mecanismo de reequilíbrio, além do que o gestor público precisa ter capacidade e liberdade para tomar decisões, de acordo com as regras estabelecidas no contrato”.**

Em sua decisão, o relator do caso, o Min. Bruno Dantas, se mostrou mais inclinado a acolher os pontos trazidos pela ANTT e pelo Ministério da Infraestrutura, tendo afastado a recomendação do órgão técnico, *in verbis*: “(...) [R]eputo que a fixação de limites, ainda que acompanhados de cláusulas que o relativizem no caso de interesse público relevante, é medida que revela confiança, por parte do Poder Concedente, em seu planejamento e nos demais mecanismos contratuais, passa a mensagem adequada aos usuários de que a concessão não vai ser modificada indiscriminadamente e constitui fator de estabilidade e segurança jurídica ao concessionário e aos seus financiadores. De todo modo, como manifestei no voto condutor do Acórdão 1.174/2018-TCU-Plenário, **compreendo que tal medida é uma escolha regulatória do Poder Concedente e já foi anteriormente expedida na forma de recomendação**” (Acórdão n.º 1.096/2019-Plenário, itens 138 e 139 do voto do rel. Min. Bruno Dantas).

IV. ALGUMAS TENDÊNCIAS RECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

- ✘ Em certos casos, a proibição à alteração de contratos de concessão acaba sendo imposta como forma de penalização por descumprimentos contratuais

“o Acórdão n.º 2.486/2018-Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 31 de outubro de 2018. Neste caso, foram analisadas irregularidades na execução de aditivos de prorrogação antecipada de contratos de arrendamento no setor portuário – cuja lógica e natureza jurídica, a meu ver, é idêntica à dos contratos de concessão. Constatou-se que, apesar vários contratos terem sido prorrogados, os investimentos não estão sendo realizados tal como haviam sido propostos. Essa circunstância faz com que os objetivos do instituto da prorrogação antecipada sejam, na visão do TCU, frustrados. Em função destes achados, o TCU determinou cautelarmente à ANTAQ e ao MTPA “que **se abstenham de assinar novas prorrogações antecipadas de contratos de arrendamento portuário até ulterior deliberação do TCU**” (item 9.5 do Acórdão). Desta forma, a vedação à renegociação de contratos de arrendamento que tenham por objetivo alterar seu prazo de vigência foi utilizada como forma de reprimir descumprimentos contratuais ocorridos em casos determinados”.

- Consequências: (i) tratamento anti-isonômico e insegurança jurídica, (outros arrendatários tiveram seus pleitos indeferidos por motivos imprevisíveis e completamente alheios à sua esfera de ingerência); (ii) desvirtuamento do regime jurídico dos contratos; (iii) aumento da percepção de risco de privados.

IV. ALGUMAS TENDÊNCIAS RECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

✘ Há casos em que o tribunal faz **juízo de conveniência e oportunidade em relação à escolha do gestor**, sem embasamento legal ou contratual, para concluir pela irregularidade da alteração

“O Acórdão n.º 346/2012-Plenário, j. 15 de fevereiro de 2012, avaliou a legalidade de alteração a contratos de concessão da 1ª Rodada do Programa de Concessões de Rodovias do Paraná que, supostamente, teriam resultado em desequilíbrio contratual. Na análise da instrução técnica, conduzida pela Sefid-1, acolhida pelo rel. Min. José Mucio Monteiro, entendeu-se que *“há grandes indícios de que as diversas alterações promovidas nos contratos de concessão das rodovias do Programa de Concessões do Paraná, algumas delas sem critérios técnicos, ocasionaram desequilíbrio econômico-financeiro”*. Um dos aspectos considerados irregulares seria a modificação do critério de medição dos investimentos realizados.

De acordo com o parecer da unidade técnica:

“[O]utra **alteração contratual indevida e sem fundamentos é a do critério de medição dos investimentos** realizados nas rodovias, de área estimada de intervenção para quantitativo de insumos. Mais dificultosa a fiscalização qualitativa e quantitativa dos itens executados e menor o incentivo ao uso de materiais duráveis nas obras. Exemplo, na medição por metragem, quanto mais bem executados os serviços iniciais e os de restauração, menores os custos de manutenção das vias. Porém, com o uso do critério de insumos para medição, mais baixa a qualidade dos materiais empregados nas rodovias, mais intervenções precisarão ser executadas, mais insumos aplicados e, conseqüentemente, maiores os ganhos do concessionário” (Acórdão n.º 346/2012-Plenário, item 92 da instrução da Sefid-1, transcrito no relatório do rel. José Mucio Monteiro).

Algumas lições...

Para **gestores públicos**:

- ✓ Na modelagem contratual, é necessário que sejam previstas cláusulas disciplinando o procedimento de alteração e, sempre que possível, as situações previsíveis de alteração (que devem ser exemplificativas);
- ✓ A alteração deve observar o devido processo legal e o envolvimento dos possíveis afetados;
- ✓ A motivação deve ser completa e adequada (dificuldades, alternativas e consequências).

Para **órgãos de controle**:

- ✓ Necessidade de melhor compreensão quanto ao instituto da concessão (e suas diferenças em relação a outros contratos administrativos);
- ✓ Análise pragmática: consideração das dificuldades reais do gestor (deferência) e das consequências da decisão de invalidação.

Obrigada!

Leticia Lins de Alencar
Doutoranda e Mestre em Direito do
Estado pela Faculdade de Direito
da USP. Advogada em São Paulo.
leticialencar@outlook.com