

## **Análise de Impacto Regulatório na solução de concessões em crise**

### **Introdução: delimitando as concessões em crise**

O longo prazo associado a contratos de concessão de infraestrutura produz um paradoxo. De um lado, trata-se de característica essencial para que os investimentos economicamente pesados, geralmente realizados nos primeiros anos da concessão, possam ser devidamente amortizados com a cobrança de tarifas ou contraprestações públicas e outras receitas acessórias, assegurando-se, ainda, uma taxa de retorno à concessionária.

De outro, cria-se uma necessidade de que as partes lidem com eventuais cenários adversos. Reconhece-se que, ainda que o contrato contenha clausulado detalhado e moderno, nem sempre ele será suficiente para responder a todos os eventos que se materializarão ao longo da avença.

Isso diz respeito não apenas a fatores externos à concessão – como uma crise econômica ou sanitária ou até mesmo um fato do príncipe – mas, também, sobre o comportamento das partes. É notório o problema da seleção adversa nos leilões de infraestrutura, mas é igualmente relevante que se considere o grau de cumprimento dos contratos pelo próprio Poder Concedente.

Neste contexto, um cenário adverso, a depender de sua magnitude, pode acabar por prejudicar intensamente o bom andamento do contrato, levando-o a uma crise. Segundo Freire (2023a; p. 618), uma *concessão em crise* pode ser caracterizada pela não realização das obrigações de investimento da concessionária, total ou parcialmente, ou pelo não cumprimento dos parâmetros de desempenho contratuais.

Evidentemente, não se trata de uma inexecução pontual e pouco relevante, mas, sim, de um inadimplemento grave e estrutural, que coloque em risco a concessão e dificulte o fornecimento aos usuários das melhorias esperadas com a prestação do serviço. Fosse um descumprimento contratual isolado e de baixo impacto, a própria ideia de “crise” seria afastada, pois onde há algo pontual e irrelevante não há crise. A resposta para esses casos seria a instauração de um processo administrativo para a apuração de irregularidades e, sendo o caso, a aplicação de multas ou advertências.

Os motivos para uma crise contratual podem ser diversos. Pode-se falar da dificuldade da concessionária em obter financiamento, em razão dos investidores estarem enfrentando processos judiciais nos quais são acusados de corrupção (FREIRE, 2023a; p. 618) ou de outros fatores que prejudiquem sua reputação. Como, em regra, a viabilidade econômico-financeira de

uma concessão depende de financiamento, em uma estrutura de *project finance*, a frustração em sua obtenção pode prejudicar a execução dos investimentos previstos.

Além disso, uma crise contratual pode ocorrer em razão da inexecutabilidade da proposta vencedora da concessão, especialmente nos leilões em que o critério de seleção é o de menor tarifa, no qual vence quem apresenta o maior deságio à tarifa estabelecida no edital.

Na maior parte das concessões de infraestrutura, a tarifa é a principal fonte de receita da concessionária, que deve ser suficiente para a amortização dos investimentos, custos e despesas da concessão<sup>1</sup> e assegurar um retorno ao investidor com a oportunidade do negócio. Desta forma, propostas agressivas de desconto tarifário podem prejudicar o compromisso concessório, uma vez que a tarifa poderá ser insuficiente para o cumprimento das obrigações de investimento e parâmetros de desempenho, penalizando sua saúde econômico-financeira.

É possível mencionar, ainda, a superveniência de eventos imprevisíveis, que afetam de forma significativa as receitas e despesas das concessionárias, como a crise econômica de 2013 e a pandemia de Covid-19, que repercutiram negativamente na demanda de usuários pelos serviços concedidos, como os de transportes, e no preço de insumos de obras de infraestrutura.

Eventos como esses podem gerar litígios entre regulador e regulado, pois a concessionária sempre tenderá a defender que o evento imprevisível configura risco do Poder Concedente e que, portanto, deve gerar um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. A agência reguladora ou o Poder Concedente, por sua vez, podem entender de forma diversa.

Há situações em que, ainda que o direito a reequilíbrio contratual seja reconhecido pela própria agência regulador ou Poder Concedente, este não é efetivado por ser inviável técnica ou politicamente (descrédito perante os usuários ou receio de órgãos de controle), gerando uma dívida a ser paga à concessionária.

Em qualquer dos casos, é comum a deflagração de judicializações ou a instauração de procedimentos arbitrais, cuja decisão final se arrasta ao longo da concessão. Com o tempo, o não processamento – sendo isto devido, ou não – ou o atraso do reequilíbrio podem levar à deterioração da capacidade econômico-financeira da concessionária, afetando tanto sua capacidade de investimento quanto sua capacidade de cobrir os custos operacionais, causando inadimplementos contratuais de sua parte (BOGOSSIAN, 2018; p. 4).

---

<sup>1</sup> Cf., por exemplo, o Edital de Concessão n. 006/2013 da BR-040/DF/GO/MG: Item 9.3 A Proposta Econômica Escrita deverá considerar as seguintes premissas: I. todos os investimentos, tributos, custos e despesas, incluindo, mas não se limitando às financeiras, necessários para a exploração da Concessão [...]

Independentemente de seu evento motivador, a crise contratual acaba gerando um quadro desafiador para a concessão: ao mesmo tempo em que os investimentos e parâmetros de desempenho não são cumpridos, as sanções (em regra, multas) aplicadas pelo regulador como resposta a essas inexecuções também não são recolhidas, pois, a depender da causa da crise, elas tendem a ser igualmente objeto de contestação judicial ou arbitral pelas concessionárias, que alegarão falta de recursos pela materialização de risco que não é seu, gerando um relevante *passivo regulatório*.<sup>2</sup>

Diante desse cenário, é preciso que Poder Concedente ou agência reguladora adotem medidas que sejam aptas a solucionar esse quadro de crise na concessão.

Este artigo, no primeiro item, pretende apresentar quais são esses possíveis caminhos, chamando a atenção para a discricionariedade inerente à escolha do regulador. Em seguida, considerando a necessidade de que a decisão seja ao mesmo tempo racional e legítima, utilizam-se quatro situações em que a ANTT se deparou com a necessidade de solucionar concessões em crise (“caso ANTT”) para demonstrar como a Análise de Impacto Regulatório pode contribuir na escolha da medida para cada caso concreto. Por fim, propõe-se, a partir do caso ANTT, algumas diretrizes na utilização da Análise de Impacto Regulatório para auxiliar os reguladores em geral na solução de concessões em crise.

## **1. Os diferentes instrumentos para a solução de concessões em crise e a discricionariedade na decisão do regulador**

As diversas medidas previstas no ordenamento jurídico para dar solução a concessões em crise devem ser entendidas como *técnicas regulatórias* e, como tais, intercambiáveis entre si e voltadas, todas elas, à satisfação das finalidades públicas (PALMA, 2021; p. 431).

Em outros termos, diante de um quadro de estrutural inadimplência por parte da concessionária (característica, como visto, inerente a uma crise contratual), o regulador pode escolher a alternativa que considera mais adequada para se atingir o interesse público, desde que haja suficiente motivação (PALMA, 2021; p. 442).

Esse caráter instrumental decorre da discricionariedade atribuída ao regulador na escolha da técnica regulatória. É que o ordenamento jurídico não estabelece uma resposta automática para as infrações graves em contratos de concessão. Nem mesmo a caducidade, que possui

---

<sup>2</sup> Para Nasser (2022, p. 606), “o conjunto de valor líquidos normalmente devidos pela concessionária (multas, valores de outorga vencidos e taxas de fiscalização) somado aos valores ilíquidos devidos, tais como montantes de investimento a serem realizados, créditos de reequilíbrio em favor do poder concedente e valor de outorga ainda a vencer, compõem aquilo que se pode chamar de ‘passivo regulatório’ da concessionária”.

natureza sancionatória, é medida cogente, considerando que o art. 38, *caput*, da lei n. 8.987/95 diz que, diante de inexecução total ou parcial do contrato, fica “a critério do Poder Concedente” a declaração de caducidade, que poderá, alternativamente, aplicar outras sanções administrativas. O §1º, ainda, diz que a caducidade “poderá” ser aplicada – e não “deverá”.

As técnicas regulatórias para enfrentar concessões em crise podem ser classificadas em técnicas unilaterais, bilaterais e trilaterais.<sup>3</sup>

No primeiro grupo, encontra-se a caducidade e a intervenção (ambas previstas na lei n. 8.987/95), que representam poderes da Administração Pública que a colocam em posição de supremacia perante a concessionária (DI PIETRO, 2019; p. 102) e que, portanto, podem ser utilizadas independentemente de sua aquiescência e de interpelação judicial.

No grupo das técnicas bilaterais estão aquelas que dependem de concordância de ambas as partes – regulador e regulado – para sua materialização e que, em regra, são de iniciativa da própria concessionária. É o caso da relicitação, da rescisão amigável, do termo de ajustamento de conduta (TAC) e da repactuação do contrato.

As técnicas trilaterais, por fim, são aquelas que não envolvem apenas regulador e concessionária, mas também um terceiro. Neste grupo, estão as soluções de mercado, como a transferência de controle acionário ou da própria concessão, e o *step-in rights*, em que financiadores ou garantidores da concessão assumem seu controle ou administração temporária para promover a reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

A tabela 1, constante do Anexo deste documento, apresenta o respaldo legal, a extensão da discricionariedade do regulador, os efeitos gerados e os benefícios e possíveis gargalos associados à utilização dessas medidas. Ressalta-se que não há pretensão de exaustividade, mas, apenas, conferir um panorama geral das principais características de cada uma das técnicas regulatórias aqui tratadas.

É possível, ainda, a utilização concomitante de mais de uma técnica regulatória. Exemplo mais claro disso é a chamada *venda assistida*, em que há uma repactuação do contrato (reprogramação de investimentos, alteração de matriz de riscos, manutenção da tarifa etc.), na medida em que necessário para a retomada do curso saudável da concessão, e, em seguida, uma transferência do controle acionário da concessionária para terceiro, que passará a gerir o ativo.

---

<sup>3</sup> Outras técnicas podem ser consideradas, mas as citadas neste texto são as tradicionalmente mencionadas.

As duas etapas seriam supervisionadas (“assistidas”) e anuídas pelo Poder Concedente com o auxílio de um verificador independente, que garantiriam a lisura no procedimento. Seria uma alternativa à pura repactuação, reduzindo o risco moral, e ao processo moroso de relicitação (MARCATO; COHEN, 2023).

Considerando a variedade de técnicas regulatórias disponíveis na legislação e a discricionariedade atribuída ao regulador, como escolher? Estaria ele integralmente livre nessa decisão? O próximo item busca responder a estas questões.

## **2. Como racionalizar e legitimar a decisão? O caso ANTT**

Embora a legislação atribua discricionariedade ao regulador na tomada de decisão frente a uma concessão em crise, entendo que a escolha da técnica regulatória não deve ser inteiramente livre, mas, sim, antecedida de uma avaliação dos possíveis efeitos positivos e negativos a serem produzidos por cada uma das opções viáveis para o caso. Um instrumento que serve a este propósito, já consolidado na teoria da regulação, é a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Reconhece-se que não há obrigação legal no uso de AIR na escolha de soluções para concessões em dificuldade, já que a legislação se limita a exigí-la para os atos normativos da Administração Pública.<sup>4</sup> No entanto, meu argumento é que o regulador teria muito a ganhar ao proceder com essa análise prévia.

Sob o ponto de vista interno (da própria Administração), a AIR *racionaliza* a decisão administrativa, pois confere subsídios para que o regulador utilize a técnica com melhor custo-benefício. De fato, se o ordenamento jurídico dispõe de diversas técnicas que podem ser utilizadas para resolver uma concessão em crise, é ponderado que o regulador adote práticas que o auxiliem na escolha daquela que melhor atenda ao interesse público.

Sob o ponto de vista externo, considerando que se trata de tema sensível (o futuro de uma concessão) e que, portanto, tem o potencial de gerar reações de órgãos de controle e da própria concessionária, a AIR *legitima* a decisão administrativa, evitando ingerências de tribunais de contas, Ministério Público e Judiciário em relação à medida escolhida pelo regulador.

Ainda que haja questionamentos externos, a elaboração da AIR é benéfica por deslocar o foco da fiscalização dos órgãos de controle para a qualidade da AIR e para a motivação adotada

---

<sup>4</sup> O decreto n. 10.411/2020, que disciplina a AIR em âmbito federal, assim estabelece: Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de **atos normativos** de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

pelo regulador a partir dos impactos das medidas – ou seja, para o processo administrativo –, e não propriamente sobre o mérito da decisão.

Para testar o argumento aqui defendido, é ilustrativa situação recentemente experimentada pela ANTT em relação a algumas concessionárias que integram a 2ª e a 3ª etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais que vinham passando por um severo quadro de inadimplência contratual.<sup>5</sup> Considerando a possibilidade de se valer de mais de uma técnica regulatória, a Agência realizou AIR para identificar qual medida seria mais vantajosa para o interesse público.

Ao todo, considerando estas duas etapas do Programa, foram realizadas quatro AIR, nas concessões de Autopista Fluminense, Concebra, Rota do Oeste (CRO) e K-Infra.<sup>6</sup>

Em todos os casos, a AIR foi elaborada pela Superintendência de Infraestrutura Rodoviária (SUROD), sendo que em apenas dois deles por solicitação de membros da Diretoria Colegiada – nos demais, a área técnica realizou a análise de ofício, por considerar que seria subsídio importante para a decisão final.

A ANTT reconhece que não há exigência legal, mas opta por realizar a AIR por se tratar de prática salutar considerando que “o ordenamento jurídico possibilita a adoção de mais de uma alternativa no caso concreto e que, por se tratar de atos discricionários, deve ser avaliada a sua oportunidade e conveniência, notadamente quanto à razoabilidade e proporcionalidade”.<sup>7</sup>

Para contextualizar as AIR em análise, o quadro abaixo indica a magnitude da crise de cada uma das quatro concessões, na forma em que descrita no próprio relatório de AIR:

**Tabela 2. Panorama geral das AIR em análise**

<b>Concessionária</b>	<b>AIR</b>	<b>Magnitude da crise</b>
Autopista Fluminense	AIR n. 7277743/2021	Apesar de apresentar, na ocasião da AIR, uma boa taxa de cumprimento contratual, a projeção do fluxo de caixa da concessão apontava para uma insuficiência de receitas para fazer frente às obrigações de investimento e operacionais exigíveis no prazo remanescente

<sup>5</sup> Para uma síntese dos fatores que levaram as concessões de rodovias da 2ª e 3ª etapas à situação de crise contratual, remeto o leitor à Freire (2023b).

<sup>6</sup> Estes casos são mencionados no estudo de Freire (2023b; pp. 21-22) sobre a efetividade dos remédios regulatórios para a solução de concessões de rodovias federais em crise. Como o autor não apresenta a metodologia que utilizou para a identificação dos casos, realizei pedido de LAI (Protocolo n. 50001.024378/2024-42) à ANTT questionando se existiriam outros casos em que a Agência se valeu da AIR para analisar a solução de concessões em crise. Em resposta, a Agência se negou a conceder a informação, sob o argumento de que o pedido seria desproporcional e a coleta das informações prejudicaria as atividades rotineiras da ANTT. De todo modo, os casos mencionados por Freire (2023b) já são suficientes para se avaliar como a AIR pode ser útil para a solução de concessões em crise e, entendo, possuem confiabilidade amostral, considerando que o autor foi Superintendente de Infraestrutura Rodoviária (SUROD) da ANTT – que é a área responsável pela elaboração das AIR objeto de análise.

<sup>7</sup> Cf. Despacho SEI 12321640 do Diretor-relator no Processo n. 50500.096903/2021-58 (caducidade da K-Infra).

Concebra	AIR n. 5903525/2021	Alta taxa de não execução dos investimentos da concessão, que varia entre 87% e 100%, a depender da obra, e de não cumprimento dos parâmetros de desempenho (grande número de autos de infração e termos de registro de ocorrência lavrados pela ANTT)
CRO	Nota Técnica n. 3350/2021	Diante das inexecuções da concessionária (descumprimento de obrigações de investimento e multas recebidas e não pagas), a ANTT instaurou processo preliminar de caducidade, oportunizando a correção das inconformidades identificadas. Como resposta, a concessionária apresentou proposta de TAC + transferência de controle acionário, que é uma das técnicas consideradas pela ANTT na AIR
K-Infra	AIR s/n (doc. SEI 12498905)	Diante das inexecuções da concessionária, foram celebrados dois TAC – um para postergação dos investimentos inadimplidos e outro para conversão do passivo de multas em novos investimentos. Ambos foram descumpridos e a ANTT instaurou, então, processo preliminar de caducidade, oportunizando a correção das inconformidades. A concessionária não realizou as correções. Na ocasião da AIR, havia um grande passivo regulatório (investimentos não realizados e cerca de 854 milhões em multas não pagas, com processos sancionadores concluídos e em curso)

**Fonte: elaboração própria**

Para a elaboração das AIR, a ANTT seguiu a estrutura do art. 6º do decreto n. 10.411/2020, que disciplina o conteúdo do relatório de AIR, e as diretrizes de seu Manual de Análise de Impacto Regulatório (3ª edição), aprovado pela Deliberação n. 393/2020. Desta forma, as AIR foram segmentadas nos seguintes itens: problema regulatório; agentes afetados pelo problema; objetivos que se pretende alcançar; alternativas possíveis para o enfrentamento do problema; os possíveis impactos das alternativas identificadas; comparação das alternativas, a partir de seus impactos; e escolha da alternativa que melhor atenda aos objetivos pretendidos.<sup>8</sup>

O *problema regulatório* é similar em todos os casos, estando relacionado, de um lado, à grande inadimplência da concessionária frente às obrigações contratuais – ou à projeção de inadimplência futura, no caso da Autopista – e ao passivo de multas, conforme já destacado na tabela 2, e, de outro, à provável incapacidade da concessionária em retomar os investimentos da concessão, considerando sua situação de insolvência, decorrente, entre outras razões, da insuficiência de recursos para fazer frente aos juros de financiamento de curto prazo contratados (Concebra e CRO) e dificuldade na captação de novos financiamentos e dependência de aporte de controladores (Autopista).

A ANTT identificou quatro *agentes afetados* por esse problema regulatório: usuários da rodovia, Poder Público, a própria concessionária e seus financiadores.

---

<sup>8</sup> Alguns passos não foram incluídos, a saber: considerações recebidas em processos de participação social em relação ao tema em análise; mapeamento da experiência internacional; identificação dos efeitos decorrentes da edição, alteração ou revogação do ato normativo; e descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida. Todas elas estão associadas mais a um ato normativo (que possui caráter geral e em que a AIR é obrigatória) e, talvez por essa razão, não tenham sido consideradas pela ANTT nas AIR em análise.

Os usuários seriam os mais afetados pela situação da concessão, na medida em que são obrigados a pagar as tarifas de pedágio mas não recebem contraprestação efetiva no que diz respeito à qualidade das rodovias e prestação do serviço.

O Poder Público, por sua vez, seria atingido em seus diversos âmbitos: ANTT (que deve fiscalizar a concessão e agir para solucionar o problema), Ministério dos Transportes (responsável pela política pública de transportes), PRF (tende a ser mais demandada em razão da degradação da rodovia) e até mesmo o DNIT, que pode ser obrigado a gerir a rodovia caso o contrato de concessão seja extinto.

A concessionária e os financiadores, por fim, também são prejudicados pela inexecução contratual por não observarem o retorno econômico esperado com a exploração da concessão, seja pelo passivo regulatório que supera a arrecadação de receitas (concessionária), seja pelo não recebimento dos juros pelos financiamentos contratados (financiadores).

Considerando, então, o problema regulatório e os agentes afetados, a ANTT definiu a continuidade do serviço público – com a retomada, no menor tempo possível, dos investimentos da concessão e do cumprimento dos parâmetros de desempenho e a quitação do passivo de multas –, como o *objetivo a ser alcançado* por sua ação regulatória.

Para a seleção das *alternativas* possíveis para enfrentar o problema regulatório e atingir o objetivo traçado, o Manual de Análise de Impacto Regulatório da ANTT estabelece três diretrizes principais: considerar uma não ação (manutenção da situação atual); mapear todas as alternativas possíveis (sendo no mínimo duas além da não ação); e, a partir do mapeamento anterior, excluir aquelas inviáveis, motivando o descarte.<sup>9</sup>

Nestes termos, as quatro AIR em análise consideraram, inicialmente, as seguintes alternativas, não integralmente coincidentes, conforme o quadro abaixo:

**Tabela 3. Técnicas consideradas inicialmente nas AIR em análise**

<b>Concessionária</b>	<b>Técnicas consideradas inicialmente na AIR</b>
Autopista Fluminense	Não fazer nada, caducidade ou relicitação
Concebra	Não fazer nada, caducidade, relicitação ou intervenção
CRO	Não fazer nada, caducidade, relicitação ou TAC + transferência do controle da concessionária
K-Infra	Não fazer nada, caducidade, relicitação ou intervenção

**Fonte: elaboração própria**

<sup>9</sup> Cf. Manual de Análise de Impacto Regulatório (p. 24). Disponível em: <https://encurtador.com.br/dSEFD>. Acesso em: 21 jun. 2024.



A intervenção foi descartada nas AIR de K-Infra e Concebra logo no início da análise (sem sequer ter seus impactos aferidos), uma vez que a área técnica entendeu que essa alternativa demandaria que a ANTT realizasse, com recursos da própria concessão, uma nova administração apta a cumprir as obrigações contratuais inadimplidas. No entanto, como um dos problemas enfrentados pela concessionária poderia ser justamente a falta de recursos, a intervenção não seria adequada para resolver o problema regulatório.

A opção de “não fazer nada” também foi descartada em todas as AIR, já que a área técnica entendeu que uma “não ação” poderia não apenas manter a má situação de prestação do serviço, como também agravá-la ainda mais. Neste caso, porém, foram considerados os impactos da omissão regulatória, para fins comparativos com as alternativas comissivas.

Vale mencionar, também, que, não obstante a caducidade tenha sido considerada nos casos de Concebra e CRO, a medida não poderia ser utilizada pela ANTT em virtude de impedimentos por força de decisões arbitrais. A relicitação do trecho administrado pela CRO igualmente não seria possível, considerando que a concessionária, na ocasião da elaboração da AIR, não havia ainda apresentado pleito de devolução amigável.

Esses fatores, portanto, pesaram em desfavor da utilização da caducidade e da relicitação nos casos mencionados, pois seria necessário aguardar decisão favorável à ANTT no processo arbitral (caducidade) e o requerimento da concessionária (relicitação). Ou seja, o fator tempo acabou sendo agregado à AIR.

Mapeadas as alternativas regulatórias, a área técnica procedeu com uma análise prospectiva dos *possíveis impactos* produzidos pela adoção de cada uma delas aos diferentes agentes afetados, separando-os em impactos positivos e impactos negativos.

Nas AIR das concessões de Autopista Fluminense, Concebra e K-Infra, a análise se limitou à caducidade e à relicitação, conforme demonstra o quadro abaixo:

**Tabela 4. Principais impactos positivos e negativos da caducidade e da relicitação, segundo as AIR**

Caducidade	Relicitação
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Liberação da infraestrutura para desenvolvimento de nova concessão com novo operador (P)</li> <li>• Incertezas quanto ao tempo de duração do processo de caducidade, já que é litigioso, durante o qual os usuários continuarão a pagar as tarifas sem acesso a um serviço de qualidade (N)</li> <li>• Custo regulatório no cálculo da indenização devida à concessionária pelos bens reversíveis não amortizados (N)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Previsibilidade e maior celeridade no prazo e nos procedimentos para realização de nova licitação, sem a necessidade de solução de continuidade entre as concessões (atual e futura) (P)</li> <li>• Assegura a prestação de serviço mínimo pela concessionária atual até que novo operador assumo o ativo (P)</li> <li>• Concessionária receberá a tarifa (receita) no patamar necessário para a prestação do serviço mínimo;</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Financiadores receberão, ao menos em parte, seu crédito com o pagamento da indenização pelo Poder Concedente (P)</li> <li>• Prejuízo reputacional ao grupo econômico da concessão e proibição da concessionária, pelo período de cinco anos, de receber novas outorgas da ANTT (art. 78-J da lei n. 10.233/01) (N)</li> <li>• Usuários deixarão de pagar tarifa com a extinção da concessão (P)</li> <li>• Usuários terão de conviver com um serviço de baixa qualidade até a concessão por novo operador (N)</li> <li>• Possível demora na realização de nova licitação e de solução de continuidade (N)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>usuários pagarão apenas o correspondente aos serviços observados na rodovia (P)</li> <li>• Liberação da infraestrutura para desenvolvimento de nova concessão com novo operador (P)</li> <li>• Custo regulatório no cálculo da indenização devida à concessionária pelos bens reversíveis não amortizados e das tarifas praticada e calculada (N)</li> <li>• Transferência do dever de pagar a indenização ao futuro operador (P)</li> <li>• Financiadores receberão, ao menos em parte, seu crédito com o pagamento da indenização devida à concessionária (P)</li> </ul>
---	---

Legenda: Impacto positivo (P) Impacto negativo (N)

**Fonte: elaboração própria**

Comparando os possíveis impactos das duas técnicas regulatórias, a área técnica, nos casos de Autopista Fluminense e Concebra, concluiu que a relicitação seria mais vantajosa que a caducidade. A análise foi realizada sob um ponto de vista estritamente conceitual, vale dizer, comparando as características mais relevantes de ambas as medidas.

Sob este aspecto, a conclusão da área técnica não poderia ser outra, pois a relicitação foi pensada justamente como uma alternativa à caducidade e, portanto, suas etapas foram desenhadas para evitar os percalços associados a uma extinção unilateral e litigiosa da concessão. Conforme dispõe a exposição de motivos da Medida Provisória n. 752/16, que deu origem a essa figura jurídica,

“trata-se de alternativa inovadora de ‘devolução coordenada e negociada’ da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo”.<sup>10</sup>

A AIR que analisa a situação da K-Infra, porém, vai em outro sentido. Apesar de reconhecer os benefícios conceituais da relicitação frente à caducidade, a área técnica questiona a capacidade da concessionária de executar os serviços essenciais no período de relicitação, até que novo operador assuma a rodovia.

Considerando o histórico da concessionária, de descumprimento de dois TAC e de não correção das inexecuções contratuais no prazo concedido pela ANTT nos autos do processo preliminar de caducidade, nada indicaria que nas novas condições de relicitação o comportamento seria diferente.

<sup>10</sup> Cf. exposição de motivos da Medida Provisória n. 735/16, convertida posteriormente na lei n. 13.360/2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-735-16.pdf](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-735-16.pdf). Acesso em: 20 jun. 2024.

Além do mais, a área técnica estimou que não seria necessário que o Poder Concedente pagasse qualquer quantia a título de indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados, visto que o passivo de multas – aplicadas a partir de processos concluídos e em curso – superaria o crédito devido à concessionária.

Por essa razão, no caso específico da K-Infra, entendeu-se que a caducidade seria a melhor medida para resolver o problema regulatório. Isso foi feito, é importante destacar, sem que houvesse manifestação do DNIT sobre sua capacidade operacional e financeira de gerir a rodovia até a seleção de nova concessionária.

Na AIR da CRO foi considerada, além da caducidade e da relicitação, a celebração de um TAC conjugado com a transferência de controle acionário da concessionária.

Nesta terceira alternativa, a ideia seria que as partes pactuassem, via TAC, a renúncia dos pleitos arbitrais e a postergação dos investimentos da concessão, com a manutenção do patamar tarifário vigente, e, para fazer frente a essas obrigações, fosse realizada transferência do controle da concessionária a um terceiro com capacidade econômico-financeira para injetar recursos na concessão, viabilizando a retomada de seu andamento saudável. O passivo de multas, ainda, seria diluído na tarifa de pedágio após a celebração do TAC, em prol da modicidade tarifária.

O quadro abaixo apresenta os principais impactos das medidas:

**Tabela 5. Principais impactos positivos e negativos das alternativas, segundo a AIR da CRO**

Caducidade	Relicitação	TAC + transferência de controle
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Não fruição dos investimentos até que o DNIT/novo operador assumira a gestão da rodovia (N)</li> <li>• Obstáculos fiscais na assunção da rodovia pelo DNIT (N)</li> <li>• Pagamento da tarifa pelos usuários acima do patamar tido como devido pela ANTT (N)</li> <li>• Incremento da litigância entre as partes (N)</li> <li>• Possibilidade de os financiadores recuperarem o crédito, ao menos parcialmente (P)</li> <li>• Necessidade de que o Poder Concedente pague à concessionária indenização por bens reversíveis não amortizados em cenário de crise fiscal (N)</li> <li>• Desconto do passivo de multas na indenização a ser paga (P)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Até que seja concluída a relicitação e selecionado novo operador, os usuários não terão acesso aos investimentos (N)</li> <li>• Fruição dos serviços essenciais até a seleção de nova concessionária (P)</li> <li>• Pagamento da tarifa pelos usuários acima do patamar tido como devido pela ANTT (N)</li> <li>• Redução de litigância entre as partes (P)</li> <li>• Possibilidade de os financiadores recuperarem o crédito (P)</li> <li>• Transferência do dever de pagar a indenização ao futuro operador (P)</li> <li>• Desconto do passivo de multas na indenização a ser paga (P)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fruição mais célere dos investimentos pactuados (P)</li> <li>• Pagamento de tarifa pelos usuários acima do patamar tido como devido pela ANTT, com compensação por desconto pelo passivo de multas a posteriori (P)</li> <li>• Redução de litigância entre as partes (P)</li> <li>• Desnecessidade de modelagem de nova licitação, ante recursos limitados (P)</li> <li>• Maior possibilidade de os financiadores recuperarem o crédito (P)</li> <li>• Desnecessidade de que o Poder Concedente pague à concessionária indenização por bens reversíveis não amortizados em cenário de crise fiscal (P)</li> <li>• Ingresso de novo controlador da concessionária, afastando-se o atual (P)</li> <li>• Desconto do passivo de multas na tarifa posteriormente à celebração do TAC (P)</li> </ul>

Legenda: Impacto positivo (P) Impacto negativo (N)

**Fonte: elaboração própria**

Portanto, a área técnica entendeu que a única alternativa com o potencial de resolver integralmente o problema regulatória seria justamente a celebração do TAC com a transferência do controle, ao passo que a caducidade poderia apresentar efeitos contrários ao pretendidos (agravar o problema) e a relicitação resolveria o problema apenas parcialmente. A extinção contratual, ainda, estaria condicionada a fatores externos – reversão da decisão arbitral que impedia a caducidade e requerimento de relicitação por parte da concessionária

### **3. O que o caso ANTT tem a nos ensinar? Propostas de ação para utilização da AIR**

A partir da experiência da ANTT no uso de AIR para a solução de concessões em crise, este item pretende apresentar algumas propostas de ação para que os reguladores, em âmbito federal ou subnacional, utilizem a ferramenta a seu favor quando se depararem com situação semelhante. Minha pretensão, evidentemente, não é esgotar o tema, mas apresentar contribuições para o debate acadêmico e a prática dos reguladores nacionais.

Entendo que o caso ANTT tem mérito em diversas perspectivas. No entanto, alguns passos devem ser repensados para a boa utilização da AIR. Abaixo, apresento propostas para tanto:

*1ª proposta. Não é preciso incluir na AIR todas as técnicas regulatórias disponíveis na legislação, mas apenas aquelas viáveis. Porém, é necessário motivar o descarte*

Evidentemente, não é necessário que o regulador inclua na AIR todas as técnicas regulatórias à sua disposição. Fazer isso poderia comprometer a qualidade da análise, diante do grande leque disponível no ordenamento jurídico (ver Anexo).

Contudo, entendo ser importante que haja uma motivação, expressa e clara, sobre a razão de determinadas técnicas serem excluídas da análise. Isso é relevante, em especial, para assegurar a racionalidade e a legitimidade da decisão regulatória, os dois grandes objetivos da AIR.

A motivação pode variar a depender da técnica regulatória. No caso da relicitação e da transferência de controle acionário, é suficiente mencionar que não houve pleito por parte da concessionária. De fato, se ela não procurou o regulador para relicitar a concessão, não há razão para essa medida ser consideradas na AIR, já que o pedido de devolução amigável é de iniciativa exclusiva da concessionária. O mesmo se aplica na transferência de controle acionário, já que não é papel do regulador ir ao mercado procurar *players* interessados em assumir a concessão.

Em outras situações, porém, a motivação deve ser um pouco mais robusta, ainda que não necessariamente exaustiva. O regulador precisa explicar porque não está considerando na AIR técnicas como repactuação, rescisão amigável, TAC e *step-in rights*, que podem ser de sua iniciativa, ainda que não dependam integralmente dele.

As três primeiras podem ser propostas pelo regulador à concessionária caso entenda que seriam efetivas para o interesse público, e a quarta, apesar de trilateral, pode ser realizada independentemente de concordância da concessionária, pois constitui prerrogativa dos financiadores e garantidores da concessão. Assim, basta que o regulador os comunique sobre a situação da concessão e eles poderiam assumir a curadoria da concessionária, cumpridos os requisitos do art. 27-A da lei n. 8.987/95 e demais previstos em contrato.

É importante mencionar, ainda, que, caso a técnica esteja inviável por força de decisão judicial ou arbitral, entendo que não deve ser incluída na AIR. Não faz sentido considerar na análise medida que, caso seja a melhor para o interesse público em comparação com as demais, não poderá ser utilizada de fato. A recomendação é que, nestes casos, a técnica seja descartada e, caso posteriormente viabilizada pela superação da decisão externa, seja realizada nova AIR.

*2ª proposta. A análise conceitual não é suficiente na AIR. Não devem existir técnicas regulatórias ex-ante preferenciais*

A AIR não se presta a realizar comparações conceituais entre as medidas. Fosse isso, ela poderia ser substituída por uma nota técnica mais genérica que expusesse os prós e contras de cada alternativa e, a partir disso, subsidiasse o regulador na escolha da mais adequada.

Em verdade, a AIR deve ser utilizada para análise dos possíveis impactos das diferentes alternativas disponíveis sobre os agentes afetados, considerando as circunstâncias do caso concreto. Em outros termos, é aferir o comportamento do direito na prática, e não na teoria.

Desta forma, entendo que uma AIR tal como feita nos casos de Autopista e Concebra deve ser evitada: ali, a área técnica se limitou a cotejar a caducidade com a relicitação, apresentando as principais características de cada uma. Nessa análise mais conceitual, é evidente que a relicitação seria melhor, já que ela foi criada justamente como uma alternativa à caducidade.

Por outro lado, a AIR na concessão da K-Infra é um exemplo interessante de avaliação efetiva dos possíveis impactos das alternativas. Apesar de, conceitualmente, a relicitação ser medida mais vantajosa, a área técnica reconhece que, diante do histórico da concessionária, havia um indicativo de que ela não prestaria os serviços essenciais na forma em que ajustado entre as partes, no período de relicitação.

Outro fator considerando foi a desnecessidade de que o Poder Concedente pagasse qualquer indenização pelos bens reversíveis não amortizados, pois o passivo de multas superaria o crédito devido à concessionária. Esses dois fatores fizeram com que a área técnica entendesse que a caducidade seria a melhor alternativa para o caso.

Isso leva à conclusão de que é inadequado afirmar que existem técnicas regulatórias ex-ante preferenciais, ainda que, conceitualmente, uma pareça mais vantajosa que as demais.

### *3ª proposta. A experiência da técnica em outras concessões deve ser considerada na AIR*

Uma forma de se estimar a efetividade da técnica regulatória é a partir da análise de sua implementação em outras concessões. Esse *benchmarking* pode trazer ganhos interessantes à AIR e evitar a utilização de medidas que, ainda que desenhadas com boas intenções, acabaram não atingindo seus objetivos ou que enfrentaram questionamentos por órgãos de controle.

Novamente, o exemplo da relicitação vem a calhar. Sabe-se que a medida foi criada para ser célere e amigável, evitando litígios entre regulador e regulado. Portanto, uma alternativa à caducidade, que seria litigiosa e morosa. A realidade, porém, mostrou que esses benefícios associados à relicitação não se efetivaram.

Desde a criação do instituto, em 2016, apenas duas relicitações foram concluídas (Aeroporto de São Gonçalo e um trecho da BR-040). Conforme a literatura, essa mora associada à relicitação decorre da extensa governança para a aprovação da medida (AVELAR, 2023) – agência reguladora, Ministério, Conselho do PPI, decreto do Presidente e TCU – e pelo impasse entre reguladores e TCU na quantificação da indenização (ROLT; FERRAZ, 2022).

As AIR de Autopista e Concebra, porém, desconsideraram essa circunstância. À época da realização das análises (2021), aliás, o cenário era ainda pior, dado que nenhuma relicitação havia sido concluída até então. Tivesse esse fator sido considerado, talvez a área técnica adotasse conclusão diferente.

### *4ª proposta. Os efeitos de cada técnica regulatória devem ser estimados a partir de dados*

A análise dos possíveis efeitos produzidos por cada técnica regulatória não pode ser feita senão a partir de dados reais da concessão, que considerem os passivos regulatórios, o histórico da concessionária (colaboração com a regulação) e a capacidade de adaptação que usuários e Poder Público terão a partir da implementação da medida. Não basta, como já se disse, que a AIR se limite a dialogar com as características conceituais das diferentes medidas, sendo necessário avaliar seu impacto na realidade.

Por isso, não obstante os méritos já destacados na AIR da K-Infra, entendo que a área técnica andou mal ao concluir que a caducidade seria a melhor técnica para o problema regulatório sem conhecer a situação operacional e financeira do DNIT, que passaria, então, a gerir o serviço. Menciona-se na AIR que o Departamento foi notificado para manifestação, mas, até aquele momento, ainda não havia respondido.

Esse dado, me parece, é imprescindível para a decisão pela caducidade. Afinal, se o DNIT não tiver condições para lidar com a rodovia, talvez o melhor fosse optar pela relicitação, ainda que correndo o risco de o serviço mínimo não ser prestado pela concessionária, em razão dos demais potenciais benefícios da medida.

O mesmo racional se aplica à indenização a ser paga pelo Poder Concedente à concessionária, que a área técnica menciona que seria integralmente compensada pelo passivo de multas. Porém, o montante que foi considerado para esse cálculo diz respeito não apenas aos processos transitados em julgado, mas também os em curso. Uma vez que a concessionária não pode ser considerada culpada até o trânsito em julgado, seria mais adequado que a AIR considerasse apenas as multas já exigíveis nessa análise – ou seja, os dados reais.

## **Conclusão**

Este artigo buscou demonstrar como a AIR pode ser uma ferramenta útil para que o regulador, diante de uma concessão em crise, escolha a técnica regulatória que melhor atenda ao interesse público – sendo a decisão ao mesmo tempo racional e legítima.

Para isso, o caso ANTT é um exemplo bastante ilustrativo e pode ser um espelho para os reguladores de todas as esferas de governo. No entanto, é preciso ressaltar que a Agência não está imune a críticas, dado que alguns elementos nas AIR analisadas podem ser aprimorados. As propostas de ação, neste sentido, visam endereçar esses gargalos, ao apresentar diretrizes gerais para a boa utilização de AIR.

Trata-se de tema emergente e que merece maior atenção – nem mesmo a ANTT possui, ainda, uma diretriz formal sobre a utilização da AIR para a solução de concessões em crise.<sup>11</sup> Espero que este artigo tenha contribuído de alguma forma para essa agenda de pesquisa.

---

<sup>11</sup> Em resposta ao recurso administrativo que interpus contra a decisão da ANTT que negou acesso à informação, conforme explicado na nota de rodapé 6, a Agência mencionou que “não há diretriz formal da ANTT que estabeleça a obrigatoriedade ou recomendação de elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR para fins de tratamento de concessões em crise. Assim, o procedimento regulatório adotado para o caso em questão, a AIR, deu-se apenas como um método para avaliar a melhor solução para o estudo dessa situação específica”.

## Bibliografia

- AVELAR, Mariana. Os entraves das relitações e as inovações em tempos de crise. **Tecnológica**, 2023. Disponível em: <https://www.tecnologica.com.br/br/artigos/geral/17322/os-entraves-das-relicitacoes-e-as-inovacoes-em-tempos-de-crise/>. Acesso: 21 jun. 2024
- BOGOSSIAN, André Martins. **O caso dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP: o que fazer quando não há nada mais a fazer?**, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FREIRE, André Luiz. **Direito dos Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 2023a.
- FREIRE, André Luís Macagnan Freire. **Efetividade dos remédios regulatórios para concessões em crise: estudo de caso do setor de infraestrutura rodoviária federal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) – Universidade de Brasília. Brasília, p. 61, 2023b. Disponível em: [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/37644/1/2023\\_AndreLuisMacagnanFreire\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/37644/1/2023_AndreLuisMacagnanFreire_tcc.pdf). Acesso: 8 jun. 2024
- MARCATO, Fernando; COHEN, Isadora. Venda assistida como caminho alternativo à relitação de concessões federais em dificuldade. **Agência Infra**, 2023. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/venda-assistida-como-caminho-alternativo-a-relicitacao-de-concessoes-federais-em-dificuldade/>. Acesso: 12 jun. 2024
- NASSER, Maria Virginia N. do A. Mesquita. Anotações sobre a renegociação do passivo regulatório da concessionária de serviço no âmbito de sua recuperação judicial. In: ENEI, José Virgílio Lopes Enei; DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o setor de rodovias no Direito brasileiro**. São Paulo, 1ª Edição, Editora Contracorrente, p. 605 a 628, 2022.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Identidade das sanções administrativas nas concessões de serviço público. In: ISSA, Rafael Hamze; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; TAFUR, Diego Jacome Valois. **Experiências Práticas em Concessões e PPP: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. São Paulo, 1ª Edição, Editora Quartier Latin do Brasil, p. 425 a 457, 2021.



RIBEIRO, Mauricio Portugal. Comentários ao estudo sobre contratação incompleta de projetos de infraestrutura publicado por Nobrega, Vêras e Turolla. **Agência Infra**, 2023. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/infradebate-comentarios-ao-estudo-sobre-contratacao-incompleta-de-projetos-de-infraestrutura-publicado-por-nobrega-veras-e-turolla/>. Acesso: 8 jun. 2024

ROLT, Amanda; FERRAZ, Daniela. A morosidade nas relicitações. **Agência Infra**, 2022. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/infradebate-a-morosidade-nas-relicitacoes/>. Acesso: 10 jun. 2024

## Anexo Único

Tabela 1. Principais técnicas regulatórias para solucionar concessões em crises presentes no ordenamento jurídico

Grupo	Técnica	Respaldo legal/Discricionariade	Efeitos para a concessão	Benefícios	Possíveis gargalos
<i>Unilateral</i>	Caducidade	Art. 38 da lei n. 8.987/95  “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, <b>a critério do poder concedente</b> , a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais [...]”.  “A caducidade da concessão <b>poderá</b> ser declarada pelo poder concedente quando [...]”	Extinção	Poder Concedente terá oportunidade de delegar o serviço a nova concessionária, com o potencial de gerar o ativo de infraestrutura de forma mais adequada.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por ser medida unilateral, está sujeita a litigiosidade entre regulador e regulado, o que pode atrasar a resolução do problema;</li> <li>• Exige dispêndio de recursos públicos (operação do serviço pelo Poder Concedente até a assunção por novo operador privado e pagamento de indenização pelos investimentos em bens reversíveis à concessionária), que nem sempre estarão disponíveis considerando as amarras orçamentárias e prioridades do Poder Público.</li> </ul>
	Intervenção	Arts. 32 a 34 da lei n. 8.987/95  “O poder concedente <b>poderá</b> intervir na concessão [...]”	Extinção ou Manutenção <sup>12</sup>	Pode ser utilizada para a correção de rumos na concessão, fazendo-a retornar à situação de regularidade e cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais.	Sendo a crise causada justamente pela falta de recursos da própria concessão, a realização de nova administração pelo Poder Concedente exigirá aportes públicos na concessão, que nem sempre estarão disponíveis considerando as amarras orçamentárias e prioridades do Poder Público.
<i>Bilateral</i>	Relicitação	Arts. 13 a 20 da lei n. 13.448/17  “o órgão ou a entidade competente <b>poderá</b> realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação [...]”	Extinção	A medida tende a ser mais célere que a extinção litigiosa (caducidade), por ser uma extinção amigável; fornece solução de continuidade para o serviço, já que a concessionária continuará a prestá-lo no que for essencial até que novo operador assumo o ativo e, por fim, retira o encargo	Apesar de seus potenciais benefícios, a relicitação se mostrou medida morosa e litigiosa, especialmente pela extensa governança instituída pela lei para a aprovação da relicitação (AVELAR, 2023) – agência reguladora, Ministério, CPPI, decreto do Presidente e TCU – e pelo impasse em relação à quantificação da

<sup>12</sup> O art. 34 da lei n. 8.987/95 estabelece que, cessada a intervenção, a concessão será ou extinta ou retornará à concessionária.

				de pagar a indenização ao Concedente, pois esta será paga pelo novo operador.	indenização, entre reguladores e TCU (ROLT; FERRAZ, 2022).
Rescisão amigável	Art. 138, II, da lei n. 14.133/21  “A extinção do contrato <b>poderá</b> ser: [...] II – consensual, por acordo entre as partes [...]”.	Extinção		Permite um afastamento, no caso de concessões de rodovias, ferrovias e aeroportos, do regime da relicitação e seus gargalos, e uma composição entre as partes sobre as condições da rescisão.	A medida tende a se sujeitar a questionamentos por parte dos órgãos de controle por não estar inserida expressamente no regime das concessões (mas, sim, na lei geral de licitações) e em relação às condições da rescisão, que não estão claras na lei geral de licitações.
TAC	Art. 26 da LINDB, art. 5º, §6º da Lei da ACP e resoluções específicas de agências reguladoras  “[...] a autoridade administrativa <b>poderá</b> [...] celebrar compromisso [...]”.  “Os órgãos públicos legitimados <b>poderão</b> tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta”	Manutenção		Os TAC podem ter diversos objetos, mas sua utilização em concessões em crise pode ser útil para a postergação de investimentos, dando fôlego para que a concessionária obtenha caixa em prazo mais alargado; e conversão de multas pendentes de recolhimento em investimentos, a serem realizados em cronograma ajustado entre as partes	O TAC exige que a concessionária obtenha recursos para fazer frente aos investimentos (postergados ou incluídos na concessão a partir da conversão das multas), o que pode ser complexo considerando a reputação do investidor (obtenção de financiamento) ou a situação da concessão (arrecadação de receitas)
Repactuação	Não há respaldo legal claro, mas a literatura entende que a repactuação seria possível a partir do art. 26 da LINDB (FREIRE, 2023a; p. 619-622), do poder de alteração unilateral do contrato por interesse público e da possibilidade de repactuação das cláusulas financeiras, ambas previstas nas leis de licitações (COUTINHO, 2020, pp. 71-72; BOGOSSIAN, 2018; p. 8)  “O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as <b>prerrogativas</b> de: I – modificá-los,	Manutenção		A depender de como for ajustada entre as partes, tem o potencial de ser medida mais benéfica do que a extinção contratual. Os termos da repactuação podem ser bastante amplos, englobando desde a reprogramação de investimentos da concessão até a reestruturação das cláusulas econômicas do contrato, como a matriz de riscos (RIBEIRO, 2023).  Como condição para a repactuação, é possível se exigir o equacionamento do passivo regulatório e a manutenção da tarifa vigente, que tende a ser menor se em	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Não havendo respaldo legal claro, a repactuação tende a se sujeitar a fortes questionamentos dos órgãos de controle, que procurarão entender como essa medida é mais vantajosa em comparação com as demais;</li> <li>• É preciso que se observe o risco moral associado à repactuação, dado que esta técnica acaba premiando a concessionária transgressora – com a reestruturação do contrato e sua manutenção na prestação do serviço. Deve-se cuidar para que a repactuação não faça com que as demais concessionárias se tornem relapsas na prestação do serviço ou nos lances dos futuros leilões na esperança de que seus contratos também sejam repactuados;</li> </ul>

		<p>unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público [...]”.</p> <p>“As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não <b>poderão</b> ser alteradas sem prévia concordância do contratado”.</p>		<p>comparação àquela obtida a partir de novo leilão – que será necessário nos casos de caducidade, relicitação e rescisão amigável.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A aprovação da repactuação pode ser demorada, muitas vezes sendo necessário o aval da agência reguladora, Poder Concedente e tribunais de contas.</li> </ul>
<i>Trilateral</i>	Transferência controle/outorga	<p>Arts. 27 e 27-A da lei n. 8.987/95</p>	Manutenção	<p>A transferência para novo investidor ou financiador/garantidor da concessão com condições econômico-financeiras é interessante para a retomada dos investimentos e demais obrigações contratuais. A medida tende a ser mais célere do que a extinção contratual e a repactuação, pois envolve apenas o aval do Poder Concedente ou agência reguladora</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• É necessário que existam interessados no mercado (ou que os financiadores e garantidores estejam interessados) na aquisição da concessão e sua reestruturação financeira;</li> <li>• Especificamente no caso do <i>step-in rights</i>, como os garantidores e financiadores não possuem expertise em concessões, possivelmente será necessária uma nova transferência do ativo, o que pode gerar atrasos na retomada dos investimentos.</li> </ul>
	<i>Step-in rights</i>	<p>Nestes casos, ainda que não haja discricionariedade explícita na legislação, o plano de transferência/administração temporária terá de ser aprovado pelo Poder Concedente, que continuará tendo competência para a aplicação das demais medidas e deverá ponderar a mais vantajosa para o interesse público.<sup>13</sup></p>			

Fonte: elaboração própria

<sup>13</sup> No caso da ANTT, por exemplo, a decisão sobre a transferência da titularidade da outorga deve considerar “o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias” (arts. 20, II, “b” c/c 30, §1º, da lei n. 10.233/01).