



Número 452

Sessões: 18, 24 e 25 de janeiro de 2023

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. No caso de relicitação de contrato celebrado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), é recomendável que a agência reguladora publique o edital de licitação da concessão já contemplando o valor da indenização, devidamente aprovado, a que faz jus a concessionária anterior (art. 15, § 3º, da Lei 13.448/2017), referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, para que os licitantes possam ponderar os riscos envolvidos e apresentar as suas propostas em bases equânimes, trazendo mais segurança e previsibilidade ao certame.

PLENÁRIO

1. No caso de relicitação de contrato celebrado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), é recomendável que a agência reguladora publique o edital de licitação da concessão já contemplando o valor da indenização, devidamente aprovado, a que faz jus a concessionária anterior (art. 15, § 3º, da Lei 13.448/2017), referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, para que os licitantes possam ponderar os riscos envolvidos e apresentar as suas propostas em bases equânimes, trazendo mais segurança e previsibilidade ao certame.

Ao apreciar processo de acompanhamento dos atos e procedimentos que culminarão na relicitação da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN, qualificado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), o relator assinalou em seu voto, preliminarmente, que os técnicos da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) encaminharam à unidade instrutiva a Nota Técnica 23/2021/GEIC/SRA/ANAC, contemplando as principais metodologias de cálculo do valor dos bens não amortizados, as justificativas para a escolha regulatória e o valor preliminar da indenização, restando pendentes a contestação da concessionária, a manifestação da Diretoria da Anac sobre a matéria e a contratação de auditoria independente para certificar o cálculo da indenização, obrigações essas decorrentes expressamente da Lei 13.448/2017 e do Decreto 9.957/2019. Especificamente quanto ao envio dos estudos de viabilidade sem a aprovação, pela Anac, do valor da indenização a ser paga ao atual concessionário pelos investimentos realizados e não amortizados, o relator observou que o art. 17 da Lei 13.448/2017 menciona claramente os documentos indispensáveis à análise concomitante a ser realizada pelo TCU, conforme o art. 19 da mesma norma. Entre esses documentos, destacou a previsão do art. 17, inciso VII, que exige “o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados”. No caso concreto, o relator descreveu que o Ministério da Infraestrutura (Minfra) “protocolou o EVTEA em julho de 2021, contemplando um valor da indenização não aprovado pela sua Diretoria com a única finalidade de cumprir uma formalidade da INTCU 81/2018, pois defende a possibilidade de se publicar o edital de licitação sem a conclusão do procedimento de quantificação do valor a ser indenizado ao antigo parceiro privado”. Tal atitude, acrescentou o relator, decorreu da interpretação do art. 15, § 3º, da Lei 13.448/2017 c/c o art. 11, § 2º, do Decreto 9.957/2019, os quais condicionam o início do novo contrato, e não a celebração da avença, ao pagamento dos bens não amortizados, salientando que, com o intuito de excluir outras possibilidades de interpretação desses dois



dispositivos, a MP 1.089/2021, convertida na Lei 14.368/2022, incluiu o § 4º no art. 15 da Lei 13.448/2017, com a seguinte redação: “§ 4º O procedimento de cálculo a que se refere o § 3º deste artigo e sua conferência não obstatam o processo licitatório de que trata o art. 13 desta Lei, nos termos de regulamento.”. O relator pontuou que o Minfra defendia, antes mesmo da publicação da Lei 14.368/2022, que o cálculo da indenização poderia desenvolver-se de forma paralela à licitação. Para tanto, no caso em apreço, a Anac havia inserido, na minuta de contrato de concessão, uma cláusula suspensiva, indicando que “o contrato poderá ser assinado com o vencedor da licitação”, todavia “somente passará a vigor” a partir da “Data de Eficácia”, data em que “forem implementadas as condições suspensivas”, sendo a principal delas a “cláusula ii do item 2.8.2” da minuta de contrato, relacionada com o recolhimento da contribuição inicial, que “atualmente refere-se a 90% do lance ofertado no leilão, à concessionária anterior”. Na hipótese de o lance vencedor da licitação ser “superior à indenização devida ao antigo parceiro, o futuro concessionário recolherá a diferença a maior para o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC). Caso contrário, caberá à Administração Pública quitar a parcela faltante”. Nesta última situação, enfatizou o relator, “o pagamento da contribuição inicial pela futura concessionária somente ocorrerá após a transferência dos recursos públicos federais faltantes à concessionária anterior”, e que, a seu ver, esse “poderá ser o caso da relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante/RN, visto que o valor mínimo do lance do leilão é inferior ao valor calculado, até o momento, da indenização ao antigo parceiro”. Para o relator, no entanto, a possibilidade de se conduzir o processo de cálculo da indenização em separado do certame licitatório traz riscos ao interesse público. Segundo ele, os procedimentos de relicitação, da forma como ela está hoje delineada e ante a possibilidade prevista no art. 15, § 4º, da Lei 13.448/2017, dificilmente trarão celeridade ao processo de substituição do parceiro privado sem comprometer a continuidade do serviço público, a exemplo do próprio caso concreto, em que a Diretoria Colegiada da Anac somente deliberou sobre o valor final da indenização em setembro de 2022, passados, pois, mais de dois anos da entrada em vigor do Decreto 10.472/2000, por meio do qual fora acolhido o pleito de relicitação formulado pela concessionária. Na sequência, invocando o princípio constitucional da isonomia, o relator reputou ser indispensável que o valor da indenização (devidamente aprovado pela Diretoria da Anac) a ser paga ao antigo parceiro conste do edital de licitação, para que cada um dos licitantes participantes possa ponderar os riscos percebidos e apresentar as suas propostas comerciais em bases equânimes, trazendo mais segurança e previsibilidade ao certame. Ou seja, deixar para concluir o cálculo da indenização em momento posterior ao envio das propostas comerciais, “além de tornar o processo menos transparente, poderá atrasar o início do novo contrato em detrimento dos usuários, dos licitantes e da atual concessionária”. Conforme o relator, a ausência do valor da indenização no certame licitatório “poderá restringir o interesse no leilão e a competitividade entre os seus participantes”, tendo em vista que os passos necessários para a conclusão do valor da indenização “podem demandar mais tempo que o previsto pela administração pública”. Destarte, “o valor da indenização aprovada pela Diretoria da Anac deveria ser publicado junto com o edital que conduzirá o certame licitatório, proporcionando a participação isonômica de todos os licitantes conforme constitucionalmente previsto no seu inciso XXI do art. 37”. Após enfatizar que “a possibilidade conferida pelo § 4º do art. 15 da Lei 13.448/2017 não se trata de uma obrigação”, o relator propôs que fosse então expedida recomendação à Anac para que, nas próximas relicitações, passe a publicar o edital de licitação da concessão contemplando o valor aprovado, pela Diretoria da Anac, da indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados devida à concessionária anterior, na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 13.448/2017. Complementarmente, deixou assente que, além do princípio constitucional da isonomia, a condução em paralelo do cálculo da indenização poderia “atrasar o início da concessão pelo licitante vencedor”, uma vez que “é necessário respeitar o encadeamento de atos de gestão para ser possível proceder a quitação da indenização ao antigo parceiro, permitindo o início do novo contrato”. Tal sequência, segundo ele, envolveria “a apuração da indenização pela unidade técnica da Anac, a aprovação desse valor pela Diretoria Colegiada da Anac, a certificação do valor por auditoria independente e envio do cálculo da indenização para este Tribunal”. E acrescentou: “Somente após conhecer o valor a ser indenizado ao antigo parceiro é que será possível definir se o lance vencedor do leilão será suficiente para cobrir a indenização devida ou se será necessário complementá-la com recursos federais”, isso porque, “a depender do ágio ofertado no leilão, o próprio poder concedente terá que complementar o montante a ser indenizado, tornando necessário que o valor sob a responsabilidade da União percorra o ciclo orçamentário federal, sujeitando-se aos mais variados fatores técnicos e políticos, até ser transferido ao parceiro privado”. E arrematou em seu voto: “Sob o enfoque da atuação deste Tribunal, o envio do cálculo da indenização não aprovada pela Diretoria da Anac juntamente com



os estudos de viabilidade (EVTEA) que embasam o novo leilão de relicitação não contribui para uma manifestação tempestiva do controle externo, fazendo com que o Tribunal decida em duas oportunidades sobre um mesmo procedimento. Sem a conclusão das etapas necessárias que tornará o valor definitivo, esta Corte de Contas não pode se manifestar quanto ao mérito da indenização a ser paga ao parceiro anterior, tornando indispensável um novo envio do cálculo da indenização para ser analisado pela unidade técnica responsável e deliberado por este Colegiado, em prazo suficiente, caso necessário, para a adoção de medidas que visam defender o interesse público e o erário.”. Por conseguinte, o EVTEA que orientará a licitação do novo contrato de concessão “necessitará de ajustes pontuais prévios à publicação do edital, restando pendente apenas a submissão da certificação do cálculo da indenização emitida por auditoria independente contratada para acompanhar o processo de relicitação ao Tribunal para realização do processo de asseguarção”. Ao final, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu, entre outras providências, recomendar à Anac que, “nas próximas relicitações, com fulcro no art. 3º da Lei 8.666/1993, abstenha-se de publicar edital de licitação sem tornar público aos interessados o valor aprovado pela Diretoria da Anac da indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados devida à concessionária anterior na forma do artigo 15, parágrafo 3º, da Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017”.

Acórdão 8/2023 Plenário, Acompanhamento, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafafeconosco@tcu.gov.br

