

Sumário Executivo de Medida Provisória

Medida Provisória nº 752, de 2016.

Publicação: DOU de 25 de novembro de 2016.

Ementa: Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências.

Resumo das Disposições

A Medida Provisória (MPV) em análise estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e se aplica tão somente a empreendimentos públicos especificamente qualificados para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), criado pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que foi advinda da Medida Provisória nº 727, de 12 de maio de 2016.

O art. 3º da MPV sob análise define que o ministério setorial ou as agências reguladoras, na condição de órgão ou entidades competentes, adotarão nos contratos prorrogados ou relicitados as melhores práticas regulatórias, incorporando novas tecnologias e serviços e, conforme o caso, novos investimentos.

O art. 4º define, para os fins da MPV, o que são prorrogação contratual, prorrogação antecipada e relicitação, da seguinte forma:

- prorrogação contratual – alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste;
- prorrogação antecipada – alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando admitida a prorrogação contratual no respectivo edital

ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; e

- relicitação – procedimento que compreende a extinção amigável dos contratos 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.

O art. 5º versa sobre prorrogação contratual e prorrogação antecipada apenas de contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário. Tanto uma como outra podem ocorrer por provocação do contratante (poder público) ou do contratado (particular), e sua conveniência e oportunidade será avaliada pelo órgão ou da entidade competente.

O pedido de prorrogação contratual de contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário deverá ser formalizado com antecedência mínima de vinte quatro meses do término do ajuste que se pretende alongar a vigência, exceto se houver disposição contratual tratando especificamente sobre o tema de forma diversa (§ 2º do art. 5º).

Para fins do disposto na Medida Provisória, nos setores rodoviário e ferroviário, somente poderá haver uma prorrogação de contrato de parceria, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido nele próprio, mas desde que nunca tenham sido prorrogados.

O § 1º do art. 6º (aplicável a todos os setores) prevê que a prorrogação antecipada somente será possível em contratos de parceria nos quais, à época em que a parte nela manifestar interesse, houver transcorrido entre cinquenta e noventa por cento do prazo originalmente estipulado, e se dará com a inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente. Foi isso o que depreendemos da redação do dispositivo, que, contudo, é confusa. Nele se faz referência a “prazo de vigência” quando, à toda evidência, se quer falar em prazo contratual transcorrido.

Há outras exigências a serem cumpridas pelo parceiro contratado em concessões rodoviárias e ferroviárias para que seja viável uma prorrogação antecipada. Elas estão no § 2º do art. 6º. Antes de as apresentarmos, lembramos que o *caput* do artigo não restringiu seus comandos apenas a esses dois setores. Nesse sentir, o *caput* e o § 1º do art. 6º aplicam-se a concessões aeroportuárias, rodoviárias e ferroviárias, enquanto o § 2º somente às duas últimas.

Para que possa haver prorrogação antecipada em concessão rodoviária, a MPV exige a execução de, no mínimo, oitenta por cento das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada, desconsideradas as hipóteses de inadimplemento contratual para as quais o contratado não tenha dado causa, conforme relatório elaborado pelo órgão ou pela entidade competente.

No caso de concessões ferroviárias, impõe-se ao contratado que tenha feito a prestação de serviço de transporte ferroviário adequadamente, entendendo-se como tal:

a) o cumprimento das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por três anos dentro do intervalo de cinco anos, contados da data da proposta de antecipação da prorrogação; ou

b) o cumprimento das metas de segurança definidas no contrato nos últimos cinco anos, contados da data da proposta de antecipação da prorrogação.

O art. 7º da MPV determina que o termo aditivo referente às prorrogações de que trata o art. 5º (ou seja, seguindo a técnica de redação legislativa, é uma regra aplicável apenas aos setores rodoviário e ferroviário) deverá conter o respectivo cronograma dos investimentos obrigatórios previstos e incorporar mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga.

O *caput* do art. 8º confere ao órgão ou à entidade ditos competentes o poder-dever de apresentar estudo técnico que fundamente a vantagem das prorrogações do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento.

O § 1º do art. 8º dá possibilidade de o órgão ou entidade regulamentar como deve ser o estudo técnico de que trata o *caput*, mas define alguns de seus elementos essenciais, que não poderão estar ausentes. São eles:

I – o programa dos novos investimentos, quando previstos;

II – as estimativas dos custos e das despesas operacionais;

III – as estimativas de demanda;

IV – a modelagem econômico-financeira;

V – as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos;

VI – as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; e

VII – os valores devidos ao Poder Público pelas prorrogações, quando for o caso.

O § 2º do art. 8º determina que as prorrogações dos contratos de parceria dependerão de avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços.

O art. 9º é específico para o setor ferroviário. Seu *caput* informa que, para efeito da aplicação do disposto no capítulo da MPV em que está inserido – que trata da prorrogação dos contratos de parceria – o órgão ou a entidade competente poderá buscar a resolução de questões operacionais e de entraves logísticos para o setor.

O órgão ou a entidade competente poderá propor soluções para todo o sistema ou implementar medidas diferenciadas por contrato ou trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, com vinculação ou desvinculação de trechos ferroviários, admitida a previsão, nos contratos de parceria prorrogados, de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública (§ 1º do art. 9º).

Para o dimensionamento das obrigações de investimento a que se refere o § 1º do art. 9º, o seu § 2º, combinado com o *caput* do art. 24 da própria MPV, permite que a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, venham a compensar haveres e deveres de natureza não tributária com concessionários e subconcessionários dos serviços públicos de transporte ferroviário, oriundos, inclusive, de fatos causados pela devolução de trechos ferroviários considerados antieconômicos.

Assim como o art. 9º, o art. 10 também é dedicado exclusivamente ao setor ferroviário. Por ele, as prorrogações dos contratos de parceria nesse setor também serão orientadas:

I – pela adoção, quando couber, de obrigações de disponibilização de capacidade mínima de transporte para terceiros, de forma a garantir o acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais, por meio de compartilhamento, nos termos do contrato; e

II – pelos parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimentos, a serem pactuados entre as partes.

O § 1º do art. 10 determina que os níveis de capacidade de transporte deverão ser fixados para cada ano de vigência do contrato de parceria prorrogado e caberá ao órgão ou à entidade competente acompanhar o seu atendimento pelo contratado.

O § 8º do art. 10 vaticina que, para as hipóteses previstas no artigo, não se aplica o disposto no art. 82, *caput*, inciso XVII, e § 4º, da Lei nº 10.233, de 5 junho de 2001. Os dispositivos cuja efetividade está sendo afastada definem ser atribuição do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) exercer o controle patrimonial e contábil dos bens operacionais na atividade ferroviária, sobre os quais será exercida a fiscalização pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), conforme disposto no inciso IV do art. 25 daquela Lei¹, bem como dos bens não-operacionais que lhe forem transferidos. O DNIT e a ANTT têm a obrigação legal de

¹ Pelo comando, compete à ANTT fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados



celebrar instrumento para execução desse controle. Ao tempo que o comando retira competências do DNIT e da ANTT, não a atribui a ninguém.

Pelo § 2º do art. 10, os planos de investimentos pactuados em concessões ferroviárias poderão prever intervenções obrigatórias pelo contratado, compatíveis com os níveis de capacidade ajustados.

Os planos de investimentos em concessões ferroviárias poderão ser revistos para fazer frente aos níveis de capacidade, desde que nos termos do contrato e mediante a anuência prévia do órgão ou da entidade competente (§ 3º do art. 10).

Em concessões ferroviárias, efetivadas as prorrogações dos contratos de parceria, as partes promoverão, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo, a extinção dos contratos de arrendamento dos bens vinculados ao contrato original, preservando-se as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos extintos na equação econômico-financeira dos contratos prorrogados (§ 4º do art. 10).

Com exceção dos bens imóveis que forem objeto de cessão de uso ao contratado, os bens operacionais e não operacionais pertinentes aos contratos de arrendamento extintos lhe serão transferidos e integrarão o contrato de parceria de concessões ferroviárias, devendo-se observar o comando do § 7º (§ 5º do art. 10).

Por força § 7º do mesmo artigo, ao final da vigência dos contratos de parceria prorrogados, os bens móveis e imóveis necessários à execução dos serviços contratados, nas condições pactuadas entre as partes, serão revertidos à União, considerando-se amortizados todos os investimentos neles realizados.

Caberá ao contratado gerir, substituir e dispor dos bens móveis operacionais e não operacionais já transferidos ou que venham a integrar os contratos de parceria nos termos do § 5º, observadas as condições relativas à capacidade de transporte e à qualidade dos serviços referidas no *caput* (§ 6º do art. 10). Lembramos que esta e todas as disposições do art. 10 são próprias das concessões ferroviárias.

O art. 11 exige que as prorrogações de que trata o art. 5º (portanto, somente as dos setores rodoviário e ferroviário) deverão ser submetidas previamente a consulta



pública pelo órgão ou pela entidade competente, em conjunto com os estudos referidos no art. 8º. Essa consulta pública será divulgada na imprensa oficial e na internet, devendo conter a identificação do objeto, a motivação para a prorrogação e as condições propostas, entre outras informações relevantes. O prazo mínimo para recebimento de sugestões é de quarenta e cinco dias.

Pelo art. 12, o termo aditivo de prorrogação contratual deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os estudos a que se refere o art. 8º, e, quando for o caso, com os documentos de que tratam os incisos I e II do § 2º do art. 6º.

O art. 13 permite a relicitação dos serviços e obras outorgados à administração privada que não estão tendo suas obrigações contratuais cumpridas, ao passo que o artigo seguinte faculta a que essa outorga seja terminada “por meio de acordo entre as partes”, “nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo”, desde que o atual outorgado apresente a seguinte documentação:

I – justificativas e elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas;

II – renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no art. 38, § 3º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade;

III – declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Medida Provisória; e

IV – informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato.

O art. 15 prevê outras condições nas quais a relicitação deverá ocorrer. Dentre essas, destacamos a que permite que eventuais indenizações devidas ao antigo responsável pela outorga sejam pagas diretamente pelo vencedor do certame da relicitação, a suspensão da necessidade de novos investimentos por parte dos atuais detentores da outorga, o compromisso de que eventuais querelas entre as partes envolvidas no processo sejam dirimidas por meio de mecanismo privado de resolução de conflitos (arbitragem) e a vedação de que o atual outorgado possa participar do novo certame licitatório.

O art. 16 estipula as condições e os estudos e documentos necessários ao embasamento dos processos de relicitação, ao passo que o art. 17 determina que tais estudos e documentos sejam objeto de consulta pública por, não menos, que 45 dias. O art. 18 determina que após a consulta pública toda a documentação seja remetida ao TCU.

Por fim, no que se refere às regras para relicitação, o art. 19 determina que se não houverem interessados no processo de relicitação, o atual detentor das outorgas continua responsável pela execução das obrigações contratuais, dispensado da realização de novos investimentos, conforme facultado no art. 15. Após dois anos, contudo, deve o Poder Público retomar as medidas legais necessárias com vistas à declaração de caducidade da concessão ou à aplicação das sanções contratuais cabíveis.

Os arts. 20 a 26 tratam das disposições finais. O primeiro deles altera o art. 34-A da Lei nº 10.233, de 2001, tanto para incluir as prorrogações contratuais em seus comandos, como para permitir que o objeto das concessões de que trata o artigo possa ter caráter não exclusivo.

O art. 21 dispõe que as concessões de aeroportos poderão prever cláusula que contemple o custeio, por parte dos concessionários, de eventuais adequações de pessoal em função da redução de atribuições da Infraero.

O art. 22 é uma espécie de reforço do art. 2º, isto é, reitera que as disposições da MPV analisada somente se aplicam aos empreendimentos que estejam na carteira

do PPI, e determina outros casos particulares em que as regras da MPV também não se aplicam.

O art. 23 determina que nos casos em que haja estudo ou licitação para nova outorga de parceria de investimento em andamento, mas que o contrato não possa ser assinado até o fim do prazo da outorga vigente, essa poderá ser prorrogada, justificadamente, por até dois anos, de forma a evitar a descontinuidade dos serviços.

O art. 24 permite que eventuais dívidas não-tributárias, não inscritas em dívida ativa da União, de concessionários e subconcessionários de ferrovias possam ser quitadas por meio de investimentos diretos “em malha própria, ou naqueles de interesse da administração pública”.

O art. 25, por seu turno, trata das regras de arbitragem para a resolução de conflitos relativos à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, do cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou transferência do contrato de concessão, e do inadimplemento de obrigações contratuais por ambas as partes. Entre essas regras estão a exigência de que a arbitragem seja realizada no Brasil e em língua portuguesa, o pagamento antecipado pelo investidor privado das custas arbitrais (que poderão ser-lhes eventualmente devolvidas), a possibilidade de aditamento de contratos vigentes com vistas a inserir a possibilidade de arbitragem e a necessária regulamentação do credenciamento de câmaras arbitrais pelo Poder Executivo.

Por fim, o art. 26 determina a vigência imediata da Medida Provisória.

Brasília, 29 de novembro de 2016.

Francisco Eduardo Carrilho Chaves
Consultor Legislativo

Túlio Augusto Castelo B. Leal
Consultor Legislativo