

Prorrogar ou não prorrogar?



[Camila Castro Neves](#), [Felipe Picolo](#)

1. CONHECENDO O BÁSICO

Você possivelmente já passou um tempo pensando se deveria renovar ou não o seu contrato de aluguel. Afinal, com o tempo, você se acostuma com o bairro, decora o apartamento do seu jeito, se organiza com os custos mensais, conhece os vizinhos e o porteiro, e começa a pesar os prós e contras de continuar onde está. Será que vale a pena procurar outro lugar, empacotar tudo e ainda pagar pelo caminhão de mudanças?

Esse dilema envolve, entre outras questões, fatores logísticos e econômicos: você avalia o custo-benefício entre ficar no imóvel atual ou explorar outras opções. A decisão final será sua, mas o locador também tem participação caso você opte pela renovação, podendo propor um aumento no aluguel ou até exigir benfeitorias.

Mas se nós nos desgastamos com essa decisão, imagine a complexidade de um gestor público ao decidir sobre a prorrogação de um contrato de concessão de serviço público. Concessão é a ferramenta que o Estado utiliza, por meio de prévia licitação, para permitir que um terceiro explore economicamente um serviço ou ativo público. O objeto desses contratos varia muito, desde a exploração de estruturas rodoviárias e ferroviárias até a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros (ônibus).

Isso porque, assim como no contrato de aluguel, os contratos de concessão também têm prazo de duração, estabelecido antes mesmo da licitação. Mas a Constituição permite a prorrogação desses contratos, conforme previsto no art. 175, I. A Lei Geral de Concessões, a lei 8.987/1995, e outras leis setoriais, como a lei 12.783/2013 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), a lei 12.815/2013 (Lei do Setor Portuário) e a lei 13.448/2017 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), reforçam essa possibilidade.

O legislador parece ter reconhecido que há situações em que prorrogar um contrato de concessão pode ser mais vantajoso para o Estado do que optar por uma nova licitação ou assumir a prestação direta do serviço. Podemos começar cogitando algumas razões que podem justificar essa escolha. Em tempos de crise e retração de investimentos, por exemplo, a prorrogação permitiria manter condições contratuais favoráveis que foram definidas anteriormente. Outra hipótese a se considerar é a adaptação de condições estipuladas em contratos complexos. *Essas e outras razões poderiam, então, uma vez identificadas nos casos concretos, fundamentar a decisão dos gestores públicos de prorrogar contratos vigentes?*

A resposta para essa questão não é simples. Diferentemente do que costuma ocorrer no direito privado, como no caso do contrato de aluguel, o gestor público não pode decidir livremente. Embora a prorrogação seja uma possibilidade, ela deve respeitar uma série de requisitos legais e estar fortemente amparada em critérios técnicos. Assim, é natural que a decisão de prorrogar deva ser pensada de forma cuidadosa e justificada de forma robusta.

Mas parcela desse dilema também está relacionado não apenas às condições formais estabelecidas em lei, mas também a uma cultura jurídica forte no Brasil, que considera a licitação a regra geral para concessões de serviço público. A consequência é que, como tendência geral, a prorrogação acaba sendo vista como uma medida extraordinária, mesmo havendo autorização legal expressa e, em alguns casos, previsão dessa possibilidade para cada concessão específica desde a publicação do edital de licitação.

E por que estamos falando disso? Antes da Constituição de 1988, as prorrogações de concessões eram frequentes, sobretudo em setores como o transporte coletivo, sem formalização rigorosa. Nos anos 1990, em que as concessões voltaram a ser utilizadas em maior intensidade, entretanto, a tendência foi limitar a

extensão dos contratos para promover novas licitações, de modo a privilegiar a competitividade e incentivar novas propostas. O tema também recebia pouco desenvolvimento nas leis setoriais e contratos de concessão. As leis que regem setores específicos geralmente apenas permitiam a possibilidade de prorrogação dos contratos, muitas vezes com uma simples limitação temporal (como “por uma única vez”, por exemplo). Mesmo os contratos dedicavam pouca atenção ao tema da prorrogação, e, quando admitida, muitas vezes apenas mencionavam essa possibilidade, sem especificar condições, prazos ou procedimentos para sua implementação.

Eis que a realidade fez despertar maior interesse sobre o assunto. Na última década, com o encerramento das concessões outorgadas nos anos 1990, muitas delas com cláusulas de prorrogação, surgiram diversas dúvidas jurídicas. A prorrogação pode ser um direito do contratado? Como garantir o equilíbrio econômico-financeiro original no novo período de exploração dos serviços? *E, especialmente em relação ao tema desta aula, em quais situações é possível decidir pela prorrogação de um contrato de concessão?* A execução de contratos que carecem de clareza sobre esses temas gerou disputas de interesses entre concessionárias e administrações públicas, além de chamar a atenção dos órgãos de controle para análise e revisão. Nesse contexto, começaram a surgir pareceres de órgãos de controle, especialmente do Tribunal de Contas da União (TCU), debates sobre a constitucionalidade do instrumento levados ao Supremo Tribunal Federal (STF), procedimentos arbitrais e aditivos contratuais. Também é nesse cenário que se destacam os primeiros trabalhos acadêmicos dedicados a entender os desafios das prorrogações das concessões de serviços públicos. Esta aula tem como objetivo apresentar e convidá-lo a refletir sobre essas questões. Ela será dividida em duas partes principais. A primeira parte, mais introdutória, explorará as *possibilidades de prorrogação disponíveis no arsenal do direito administrativo brasileiro*, destacando a prorrogação antecipada de contratos de concessão, que ocorre bem antes do término do prazo contratual e tem sido a mais comentada. Na segunda parte, convidamos vocês a refletir sobre os *critérios que devem orientar a decisão pública sobre prorrogar ou não um contrato de concessão*. E, como já mencionamos, essa decisão é muito mais complexa do que simplesmente renovar ou não um contrato de aluguel

2. CONECTANDO-SE COM A REALIDADE JURÍDICA E ADMINISTRATIVA

Como mencionado anteriormente, a prorrogação de contratos de concessão está prevista na Constituição, que atribuiu à lei a tarefa de dispor sobre o regime de prorrogação. Nos últimos anos, diversas leis, tanto gerais quanto setoriais, fizeram isso em diferentes contextos e graus de especificidade. Algumas delas, em âmbito federal, incluem a lei 8.987/1995 (Lei de Concessões), a lei 12.783/2013 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), a lei 12.815/2013 (Lei do Setor Portuário) e a lei 13.448/2017 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário). Exemplo estadual é a lei paulista 16.933/2019, que estabeleceu regras gerais para a prorrogação dos chamados contratos de parceria em sentido amplo.

CONSTITUIÇÃO DE 1988

Artigo 175, parágrafo único: “A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado”

LEI N.º 8.987/1995 (LEI DE CONCESSÕES)

Artigo 23: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I – ao objeto, à área e ao prazo da concessão; (...) às condições para prorrogação do contrato; (...).”

LEI N.º 12.815/2013 (LEI DO SETOR PORTUÁRIO)

Art. 57: “Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

§ 1º A prorrogação antecipada de que trata o caput dependerá da aceitação expressa de obrigação de realizar investimentos, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente em até 60 (sessenta) dias.

2º (VETADO).

§ 3º Caso, a critério do poder concedente, a antecipação das prorrogações de que trata o caput não seja efetivada, tal decisão não implica obrigatoriamente na recusa da prorrogação contratual prevista originalmente.

§ 4º (VETADO).

§ 5º O Poder Executivo deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até o último dia útil do mês de março de cada ano, relatório detalhado sobre a implementação das iniciativas tomadas com base nesta Lei, incluindo, pelo menos, as seguintes informações:

I – relação dos contratos de arrendamento e concessão em vigor até 31 de dezembro do ano anterior, por porto organizado, indicando data dos contratos, empresa detentora, objeto detalhado, área, prazo de vigência e situação de adimplemento com relação às cláusulas contratuais;

II – relação das instalações portuárias exploradas mediante autorizações em vigor até 31 de dezembro do ano anterior, segundo a localização, se dentro ou fora do porto organizado, indicando data da autorização, empresa detentora, objeto detalhado, área, prazo de vigência e situação de adimplemento com relação às cláusulas dos termos de adesão e autorização;

III – relação dos contratos licitados no ano anterior com base no disposto no art. 56 desta Lei, por porto organizado, indicando data do contrato, modalidade da licitação, empresa detentora, objeto, área, prazo de vigência e valor dos investimentos realizados e previstos nos contratos de concessão ou arrendamento;

IV – relação dos termos de autorização e os contratos de adesão adaptados no ano anterior, com base no disposto nos arts. 58 e 59 desta Lei, indicando data do contrato de autorização, empresa detentora, objeto, área, prazo de vigência e valor dos investimentos realizados e previstos nos termos de adesão e autorização;

V – relação das instalações portuárias operadas no ano anterior com base no previsto no art. 7º desta Lei, indicando empresa concessionária, empresa que utiliza efetivamente a instalação portuária, motivo e justificativa da utilização por interessado não detentor do arrendamento ou concessão e prazo de utilização”.

LEI N.º 13.448/2017 (LEI DE PRORROGAÇÃO DOS SETORES RODOVIÁRIO E FERROVIÁRIO)

Artigo 32: “Nos casos em que houver estudo ou licitação em andamento para substituição de contrato em vigor e não haja tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato, o órgão ou a entidade competente fica autorizado a estender o prazo do contrato, justificadamente, por até 24 (vinte e quatro) meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço”.

LEI PAULISTA N.º 16.933/2019

Artigo 3º: “Para os fins desta lei, considera-se: I – prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; II – prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, realizada a critério do órgão ou da entidade competente, fundamentadamente, e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste (...)”.

Essas e outras leis sugerem que a prorrogação das concessões de serviço público pode ser utilizada em quatro casos principais: (i) para assegurar a prestação dos serviços públicos em *situações de emergência*; (ii)

para preservar o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato*; e (iii) para atender interesses públicos, o que poderia ocorrer próximo ao prazo de vencimento do contrato (*prorrogação ordinária*) ou significativamente antes desse prazo (*prorrogação antecipada*). Vamos, então, explorar esse leque de possibilidades.

A prorrogação por emergência pode acontecer quando, próximo ao fim da concessão, a administração pública percebe que não conseguirá prestar o serviço diretamente e não terá tempo suficiente para realizar a licitação para uma nova outorga antes do término do contrato. Essa medida envolve planejamento, custos, energia e, portanto, tempo. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo período necessário para que a administração pública se prepare para prestar o serviço ou para realizar nova licitação.

Veja o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) de 1989, o qual demonstra que, há tempos, o STF já reconheceu a possibilidade de a administração prorrogar contratos de concessão de transporte coletivo de passageiros que já haviam chegado ao fim ou estavam prestes a terminar.

STF, ADI 118 MC/PR, Plenário

Ementa e voto do Ministro Paulo Brossard.

Ação julgada em 25/10/1989

“AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANA, PAR. 3. DO ART. 146. DISPOSITIVO QUE ASSEGURA, ÀS EMPRESAS QUE JÁ PRESTARAM COM TRADIÇÃO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS, POR ATO DELEGATORIO DE QUALQUER NATUREZA, EXPEDIDO PELO ESTADO DO PARANA, E COM PRAZO DE VIGÊNCIA VENCIDO OU POR VENCER, “O DIREITO DE DAR CONTINUIDADE AOS MESMOS SERVIÇOS QUE VINHAM PRESTANDO, MEDIANTE PRORROGAÇÕES OU RENOVAÇÕES DAS RESPECTIVAS DELEGAÇÕES (...)

Quando uma concessão de serviço público chega a seu termo, via de regra, o serviço não para ex-abrupto, porque a Administração, dispendo de tempo suficiente, publica os editais com antecedência, faz a licitação ou, então, a título precário, prorroga por seis meses, doze meses, exatamente para que não haja a solução de continuidade na prestação do serviço público”.

Agora, vamos explorar a segunda situação em que a prorrogação pode ocorrer: para reequilibrar um contrato. O objetivo é restaurar a relação original entre os encargos e a remuneração da concessionária, sem elevar as tarifas, reduzir as obrigações da concessionária ou comprometer recursos públicos. Essa medida é pensada quando as partes constatam a ocorrência de evento de desequilíbrio econômico-financeiro na concessão, causado pela materialização de riscos alocados à administração pública ou ao parceiro privado.

Quando isso acontece, a concessão é prorrogada pelo tempo necessário para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial, respeitadas as limitações temporais que possam estar previstas em normas específicas ou nos próprios contratos. Essa medida é prevista, por exemplo, no decreto 7.624/2011, que regula as condições para exploração de infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada.

DECRETO N.º 7.624/2011

Art. 6º: “O prazo de vigência será estabelecido pelo poder concedente, no edital e no contrato de concessão, e deverá ser compatível com a amortização dos investimentos, podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato, mediante ato motivado. Parágrafo único. Na concessão sob o regime de parceria público-privada, o prazo de vigência a que se refere o caput não poderá ser superior a trinta e cinco anos, incluindo eventual prorrogação, para os fins previstos no caput”.

A inexistência de previsão legal ou contratual específica para a prorrogação por razões de reequilíbrio econômico-financeiro, como citado no exemplo acima, tem dado margem a um outro debate: a ampliação da vigência do contrato, para reequilibrá-lo, por tempo superior ao limite previsto para a prorrogação da

concessão. Pensemos em um cenário concreto: um contrato de concessão com prazo de vigência de 20 anos, com possibilidade de prorrogação por mais 20 anos, poderia ultrapassar esta duração caso a prorrogação seja utilizada para promover o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão?

De um lado, quem defende que *sim*, essa é uma possibilidade, tende a ponderar que a prorrogação para reequilíbrio não se confunde com as demais modalidades. Estaríamos diante de regimes jurídicos distintos e inconfundíveis, pois a prorrogação para recompor o equilíbrio econômico-financeiro serviria somente para dirimir o evento de desequilíbrio. De outro lado, há quem entenda que a prorrogação, ainda que por reequilíbrio, esteja sujeita a esse limite temporal.

A prorrogação por reequilíbrio, por exemplo, já foi analisada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que, a propósito, tem exercido papel ativo em discussões do tipo. Em resposta a consulta do então ministro-chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, o Plenário decidiu que a recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário pode ser feita, de forma justificada, através da extensão de prazo. No entanto, o TCU levantou dois pontos que merecem reflexão. Primeiro, segundo o TCU, a prorrogação deve atender aos requisitos legais: pode ocorrer uma única vez, desde que prevista no contrato, e o período adicional não poderia ser superior ao inicialmente acordado. Segundo, para além dos requisitos legais, a decisão do TCU chama a atenção para uma tendência que apontamos mais acima: a prorrogação deveria ser cogitada com parcimônia, sempre levando em conta a suposta *primazia da licitação*. Leia o acórdão e reflita sobre estes pontos.

TCU, ACÓRDÃO N.º 774/2016-Plenário

Voto **Ministro Walton Alencar Rodrigues**

Caso julgado em 06/04/2016

“Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro-Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), Sr. Edinho Araujo, fundamentada no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, e no art. 264, do RI/TCU, versando sobre dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, no tocante aos seguintes pontos:

(...) **extensão do prazo de vigência de contratos de arrendamento portuário**, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (...)

A SEP/PR defende, em síntese, a prorrogação contratual, como meio para proporcionar o reequilíbrio econômico-financeiro, não vinculada à prorrogação prevista pelo art. 57, da Lei 12.815/2013, e pelo art. 19, do Decreto no 8.033, de 2013, por ela denominada “prorrogação ordinária”, em paralelo com a “prorrogação extraordinária” (...)

A alteração do prazo de validade contratual é medida que deve ser usada com parcimônia, uma vez que a licitação de arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação, por parte de todos os demais interessados nas áreas e instalações portuárias, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. Veja que, na ordem constitucional, a primazia é do procedimento de licitação, com igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei (art. 37, XXII, da CF).

A indiscriminada alteração do termo final dos contratos realçaria, na maior parte dos casos, a imprevisibilidade no setor portuário, dificultando o planejamento futuro dos possíveis concorrentes e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios, com consequências danosas para o sucesso das licitações, com a igualdade de todos os interessados e a melhor proposta para a Administração. Por conseguinte, o poder concedente deve usar o mecanismo de alteração de prazo com extrema cautela, devido ao seu efeito deletério no mercado de arrendamentos portuários. (...) Em conclusão, tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado”.

Em conclusão, tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado”.

Vamos agora abordar uma terceira situação, bastante discutida e talvez mais difícil de justificar: a prorrogação para atender a interesses ou necessidades públicas que não estão relacionadas ao reequilíbrio. As leis, com algumas variações, geralmente oferecem duas possibilidades de prorrogação: uma próxima ao prazo de vencimento do contrato (frequentemente chamada de *prorrogação ordinária*) e outra que ocorre muito antes do prazo de vencimento (denominada *prorrogação antecipada*). Observe a lei federal 13.448/2017 como referência e observe as diferenças entre cada uma, com foco na questão do momento da prorrogação e na imposição de requisitos específicos para a prorrogação antecipada.

LEI FEDERAL N.º 13.448/2017

“Art. 5º A prorrogação contratual e a prorrogação antecipada do contrato de parceria nos setores rodoviário e ferroviário observarão as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto nesta Lei.

§ 1º As prorrogações previstas no caput deste artigo poderão ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou da entidade competente.

§ 2º Exceto quando houver disposição contratual em contrário, o pedido de prorrogação contratual deverá ser manifestado formalmente ao órgão ou à entidade competente com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) meses, contados do término do contrato originalmente firmado.

§ 3º Para fins do disposto nesta Lei, e desde que já não tenha sido prorrogado anteriormente, o contrato de parceria poderá ser prorrogado uma única vez, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato.

Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

§ 1º A prorrogação antecipada ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% (cinquenta por cento) e 90% (noventa por cento) do prazo originalmente estipulado.

§ 2º A prorrogação antecipada estará, ainda, condicionada ao atendimento das seguintes exigências por parte do contratado:

I – quanto à concessão rodoviária, a execução de, no mínimo, 80% (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; II – quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos”.

Mas quais seriam exatamente os interesses ou necessidades públicas que poderiam justificar a prorrogação, além da emergência ou da necessidade de restabelecer o equilíbrio do contrato, expostas mais acima? Felipe Montenegro Viviani Guimarães aponta, inclusive com base na exposição de motivos dos atos que originaram a lei federal 13.448/2017, alguns dos objetivos por trás dessa decisão, com foco na prorrogação antecipada.

Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público

Por **Felipe Montenegro Viviani Guimarães**

Disponível em: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 199, set./dez. 2020.

“A finalidade da prorrogação antecipada consiste em permitir que o poder concedente obtenha, imediatamente, certos benefícios que ele só lograria ao final da concessão, com a nova licitação pública ou a prorrogação comum. Exemplo: (i) auferir receitas públicas com o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) reduzir o valor da tarifa proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) promover novos investimentos na concessão; (iv) extinguir o caráter de exclusividade da outorga; e/ou (v) solucionar grandes conflitos administrativos setoriais. De fato, a perspectiva da extensão de prazo tende a convencer a concessionária a consentir com os benefícios que se fizerem necessários ao interesse público.

Por fim, para ilustrar a finalidade da prorrogação antecipada, convém apresentarmos os objetivos específicos buscados com a antecipação da prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica, portuário e rodoviário/ferroviário, constantes, respectivamente, das exposições de motivos das MP 579 e 595/12 e 752/16, posteriormente convertidas nas Leis nos 12.783, 12.815/13 e 13.448/17. Vejamos:

- da EMI no 37/MME/MF/AGU (que acompanhou a MP 579/12), consta que a finalidade da prorrogação antecipada das concessões do serviço público de energia elétrica consiste em “viabilizar a redução do custo da energia elétrica”, mediante a “*antecipação da captura do benefício da amortização dos investimentos*” em bens reversíveis, “*buscando, assim, não apenas promover a modicidade tarifária (...) como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo*”;
- da EMI no 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU (que acompanhou a MP 595/12), depreende-se que o objetivo da prorrogação antecipada dos arrendamentos portuários é “*garantir novos investimentos*” no setor portuário, com vistas a promover a “*redução dos custos*” e, conseqüentemente, a “*expansão (...) da competitividade do País*” no “*cenário internacional*”; e

da EMI no 00306/2016 MP/MTPA (que acompanhou a MP 752/16), extrai-se que a prorrogação antecipada das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário busca, por um lado, “*viabilizar a realização imediata de novos investimentos*” “*em importantes setores de infraestrutura*”, investimentos que são “*condição sine qua non para a retomada do crescimento econômico no Brasil*”, e, por outro lado, “*modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento*”, aprimorando, assim, o “*nível de serviço prestado à população*”.

Para entendermos como esses propósitos têm sido justificados de forma mais concreta, vamos analisar uma iniciativa do governo federal relativamente recente, de 2019: a prorrogação do contrato de concessão da ferrovia Malha Paulista, principal canal logístico para o escoamento da produção do Centro-Oeste. A proposta de prorrogação foi apresentada pelo próprio governo, com a justificativa de antecipar investimentos, pela concessionária, para mitigar conflitos urbanos e aumentar a capacidade de carga transportada.

O caso chegou ao TCU: o ministro relator Augusto Nardes afirmou que se tratava do julgamento mais importante do ano. A repercussão econômica da decisão foi celebrada pelo Ministro da Infraestrutura, que destacou os bilhões em investimentos que seriam gerados. Apesar do entusiasmo em torno dos números, um dos aspectos centrais da decisão do TCU é de natureza jurídica: os critérios da escolha entre prorrogar antecipadamente o contrato ou esperar seu término para realizar uma nova licitação. Pesquisadores do Observatório do TCU sugerem que o tribunal teria assimilado bem a lição de que a licitação não deve ser vista como um dogma insuperável.

Prorrogação antecipada da malha paulista no TC: o princípio da licitação: entre dogma e realidade

Por **Daniel Bogéa e Vitória Damasceno**

Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Prorroga%C3%A7%C3%A3o-antecipada->

da-malha-paulista-no-TCU-JOTA-Info.pdf.

“O ponto que merece maior destaque, contudo, é jurídico. Diz respeito às alternativas de prorrogar antecipadamente o contrato ou de aguardar seu término para realizar licitação.

Diante dessa escolha, o gestor deve considerar a realidade de cada contrato, ponderando aspectos como a atratividade da licitação para o mercado, as condições reais da Administração para promovê-la com celeridade e as vantagens que poderiam ser obtidas pela antecipação de investimentos na hipótese de prorrogação.

Rotineiramente, contudo, gestores e controladores se afastam da realidade para eleger o princípio da licitação como uma espécie de trunfo imbatível, idealizando um cenário de competitividade perfeita, sem constrangimentos de tempo ou empecilhos burocráticos. Preferem dogmas a fatos. No Acórdão nº 1446/2018-P, por exemplo, o TCU considerou, em abstrato, que hipótese de prorrogação antecipada prevista no marco legal do setor portuário afrontaria o dever de licitar e o princípio da impessoalidade.

Essa atitude reflete tratamento equivocado de contratos de parceria, assumindo que um dos lados sempre precisará sair perdendo para o outro prevalecer. O cerne de um negócio público privado é proporcionar sinergias que protejam a sociedade e produzam oportunidades de negócio ao particular. O dever do gestor é garantir, de forma negocial e a partir da melhor ciência disponível, solução que gere maior benefício líquido ao interesse público. O papel do controlador, por sua vez, é atestar a boa-fé e a qualidade desse trabalho técnico. No caso da Malha Paulista, a ANTT aferiu a vantajosidade da prorrogação a partir de Análise de Impacto Regulatório, que serviu de ponto de partida para a avaliação do TCU. O controlador condicionou a prorrogação a uma série de restrições relacionadas a aspectos específicos daquele contrato, demonstrando que o controle pode e deve ser feito a partir de parâmetros realistas. De outro lado, o longo período de análise do TCU evidencia custos consideráveis no desenho institucional que confere ao controlador o papel de exame prévio (cf. coluna anterior). Princípios não podem assumir a condição de dogmas insuperáveis pela realidade dos fatos. Neste caso, o TCU assimilou bem a lição. Resta saber se terá tempo e fôlego para agir dentro dessas mesmas premissas no futuro”.

Um dos pontos considerados pelo TCU na decisão se refere às possíveis vantagens relacionadas os investimentos que a concessionária deveria realizar no projeto em caso de prorrogação. Como já discutimos, as leis, incluindo a lei federal 13.448/2017, estabelecem que a concessionária deve realizar investimentos para que a prorrogação seja possível. Nesse sentido, os poderes legislativos aparentam reconhecer que as administrações públicas, tanto em nível estadual quanto federal, podem otimizar contratos que estejam sendo bem executados por parceiros privados, permitindo novos investimentos dentro dos limites legais. Pense sobre essa opção, levando em conta também os argumentos dos ministros do STF, que endossou essa lógica prevista na lei 13.448/2017.

STF, ADI 5.991, Plenário

Ação julgada em 07/12/2020

VOTO-VOGAL – MINISTRO EDSON FACHIN

“Saúdo o bem lançado relatório proferido pela e. Ministra Cármen Lúcia. Apenas para expressar as premissas que conduziram às minhas conclusões na matéria, permito-me consignar que se trata de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 6º, § 2º, II, art. 25, § 1º e §§ 3º a 5º e art. 30, § 2º, da Lei n.º 13.448/2017, fruto da conversão da Medida Provisória n.º 752/2016, que trata das diretrizes a serem aplicadas à prorrogação dos contratos de parceria em ferrovias.

(...)

c) Art. 25, § 1º e ao art. 30, § 2º

Os dispositivos permitem investimentos em malhas de interesse da União, como se vê de seu teor:

Art. 25 O órgão ou a entidade competente é autorizado a promover alterações nos contratos de parceria no setor ferroviário a fim de solucionar questões operacionais e logísticas, inclusive por meio de prorrogações ou relicitações da totalidade ou de parte dos empreendimentos contratados.

§1.º O órgão ou a entidade competente poderá, de comum acordo com os contratados, buscar soluções para todo o sistema e adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas, admitida a previsão de investimentos pelos contratos em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.

(...)

Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário.

(...)

§2.º Os valores apurados com base no caput deste artigo poderão ser utilizados para o investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.”

A PGR sustenta que, ao permitir que a concessionária faça investimentos em malhas de interesse da União há violação ao dever de licitar. Primeiro porque essa nova obrigação contratual alteraria o objeto da concessão. E, em segundo lugar, porque a obrigação de investimento seria transferida do Poder Público para a concessionária, em afronta ao art. 37, XXI, CF, que impõe a exigência de licitação pública.

Os argumentos da PGR, portanto, cingem-se à contrariedade aos princípios constitucionais da eficiência, impessoalidade, moralidade e razoabilidade, nos termos do art. 37, CRFB, bem como à regra da licitação, prevista no inciso XXI do mesmo dispositivo. Haveria, também violação ao art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição, que trata de manutenção de serviço adequado por concessionário ou permissionário de serviço público.

Tal como sublinhou a e. Ministra Relatora, é preciso reconhecer que a prorrogação indefinida do contrato representa burla às determinações legais e constitucionais quanto à licitação obrigatória para adoção do regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos.

Nesse sentido, peço respeitosa vênua à e. Ministra Cármen Lúcia para manifestar divergência. Reputo existente violação aos princípios que regem a administração pública, insculpidos no art. 37, CRFB. Com efeito, haure-se, do cotejo dos dispositivos impugnados e da leitura constitucionalmente adequada dos princípios do art. 37, caput, sensíveis discrepâncias, seja por violação ao princípio da eficiência, seja por desrespeito ao princípio da impessoalidade.

(...)

VOTO-VOGAL – MINISTRO GILMAR MENDES

“Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), em face do art. 6.º, §2º, II, art. 25, §1º e §3º a §5º, e art. 30, §2º, da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, a qual estabelece critérios para a prorrogação antecipada de contratos de concessão de ferrovia.

(...)

VI – Realização de investimentos em malha de interesse da Administração Pública

Por fim, a PGR se insurge contra os arts. 25, § 1º, e 30, § 2º, da lei, que autorizam o Poder Concedente a pactuar com o concessionário a realização de investimentos em malha ferroviária de interesse da Administração Pública. Transcrevem-se os dispositivos: (...)

De acordo com a PGR, tais dispositivos violariam duplamente o princípio constitucional da licitação, porque tal obrigação (i) altera substancialmente o objeto da concessão e (ii) transfere a obrigação de investimento do Poder Público para a concessionária, que poderá realizar tais investimentos diretamente.

A possibilidade de imposição de obrigações de investimento em malha de interesse da Administração Pública foi uma opção encontrada pelo Governo Federal para modernizar o desenho regulatório, garantindo que os investimentos decorrentes da prorrogação antecipada fossem efetivamente revertidos para a infraestrutura ferroviária.

A Secretaria do PPI justificou essa escolha apontando que a sistemática de investimentos nas malhas de interesse da administração “permite a retroalimentação do modal, com a consequente redução dos gargalos logísticos, a partir da utilização dos investimentos do setor nele próprio, considerando que a Administração poderia, como sempre fez, simplesmente recolher o valor de outorgas aos cofres da União” (eDOC 79 p. 45).

Não se nega que a solução buscada pela lei seja de fato inovadora. **A lógica da norma é vincular a pactuação dos aditivos de prorrogação a obrigações de fazer voltadas a investimentos em malhas a serem definidas de acordo com a necessidade logística da estrutura ferroviária nacional.**

O legislador preferiu garantir que o valor econômico decorrente das prorrogações fosse de fato canalizado para a reestruturação das ferrovias brasileiras, em vez de determinar eventualmente o pagamento de outorga pela prorrogação que seria destinado à União.

Tal preferência se deve às indiscutíveis dificuldades do setor ferroviário nacional, atualmente marcado por grandes problemas de atraso tecnológico e de baixa capacidade operacional. Uma saída para superar esse problema foi buscada no setor em 2018 com a criação do chamado “Fundo Nacional de Desenvolvimento Ferroviário” (FNDF), que era composto pelo bônus de outorga de trecho da Ferrovia Norte-Sul, com destinação às ferrovias do estado do Pará. Com exceção dessa iniciativa, porém, ainda são escassas as políticas públicas estruturais de destinação de investimentos à infraestrutura ferroviária.

Tendo em vista também esse quadro fático, não antevejo violação ao princípio da licitação no dispositivo supramencionado.

A assunção de novas obrigações de fazer para investimento em malhas do interesse da Administração Pública não desfigura o objeto do contrato de concessão ferroviária. Sendo o contrato de concessão um acordo bilateral que opera no interesse da Administração Pública, nada impede que, de forma acessória à obrigação principal de prestação adequada do serviço dentro da malha licitada, sejam também pactuadas obrigações não diretamente relacionadas ao empreendimento.

Também não reputo violado o princípio licitatório ante a transferência da obrigação de investimento do Poder Público. É que o preceito constitucional da licitação incide tão somente sobre contratações da Administração Pública com particulares, e não sobre aquelas havidas por agentes privados entre si, ainda que tais agentes sejam delegatários de serviço público.

Sem embargos da inexistência de vício constitucional na norma, é importante que o aplicador da política pública desenhada seja rigidamente controlado e fiscalizado, a fim de se garantir que a assunção dos compromissos de investimento em malha de interesse da Administração Pública seja opção tão ou mais vantajosa do que o recolhimento de outorga ou do que qualquer outra contraprestação que poderia ser imposta em favor do Poder Público”.

VOTO-VOGAL – MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

“A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes”

Preste atenção em ponto central da discussão: alterações nos investimentos são permitidas com a prorrogação, mas não podem desconfigurar o objeto do contrato de concessão. *O que isso significa? Os investimentos não são parte central do objeto inicialmente pactuado?* Veja outra decisão do STF, dessa vez envolvendo contrato de concessão da prestação de serviço de transporte coletivo por ônibus e trólebus em corredor metropolitano no estado de São Paulo. Avalie os argumentos da ministra Cármen Lúcia e do ministro Gilmar Mendes sobre a diferença do objeto original do contrato de concessão e os novos investimentos incluídos no instrumento após a prorrogação. Por um placar de 8 a 3, foi definida a constitucionalidade dos decretos paulistas, ficando vencida a ministra Cármen Lúcia, além dos ministros Rosa Weber e Edson Fachin.

STF, ADI 7.048, Plenário

Ação julgada em 21/08/2023

“VOTO MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

“1. A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto o Decreto n. 65.574/2021 do Estado de São Paulo, pelo qual autorizada a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no Corredor Metropolitano São Mateus – Jabaquara, e o Decreto n. 65.575/2021, no qual aprovado o Regulamento da prorrogação da concessão.

(...)

9. Pelo exposto nos decretos agora impugnados, houve autorização para ampliação do objeto do contrato de concessão explorado por Metra – Sistema Metropolitano de Transportes Ltda.

O Contrato n. 020/EMTU-SP, decorrente da Concorrência EMTU nº 004 /196, homologada por despacho publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 10.4.1997, tem como objeto a operação de transporte público no Corredor São Mateus/Jabaquara e na linha Diadema/Brooklin, sendo fixado o dever da concessionária de atender a demanda de passageiros daquele trajeto e manter os equipamentos de infraestrutura viária.

Pela cláusula XXII daquele contrato público, o Estado de São Paulo (poder concedente) reservou para si “o direito de executar, direta ou indiretamente, no Corredor e seu entorno, obras e serviços de interesse público distintos dos abrangidos no presente contrato”.

Assim, obra ou serviço alheio ao definido no objeto contratual, ainda que no trajeto das linhas de transporte público concedidas ou mesmo no seu entorno, não cabem à concessionária, mas ao Estado de São Paulo, que os executará por si ou mediante nova contratação pública com prévia licitação.

Os Decretos ns. 65.574 e 65.575 de 2021, editados pelo Governador de São Paulo, não apenas autorizaram a prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e trólebus no corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara, prevista no Contrato n. 020 /EMTU-SP, mas permitiram a ampliação do objeto da concessão de transporte público coletivo e a modificação do objeto contratual pela incorporação da “concessão, a implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente, composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação”.

A justificativa de que a concessão, implantação, manutenção e exploração do Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e do Sistema Remanescente se incorporarão à prorrogação antecipada da concessão do serviço de transporte coletivo no Corredor Metropolitano São Mateus /Jabaquara a título de “novos investimentos” (art. 1º do Decreto n. 65.574/2021) não resiste ao teste de constitucionalidade, por afronta direta aos princípios da prévia licitação para a contratação administrativa, da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade.

O aporte de investimentos novos pode estar previsto em concessões públicas. Entretanto, não deve importar a alteração do objeto do contrato inicialmente firmado, sob pena de burla à exigência constitucional de licitação prévia para a delegação de serviços públicos pelo poder público (art. 175 da Constituição da República):

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

Pelos decretos impugnados se autorizou a incorporação ao contrato de concessão pública, a estender-se por mais vinte e cinco anos, a exploração de dois novos sistemas de transporte público na Região Metropolitana de São Paulo: o Sistema BRT-ABC (Bus Rapid Transit) e o Sistema Remanescente, este composto pelas linhas intermunicipais alimentadoras e complementares da área de operação.

(...)

11. No caso examinado na presente ação, conquanto tenha sido o objeto rotulado de “novos investimentos” (art. 1º do Decreto n. 65.574/2021) a incorporação do Sistema BRT-ABC e do Sistema Remanescente ao contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo no Corredor Metropolitano São Mateus/Jabaquara (Sistema Existente), é incontestável cuidar-se a operação de ampliação do escopo do contrato de concessão pública, cabendo à concessionária a implantação, manutenção e operação de

novos sistemas de transporte público metropolitano, e a percepção dos resultados econômicos correspondentes.

Pelo § 1º do art. 1º do Decreto n. 65.574/2021, a concessionária deverá implantar e operar toda a infraestrutura do modal Bus Rapid Transit, do Sistema BRT-ABC, compreendendo os Municípios de São Paulo, Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul.

No Regulamento da prorrogação da concessão, aprovado pelo Decreto n. 65.575/2021, também é estabelecida a obrigação da concessionária de implantar “infraestrutura, compreendendo as obras civis, instalação de corredor exclusivo de ônibus e sistemas de alimentação elétrica, de sinalização, de telecomunicações e auxiliares, aquisição de frota e demais ações necessárias para permitir a adequada operação do Sistema BRT ABC”.

Como contrapartida a esses serviços, a concessionária perceberá “remuneração tarifária, composta pelo produto da grade tarifária de remuneração pelos passageiros para o Sistema Remanescente, somado à tarifa de remuneração definida contratualmente para os Sistema Existente e Sistema BRT ABC, ambos definidos contratualmente e em conformidade à Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 – Lei de Mobilidade Urbana” (inc. I do art. 18 do Regulamento, aprovado pelo Decreto n. 65.574/2021)”.

VOTO-VISTA MINISTRO GILMAR MENDES

“O Senhor Ministro Gilmar Mendes: (...) A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, entendeu que a incorporação das duas novas áreas de concessão não poderiam ser compreendidas como novos investimentos, para fins de contrapartida pela prorrogação,

implicando, na verdade, alteração do objeto do contrato. Nesse ponto, peço vênia à douta relatora para divergir.

Entendo que, do ponto de vista do controle de constitucionalidade da norma, não compete ao Supremo Tribunal Federal perquirir o mérito da decisão administrativa de prorrogação dos contratos vis a vis a realização de novos procedimentos licitatórios em situações concretas. As avaliações nesse sentido devem

ser desempenhadas pelo próprio Poder Concedente, em alinhamento com os órgãos de controle da Administração Pública.

A atuação do Judiciário, a seu turno, deve estar adstrita ao exame de compatibilidade do quadro legal aos preceitos constitucionais, análise que aqui se desenvolve em um plano abstrato de validação do instituto da prorrogação antecipada tal qual delineado na Lei Federal n. 13.448, de 5 de junho de 2017, na Lei Estadual n. 16.933, de 2019, do Estado de São Paulo e nos decretos estaduais impugnados.

A partir das premissas aqui fixadas, é possível concluir que os decretos impugnados são compatíveis com os princípios constitucionais da Administração Pública que regem a prorrogação das concessões, sob as seguintes balizas: exigência de licitação prévia e da vinculação ao instrumento convocatório; prorrogação por prazo não superior ao originalmente admitido; discricionariedade da prorrogação, e vantajosidade da prorrogação antecipada para a administração.

A vantajosidade da prorrogação, no entanto, parece ser o ponto de divergência entre meu voto e o voto da relatora, razão pela qual irei nele me aprofundar.

No caso concreto, o Estado de São Paulo apresenta memoriais no qual afirma que as medidas questionadas foram “fundamentadas na legislação de regência e em robustos estudos técnicos e financeiros, significaram evidente economia de recursos orçamentários e manifesta melhoria na qualidade do serviço público prestado à população”.

Como manifestei em meu voto na ADI n. 5.991, entendo caber aos órgãos e entidades técnicas envolvidas no processo de análise dos pedidos de prorrogação antecipada, examinar a conveniência e a oportunidade da prorrogação, levando em conta, inclusive, a adequação e a qualidade do serviço prestado.

Assim como a lei federal, a lei estadual condicionou a decisão da administração a “estudo técnico que fundamente vantagem da prorrogação do contrato de parceira em relação à realização de nova licitação para o empreendimento” (art. 7º).

O decretos estaduais que prorrogaram antecipadamente a concessão com a empresa METRA parecem ter atendido ao requisito em questão.

Conforme Nota Técnica do Departamento de Monitoração da Qualidade Operacional – DMQ (NT-DMQ-003/2022), foram realizados diversos estudos técnicos que apontaram a vantajosidade para administração diante da contrapartida proposta, especialmente considerando o histórico e a qualidade dos serviços de transporte prestados na região. (...)

Tendo em vista também esse quadro fático, não vejo violação ao princípio da licitação na prorrogação antecipada pelos decretos impugnados. Entendo que a assunção de novas obrigações de fazer para investimento em malhas do interesse da Administração Pública não desfigura o objeto do contrato de concessão original. Sendo o contrato de concessão um acordo bilateral que opera no interesse da Administração Pública, nada impede que, de forma acessória à obrigação principal de prestação adequada do serviço dentro da malha licitada, sejam também pactuadas novas obrigações”.

Por fim, diante de tudo que vimos até aqui, dá para encarar que existe fórmula pronta a ser aplicada nos mais variados casos concretos envolvendo a prorrogação de contratos de concessão? Ou seja, podemos extrair alguma conclusão geral sobre a possibilidade de prorrogação, prazos máximos, condições, entre outros aspectos? Para ajudar a refletir sobre isso, veja artigo de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara. Observe os argumentos que os autores apresentam e reflita se, à luz dessas ideias, conseguimos derivar conclusões ou padrões gerais sobre o assunto.

Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos

Por **Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara**

Disponível em: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com

princípios o regime dos contratos públicos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, n. 41, ano 11, p. 57-72, Belo Horizonte, jan.-mar., 2013.

“A questão da duração dos contratos, inclusive em relação à disciplina de eventuais prorrogações, mereceu tratamento completamente distinto na Lei Geral de Concessões de Serviços públicos (Lei nº 8.987/95). Até por não importar comprometimento de recursos orçamentários, pois a remuneração do concessionário se dá com a exploração econômica do serviço concedido, a lei não fixou prazo máximo de vigência desses contratos.

O contrato de concessão deve ter prazo certo (art. 23, I, da Lei nº 8.987/95), mas a lei não indicou limite gerar a ser observado. Cabe ao poder concedente, em vista das peculiaridades do objeto da outorga, pactuar o prazo adequado para viabilizá-la. A lei também foi aberta em relação à prorrogação desses contratos. Não houve limitação quanto ao número possível de prorrogações; a lei apenas estabeleceu como cláusula necessária aos contratos de concessão a que tratasse das “condições para prorrogação do contrato” (art.23, XIII). Os requisitos para prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio contrato. A Lei nº 8.987/95 indicou a necessidade de tratar contratualmente do assunto, mas não fez qualquer determinação sobre o conteúdo a ser estabelecido sobre essa matéria.

Mas o mundo das concessões tampouco é homogêneo. A Lei nº 8.987/95 não constitui o único marco legal a disciplinar todas as relações contratuais envolvendo outorgas de direitos de exploração de bens ou serviços públicos. No vasto leque de contratos designados como “concessões” também é variável o tratamento da duração dos contratos e de sua prorrogação

Há, por exemplo, importante segmento dos serviços públicos própria para o qual a Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando – e até incentivando – a prorrogação sucessiva das concessões. Trata-se do setor de radiodifusão. Deveras, as concessões para exploração dos serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens têm prazo definido na própria Constituição (10 e 15 anos, respectivamente – art. 223, §5º), mas podem ser renovadas por deliberação do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Aliás, a opção claramente assumida pelo Constituinte foi pela continuidade do vínculo, pois exigiu que a não renovação da outorga contasse com a aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional em votação nominar (art. 223, §2º).

Quando a legislação pretende limitar a extensão dos vínculos contratuais, inclusive quando adota o modelo contratual das concessões, o faz de modo claro, expresso. É o que se constata, por exemplo, no tratamento legal das concessões patrocinadas e administrativas, as denominadas parcerias público-privadas. Nesses casos, por determinação expressa da lei, os contratos, incluindo eventual prorrogação, não podem exceder o prazo de 35 anos (art. 5º, I, da Lei nº 11.079/2004).

Esse panorama mostra que não existe regra de aplicação uniforme quanto à questão do prazo dos contratos administrativos e sobre a admissibilidade de sua prorrogação. São múltiplos os regimes jurídicos, a depender das características e objetivos inerentes a cada setor e tipo contratual. Não há, portanto, regime jurídico único em relação a prazo e possibilidade de prorrogação de contratos públicos. A identificação segura do regime jurídico contratual aplicável a determinado setor deve ser obtida a partir da análise da eventual lei específica, da sua lógica econômica e negocial e de outras características do objeto da contratação”.

3. DEBATENDO

Para iniciar a discussão e garantir a compreensão dos conceitos básicos, o professor pode fazer algumas perguntas:

1. Por que as concessões têm prazo pré-estabelecido? Em que momento estes prazos são pensados e definidos?
2. O que significa prorrogar um contrato de concessão de serviço público?
3. Em quais situações a administração pública está autorizada a prorrogar um contrato de concessão?

4. A prorrogação pode ser um direito do contratado?
5. A prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos exige uma nova licitação?
6. Há limitações de tempo a serem observadas na prorrogação de um contrato?
7. Quais as diferenças entre a prorrogação contratual e a prorrogação antecipada previstas na lei federal 13.448/2017?
8. Quais são os requisitos para a prorrogação antecipada de um contrato de concessão?
9. Qual o entendimento dos ministros do STF sobre a possibilidade de inclusão de investimentos em caso de prorrogação de contratos de concessão?

Em seguida, se o professor acreditar que a leitura já está bem compreendida, eis algumas perguntas que podem ajudar a *fomentar o debate* na turma a partir das leituras realizadas:

1. Quais os problemas inerentes à prorrogação indefinida de um contrato de concessão de serviço público?
2. A prorrogação de um contrato de concessão de serviço público para promover o reequilíbrio econômico-financeiro está limitada ao prazo previsto na legislação ou no próprio instrumento contratual? Em caso negativo, você acha que ela deveria estar?
3. Por que Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara argumentam que não existe um regime jurídico único para as prorrogações de contratos de concessão?
4. Imagine o seguinte cenário: um contrato de concessão prevê expressamente que o contrato de concessão será prorrogado se a concessionária cumprir 4 condições objetivas. A legislação aplicável a este contrato é genérica e somente estabelece que o contrato disporá sobre a possibilidade de o prazo de duração ser prorrogado. Como você entende que a administração pública deve pautar seu raciocínio nesse caso?
5. Quais alternativas a administração pública deve considerar ao analisar uma possível prorrogação do contrato de concessão de serviço público?
6. Há um rol taxativo de contrapartidas que poderão ser adotadas nas prorrogações antecipadas?
7. Qual a sua opinião sobre os investimentos cruzados incluídos na prorrogação antecipada do contrato de concessão da Malha Paulista e do transporte coletivo do Estado de São Paulo? Em algum deles houve desnaturação do objeto original da concessão? Por quê?
8. “A bússola do administrador deverá apontar para o interesse público em uma decisão de prorrogação”. Discuta essa frase.
9. “A prorrogação de um contrato é uma burla ao princípio da licitação”. Discuta essa frase.
10. Caso você fosse ministro do STF, como você justificaria sua decisão no caso da ADI 7.048?

4. APROFUNDANDO

Estudar a prorrogação de contratos de concessão, especialmente a possibilidade de sua prorrogação antecipada, nos leva a deixar de lado a zona de conforto de uma literatura jurídica bem estabelecida. Esse tema ainda não recebeu a atenção merecida na produção jurídica brasileira. Para enriquecer nossa reflexão, propomos a exploração de não apenas de textos mais recentes que abordam essa questão, mas também de leis recentemente aprovadas que tratam da prorrogação antecipada de concessões, manifestações de órgãos de controle, especialmente do TCU, os debates sobre a constitucionalidade do tema que chegaram ao STF e cláusulas contratuais.

Esperamos que essas fontes de pesquisa permitam que identifiquem conjecturas e refutações sobre as prorrogações de contratos de concessão e, especialmente, sobre a validade e a conveniência de adotar a prática da prorrogação antecipada dos contratos.

Livros, artigos e pareceres jurídicos

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 15, n. 59, p. 175-199, jul./set., 2017.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia dos contratos de concessão: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno: as lógicas das concessões e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 253-282.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. *El tiempo en las concesiones de servicio público: continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia*. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 26, Janeiro, 2011, p. 26. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409929&d=1#nota26. Acesso em 31 de outubro de 2024.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. *Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Das condições (ou contrapartidas) que o Poder Concedente pode exigir para a realização da chamada “prorrogação por interesse público” das concessões de serviço público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 40-60, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administração Contemporâneo*. v. 4, n. 23, p. 109-111, mar./abr., 2016.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RPDE*, ano 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun., 2014

PEREORA, Vanessa Schinzel. O conceito de vantajosidade da prorrogação antecipada no setor ferroviário. *Revista de Direito e Atualidades*, v. 1, n. 2, 2021, p. 20. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5835>.

PICOLO, Felipe Miranda Ferrari. *Prorrogação antecipada de contratos de concessão de serviço público*. São Paulo: Fórum, 2024.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. As Leis nº 13.334/2016 (PPI) e 13.448/2017 e seus impactos para as concessões ferroviárias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 9-37, abr./jun. 2018.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo e vigência e sua prorrogação. In: *Direito da infraestrutura*, v. 1. Série GVLaw, São Paulo: Saraiva, p. 411-448.

SANTOS, José Marinho Séves. Novos rumos da prorrogação antecipada de concessões ferroviárias: constitucionalidade e interesse público à luz do acórdão TC nº 2876/2019. *Revista jurídica luso-brasileira – RJLB*, Ano 7 (2021), n. 4, p. 953-988, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Condições jurídicas para a ampliação do contrato de concessão rodoviária. In: Carlos Ari Sunfeld. *Direito administrativo contratual: coleção pareceres*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Aplicabilidade da Lei Paulista de Prorrogação Antecipada de Contratos de Parceria às Concessões de Rodovia. In: *Tratado sobre o Setor de Rodovias no Direito Brasileiro*. Augusto Neves Dal Pozzo e José Virgílio Lopes Enei (orgs). São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 373-397.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Condições jurídicas para a ampliação do contrato de concessão rodoviária. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo contratual: coleção pareceres*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). *Direito portuário brasileiro*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Leis

Lei 9.074/1995: Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

Lei 9.472/1997: Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Lei 12.783/2013: Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências.

Lei 12.815/2013: Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

Lei 13.448/2017: Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e 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.

Lei 16.933/2019 do Estado de São Paulo: Estabelece as diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria e dá providências correlatas.

Decisões judiciais e de órgãos de controle

STF. Plenário, RMS 1.835, Ministro Relator Mário Guimarães, data do julgamento: 26/11/1952.

STF. Plenário, ADI 118 MC, Ministro Relator Aldir Passarinho. Data do julgamento: 25/10/1989.

STF. Segunda Turma, RMS 34.203, Ministro Relator Dias Toffoli. Data do julgamento: 21/11/2017.

STF. Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991-DF, Ministra Relatora Carmen Lúcia. Data do julgamento: 07/12/2020.

TCU. Plenário, Acórdão 2.200/2015, TC 024.882.2014-3, Ministra Relatora Ana Arraes. Data de julgamento: 02/09/2015.

TCU. Plenário, Acórdão 2.253/2015, TC 003.379/2015-9, Ministro Relator José Múcio Monteiro. Data do julgamento: 09/09/2015.

TCU. Plenário, Acórdão nº 1.446/2018, TC 030.098/2017-3, Ministro Relator Bruno Dantas. Data de julgamento: 26/06/2018.

TCU. Plenário, Acórdão 2.876/2019, TC 009.032/2016-9, Ministro Relator Augusto Nardes. Data de julgamento: 27/11/2019.

TCU. Plenário, Acórdão 888/2020, TC 005.313/2018-0, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento 08/04/2020.

Contratos de concessão

Cláusula 3.1 do Contrato de Concessão 51/1998-ANATEL STFC Local.

Cláusula 3 do Contrato de Arrendamento 05/2020 relativo à instalação portuária no Porto de Santos.