

**ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS
PRORROGAÇÕES DAS CONCESSÕES**
*LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS OF
CONCESSIONS EXTENSIONS*

Alexandre Foch Arigony*
Luís Roberto Cordeiro Guerra**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo tratar dos aspectos jurídicos e econômicos das prorrogações das concessões de serviços públicos, abordando o equilíbrio econômico-financeiro nessas concessões e os meios de recomposição em caso de acontecimento de evento grave e imprevisível. O trabalho é estruturado da seguinte forma: inicialmente trata do conceito de equilíbrio econômico-financeiro e sua aplicação nos contratos de concessão de serviço público. Em seguida, passa aos mecanismos de recomposição da equação contratual inicial, focando a prorrogação do contrato, constatando que a doutrina examina apenas os aspectos jurídicos desse instituto. O problema do presente trabalho é a verificação se os aspectos jurídicos e econômicos acerca da prorrogação dos contratos de concessão estão em consonância. A hipótese é que tais elementos não convergem, razão pela qual a decisão sobre a prorrogação não pode ignorar os aspectos econômicos, devendo sopesá-los para garantir transparência na decisão política.

PALAVRAS-CHAVE: Concessões de serviço público; equilíbrio econômico-financeiro; prorrogação do contrato de concessão; análise econômica.

ABSTRACT: The objective of this article is to deal with the legal and economic aspects of the extensions of public service concessions, addressing the economic and financial balance in these concessions and the means of rebalance in the event of a serious and unforeseeable event. The paper is structured as follows: it initially deals with the concept of economic-financial balance and its application in public service concession contracts. It then goes to the mechanisms of rebalance of the initial contractual equation, focusing on the extension of the contract, noting that the doctrine examines only legal aspects of this institute. The problem of the present work is the verification if the juridical and economic aspects about the extension of the concession agreements point in the same direction. The hypothesis is that such elements do not converge and the decision on the extension cannot ignore the economic aspects, and must weigh them to guarantee transparency in the political decision.

KEY-WORDS: Public service concessions; economic-financial balance; extension of the concession agreement; economic analysis.

* Mestrando em Direito da Regulação na FGV/Rio. Procurador do Município de Niterói. Advogado.

** Mestrando em Direito da Regulação na FGV/Rio. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos de concessões têm como objeto serviços públicos econômicos,¹ tipicamente monopólios naturais,² tais como rodovias, portos, aeroportos, ferrovias. Por vezes, a Administração Pública utiliza tais contratos como estratégia regulatória no setor, o que tem sido chamado pela doutrina de *regulação por contrato*.³ Esses contratos administrativos de concessões têm três características peculiaridades e fundamentais: (i) objetos complexos, com diversas obrigações a serem cumpridas pelo concessionário ao longo do contrato; (ii) mutabilidade; e (iii) prazo determinado de longa duração, por vezes alcançando várias décadas⁴.

A lógica econômica que rege as concessões de serviços públicos é a seguinte: o concessionário deve realizar ingentes investimentos no objeto da contratação, que serão pagos durante os muitos anos de concessão. O prazo é, inequivocamente, um dos elementos fundamentais que concorrem para a determinação do valor da equação econômico-financeira. O prazo longo é o mecanismo pelo qual o concessionário pode ser remunerado pelos usuários, mantendo-se a modicidade das tarifas (OLIVEIRA, 2017, p. 300).

Em razão do longo prazo dos contratos de concessões, há inúmeras situações que rotineiramente afetam o equilíbrio econômico-financeiro de tais contratos que, no limite, podem comprometer a própria prestação de determinado serviço público indispensável à população. A

¹ No âmbito das parcerias público-privadas (PPPs) há a possibilidade de concessão de serviços administrativos (ou seja, não necessariamente serviços *públicos* em sentido estrito).

² “O monopólio natural caracteriza-se nas situações em que, dados os custos iniciais elevados, as economias de escala e o tamanho da demanda, o mercado funcionará de forma mais eficiente com um único agente econômico atuando como ofertante.” SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17. Sobre o monopólio natural, v. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 226-227.

³ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 441: “[E]sses contratos refletem escolhas que definem e cristalizam políticas públicas de longo prazo em setores vitais da economia e que são essenciais para a consecução do interesse público, legitimando estratégias de políticas duradouras em determinados setores que explicam a origem da ideia de ‘governar por contratos’ [...]”

⁴ Embora a Lei nº 8.987/95 não preveja prazos mínimo, nem máximos, a Lei nº 9.074 especifica o prazo de 25 anos para determinadas concessões (art. 1º, parágrafo 2º) e a Lei nº 11.079/04 determina que o prazo será “compatível com a amortização dos investimentos realizados”, com prazo não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

depende do tamanho do desequilíbrio, o concessionário pode ficar, inclusive, materialmente impossibilitado de prestar o serviço.

A defesa contra a instabilidade desses contratos é a incolumidade da equação econômico-financeira inicial do contrato: esta deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem significativamente os elementos constitutivos do contrato, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria álea da economia e que nada tenha a ver com a atuação do Estado (ARAGÃO, 2013, p. 605). Para manter a equação inicial, as principais opções de revisão contratual destacadas pela doutrina são: (i) indenização ao concessionário paga pelo poder concedente; (ii) aumento da tarifa do serviço prestado a ser paga pelos respectivos usuários; (iii) aumento da base pagante de usuários do serviço; e (iv) prorrogação do prazo do contrato (BARROSO, 2007, p. 37-43; GARCIA, 2016, p. 374).

O presente artigo examina os principais meios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de concessões, apresentando as vantagens e as desvantagens de cada um. Este trabalho foca os aspectos jurídicos e econômicos⁵ da prorrogação do contrato de concessão, examinando a sua constitucionalidade e legalidade, bem como a racionalidade econômica do concessionário, de acordo com a teoria econômica.

A justificativa do presente trabalho consiste na relevância da prorrogação dos contratos administrativos que envolvem concessões, com posição de destaque nas políticas governamentais, bem como nas controvérsias jurídicas que os meios de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de tais avenças geram⁶. Verifica-se que a doutrina jurídica ignora inteiramente os aspectos econômicos que influenciam a prorrogação contratual. O problema do presente trabalho é a verificação se os elementos jurídicos e econômicos acerca da prorrogação dos contratos de concessão estão em consonância.

⁵ O direito administrativo está sob o influxo de um *giro-pragmático*, que inclui o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo, este último com grande proximidade com a análise econômica do direito, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações políticos-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52-68 e 153-242.

⁶ No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a concessionária Barcas S.A. pede indenização de mais de R\$ 150 milhões de reais por alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos de transporte aquaviários de passageiros, cargas e veículos (Processo nº 0069271-98.2017.8.19.0001).

A hipótese é que a prorrogação dos contratos administrativos de concessão é constitucional e lícita, mas os aspectos jurídicos e econômicos não necessariamente convergem, devendo a decisão administrativa sobre a realização de prorrogação contratual sopesá-los como forma de garantir transparência na decisão do meio escolhido.

O plano de trabalho é o seguinte: inicialmente, examina-se o entendimento acerca do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público e a relação da repartição dos riscos nas concessões com o preço proposto pelos licitantes para, em seguida, analisar os meios de recomposição, focando os elementos jurídicos e econômicos da prorrogação do contrato de concessão, notadamente a questão da constitucionalidade desse meio de revisão e os incentivos econômicos do concessionário diante da possibilidade de prorrogação do contrato de concessão.

2. A IMPORTÂNCIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

O equilíbrio econômico-financeiro tem sede constitucional (CF, art. 37, XXI: “*mantidas as condições efetivas da proposta*”) e legal (Lei nº 8.987, art. 9º, § 2º; Lei nº 9.074, art. 35). Em face da longa duração dos contratos de concessões e de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma especial preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro (ARAGÃO, 2013, p. 439).⁷

Trata-se de relação de proporcional equivalência entre as obrigações assumidas pelo contratado e a remuneração que lhe corresponderá, nos termos do contrato de concessão. A remuneração tarifária objetiva cobrir as despesas do concessionário e a realização da perspectiva

⁷ Embora doutrina e jurisprudência reconheçam a necessidade, *em tese*, de manutenção do equilíbrio econômico, há intensos debates na prática sobre quais *situações concretas* autorizam o reequilíbrio. Além disso, há discussão jurídica acerca do *cálculo* correto. Confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias: Critério de aferição. Governet. *Boletim de licitações e contratos*, v. 24, 2007, p. 332-337; MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, 2016. p. 337-356; GUERRA, Sérgio. Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALBACH SCHWIND, Rafael (Orgs.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 309-328.

de remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório (GUERRA, 2015, p. 316). A ideia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato parte da necessidade de se assegurar toda uma complexa gama de relações, sejam jurídicas, econômicas ou mesmo sociais. Assim, o equilíbrio dos contratos de concessão é fundamental, impondo a equivalência entre as prestações executadas por uma das partes e a contrapartida obrigacional expressa em valor assumida pela outra (GARCIA, 2016, p. 354).

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviço público é intangível. Essa proteção é essencial em função da característica já citada de mutabilidade dos contratos de concessão, da necessidade de prestação ininterrupta de tais serviços e pelo fato de a execução de tais contratos naturalmente afetarem diretamente relevante parcela da sociedade.

No decorrer da longa duração dos contratos de concessão de serviços públicos, é comum a existência de eventos não previstos pelas partes contratantes que causam desequilíbrio na equação econômico-financeira de tais avenças. Caso as condições que foram previstas no momento da apresentação da proposta do contrato não sejam mais as mesmas em razão de acontecimento imprevisível de graves consequências, a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro pode ser acionada pelas partes.

Assim, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é a principal garantia de ambas as partes ou, em outros termos, de mão-dupla. Se houver aumento dos custos incorridos pelo particular, este pode se valer do equilíbrio econômico-financeiro para que o contrato seja reajustado em seu favor. Por outro lado, se os custos diminuïrem, de igual modo, o Poder Público poderá invocar tal cláusula a fim de pagar uma quantia inferior àquela originalmente estipulada (OLIVEIRA, 2017, p. 262-263). Essa proteção da estabilidade da equação das concessões ocorre não apenas diante da alteração administrativa unilateral de cláusulas do contrato, o que de fato representa um fator extra de instabilização contratual, como diante de fatos imprevisíveis em

geral,⁸ decorrentes de fato do príncipe, teoria da imprevisão, interferências não previstas, fatos da Administração, caso fortuito e a força maior.

Aplica-se à hipótese a *teoria dos custos de transação*, cuja base conceitual aponta no sentido de que a proposta econômica oferecida pelo parceiro privado (consubstanciando, assim, uma decisão empresarial) reflete uma avaliação sobre todos os custos, diretos e indiretos, necessários à obtenção da vantagem econômica buscada (GARCIA, 2016, p. 356).⁹ A previsão de reequilíbrio econômico-financeiro dá segurança quanto à continuidade do contrato e à conclusão satisfatória do seu objeto, permite a obtenção da proposta mais vantajosa pela redução de contingenciamento que os licitantes projetarão sobre as propostas econômicas e concede importante garantia ao contratado contra a maior mutabilidade típica dos contratos administrativos, notadamente a capacidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública contratante (GARCIA, 2016, p. 356-357).¹⁰

Nos contratos de vigência de longo prazo, a completude é um verdadeiro ideal intangível. Não só pelo fato de que a complexidade das relações modernas e a rapidez das alterações tecnológicas, por si só, já seriam fatores determinantes para se reconhecer a inviabilidade de se

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 671/2018, Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro: Aroldo Cedraz. “Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem adotar as medidas necessárias à revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento propiciada pelo art. 7º da Lei 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012, atentando para os efeitos retroativos às datas de início da desoneração mencionadas na legislação, bem como à obtenção, na via administrativa, do ressarcimento dos valores pagos a maior em relação aos contratos de prestação de serviços já encerrados, celebrados com empresas beneficiadas pela aludida desoneração.”; e Acórdão nº 2131/2018, Plenário, Auditoria, Relator Ministro: Augusto Nardes. “A Administração, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea *d*, e § 5º, da Lei 8.666/1993, deve promover a revisão de contrato que preveja o pagamento de horas *in itinere* (destinado a remunerar o tempo despendido pelo empregado de casa até o local de trabalho e o seu retorno), com a consequente glosa dos valores indevidamente pagos a esse título, uma vez que referida despesa não é mais cabível com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), a qual alterou o art. 58, § 2º, da CLT.”

⁹ A possibilidade de a Administração Pública fazer um ajuste consensual acerca de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo reduz a incerteza do particular e, *tendencialmente*, o valor da sua proposta. Em favor dessa possibilidade, v. GUERRA, Sérgio. *Discrecionariiedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 392-393.

¹⁰ No mesmo sentido do texto, defendendo que uma *cláusula de revisão e renegociação do contrato* no âmbito do direito civil diminui os custos transacionais, v. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 314.

endereçar *ex ante* todas as questões,¹¹ como pelas possíveis trocas de governos durante o período de duração uma concessão administrativa. A incompletude dos contratos administrativos de duração continuada é intrínseca ao seu próprio conteúdo, sendo eles naturalmente incompletos e mutáveis ao longo do tempo da execução (OLIVEIRA, 2017, p. 193).

Portanto, a ideia de equilíbrio econômico-financeiro da equação original do contrato de concessão, antes de ser um privilégio de o particular que contrata com o Poder Público, tem por objetivo reduzir os custos das contratações públicas, que costumam ser superiores às contratações privadas em razão de inúmeros outros fatores ligados ao Estado que causam incerteza, em favor de toda a coletividade que se beneficia, direta ou indiretamente da prestação de serviços públicos (PAZETO, 2003, p. 227).

2.1 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, A REPARTIÇÃO DOS RISCOS E O PREÇO

Nos contratos de concessão administrativa, de acordo com a doutrina tradicional, o risco do negócio é do concessionário (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), salvo os riscos imprevisíveis ou decorrentes de alterações unilaterais impostas pela Administração Pública. Contudo, atualmente, diversos contratos administrativos vêm prevendo a assunção de parte dos riscos empresariais pelo Poder Público (ARAGÃO, 2013, p. 617).

Os temas do equilíbrio econômico-financeiro, da repartição dos riscos e do preço a ser calculado pelo concessionário privado têm íntima relação entre si. A garantia da equação econômica inicial da concessão, aliada a uma repartição de riscos objetiva, prevendo que não recaia sobre o concessionário riscos que não lhe dizem respeito, confere incentivos econômicos positivos a ele.¹²

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 23, mar./abr. 2016. item 2.1. O autor entende que há uma incerteza ineliminável “A evolução dos fatos naturais e sociais compreende uma margem de indeterminação que é impossível de ser eliminada. Nenhum planejamento, por mais satisfatório e perfeito que seja, é apto a prever a solução para todos os problemas que se consomem no mundo real.”

¹² Trata-se de uma resposta à *racionalidade limitada*, entendida como a falta de capacidade dos contratantes para prever, ao tempo da celebração do contrato, todas as vicissitudes que podem ocorrer ao longo da relação contratual.

Com a repartição de parcela dos riscos ordinários do negócio entre poder concedente e concessionário, há uma considerável diminuição dos riscos do particular, podendo o concessionário oferecer uma proposta mais econômica ao Estado e aos consumidores, uma vez que ele não terá de inserir todo o risco do negócio no cálculo do valor que pretende cobrar. Há uma relação *tendencial* de diminuição do valor a ser proposto no momento da oferta pela concessão em razão dos estímulos econômicos.

Novamente em relação aos custos de transação, a transferência de um risco não gerenciável ao concessionário poderia causar um aumento do preço oferecido com a precificação do risco (GARCIA, 2017, p. 448). A modelagem da concessão envia incentivos e desincentivos econômicos ao particular na sua oferta. A adoção de uma modelo que reduza o risco do concessionário corresponde a uma decisão política estratégica do Estado e não conflita com o vigente sistema jurídico (GARCIA, 2017, p. 448).

O compartilhamento de riscos deve ser concebido a partir de uma alocação dos riscos para a parte que melhor puder gerenciá-lo em concreto. Dessa forma, para saber as situações que dão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, passa a ser necessária a análise o próprio instrumento contratual, que deve, na medida do possível, discriminar as diversas hipóteses. Essa divisão facilita as enormes dificuldades práticas de se diferenciar quais são as áleas ordinárias e quais são as extraordinárias. Embora *em tese* não haja grandes dificuldade, *em concreto* tal divisão gera controvérsias no âmbito da jurisprudência de todos os tribunais.

O professor Alexandre Santos de Aragão entende inclusive que os critérios de divisão de riscos nas concessões podem ser mitigados, ainda que essa possibilidade não tenha sido prevista inicialmente no contrato de concessão.¹³ Isso ocorre em prol do efetivo cumprimento do contrato de concessão em benefício de uma quantidade enorme de pessoas.

Ressalte-se que há um equilíbrio tênue entre a divisão dos riscos que garante economicidade e uma divisão com a previsão de todo e qualquer risco de forma exagerada que,

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 623: “A depender da magnitude das consequências práticas de eventual rompimento contratual por culpa da concessionária (casos os fatos “previsíveis” tenham sido muito onerosos para ela) ou de eventual sobrecarga para os usuários/poder concedente (caso os fatos “imprevisíveis” sejam economicamente excessivos para eles), entendemos que o modelo tradicional de divisão de riscos pode, excepcionalmente, ser temperado pela realidade verificada mesmo quando outro compartilhamento de riscos não tiver sido previsto no contrato.”

em vez de diminuir o valor da concessão, aumenta. A previsão de todos os riscos é absolutamente irreal e elevaria demasiadamente os custos de transação. Tamanha previsão tornaria tão elevado o custo de elaboração do contrato que contrariaria a própria razão pela qual as partes celebram contrato de longo prazo.

A exposição da Administração a riscos conhecidos e gerenciáveis é uma das vertentes do dever de probidade administrativa, com reflexos nas noções de economicidade e de eficiência. Em suma: o correto manejo dos riscos representa o atendimento do dever de boa administração (GARCIA, 2017, p. 358). O sucesso de uma concessão pressupõe a correta definição do modelo de recomposição do equilíbrio do contrato, e este modelo requer cuidadoso exame da divisão dos riscos do empreendimento (GARCIA, 2017, p. 358).

3. MEIOS DE RECOMPOSIÇÃO

Examinada a essencialidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, bem como a necessidade de compartilhamento de riscos de acordo com o caso concreto a fim de diminuir os valores propostos pelos particulares, passa-se às medidas necessárias para recompor a equação contratual inicial quando ocorre a situação que acarreta desequilíbrio contratual significativo cuja álea é extraordinária.

Exemplo de desequilíbrio nas concessões rodoviárias ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.103/2015, que prevê em seu artigo 17, a *isenção* aos veículos de transporte de carga que circularem vazios da cobrança de pedágio sobre os eixos que mantiverem suspensos,¹⁴ benefício que abrange as vias terrestres federais, estaduais e municipais, a teor do parágrafo primeiro do referido dispositivo. Os contratos administrativos assinados antes da entrada em vigor da mencionada lei não tinham como prever o advento de lei nesse sentido, razão pela qual os concessionários fazem jus ao reequilíbrio da equação originária. Nesse caso, para evitar

¹⁴ O termo *isenção* não foi utilizado em seu sentido jurídico-tributário, pois o *pedágio* não tem natureza tributária, mas sim de *preço público*, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 800). Ademais, o *pedágio* diferencia-se do extinto *selo-pedágio*, este com natureza jurídica de tributo.

discussões acerca do cabimento do reequilíbrio, o próprio legislador já afirmou que essa *isenção* é causa de reequilíbrio da equação inicial do contrato.¹⁵

Destaque-se que a decisão acerca do meio de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro está tipicamente na esfera da discricionariedade administrativa (BRASIL, AC 3.980). Cabe ao administrador definir a solução que considere mais adequada para o interesse público, levando em conta dois elementos aos quais o sistema jurídico conferiu especial relevância em matéria de concessões: (i) a modicidade das tarifas; e (ii) o interesse dos usuários. Além disso, e em qualquer circunstância, a decisão administrativa deve observar o postulado da proporcionalidade (BARROSO, 2017, p. 34).

A recomposição do equilíbrio pode ser efetuada sob dois prismas, por meio de instrumentos que concedam vantagem ou que compensem desvantagem do concessionário, ambos os casos em relação à equação do contrato original. Em alguns cenários, pode vir a ser necessária a realização de uma nova licitação.

Uma primeira possibilidade é o pagamento de uma indenização por parte do Poder Público ao concessionário (BRASIL, REsp. 1.248237-DF). As partes devem estabelecer os prazos de pagamento e as importâncias devidas. Nesse caso, a totalidade da sociedade, por meio dos tributos, paga, ainda que indiretamente, para compensar o desequilíbrio econômico-financeiro de um determinado contrato de concessão que, inicialmente, seria custeado basicamente pelos próprios usuários do referido serviço. Há dois problemas. Ocorre a transferência de um encargo exclusivo dos usuários do serviço público para a sociedade como um todo. Além disso, em geral, o Estado não tem somas significativas de dinheiro prontas para desembolsar em prol de um serviço que já foi concedido, em detrimento de outras áreas sociais relevantes. Nas palavras do professor Egon Bockman Moreira:

Por outro lado, no mundo dos fatos, é público e notório que os governos – federal, estaduais e municipais – estão quebrados. A palavra é essa. Há casos em que não há dinheiro em caixa para pagar a folha de salários –

¹⁵ Lei nº 13.103/2015, art. 17, § 6º, incluído pela Lei nº 13.711/2018: “O aumento do valor do pedágio para os usuários da rodovia a fim de compensar a isenção de que trata o *caput* deste artigo somente *será adotado* após esgotadas as demais alternativas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.” (grifos)

que são suspensos ou parcelados ou escalonados. Há décadas o Brasil não vivia situação tão trágica – e não há ninguém imune a isso (exceção feita à União, que pode emitir moeda). Muito embora apresente sinais de melhora, fato é que a arrecadação declinou (a economia em recessão tem tal efeito) e os gastos públicos precisam ser controlados (quando menos, em decorrência da EC nº 95/2016, que estabeleceu teto para o orçamento público. Logo, é inviável assumir novas despesas (imprescindíveis para obras e serviços), sob pena de prejudicar outras (MOREIRA, 2018, p. 132-135).

A segunda opção possível é o aumento da tarifa do serviço prestado. Essa hipótese restringe apenas aos usuários do serviço o aumento necessário e permite que eles saibam exatamente qual é o valor que cada um deles precisa pagar a mais em razão do desequilíbrio econômico. Há a vantagem de um maior controle social em razão da maior transparência quanto aos custos. A questão reside no montante que será acrescido, eis que as tarifas devem respeitar a modicidade tarifária (Lei nº 8.987, art. 6º, § 1º) (MARQUES NETO, 2002). Por vezes, o aumento do valor da tarifa pode inviabilizar a fruição do serviço por diversos usuários. Nesse sentido, a depender do contexto, o próprio legislador já prevê expressamente que o acréscimo de valor na tarifa deve ser a última alternativa a ser implementada¹⁶. Embora não seja uma regra-geral para todas as situações, essa norma certamente funciona como um importante vetor interpretativo para casos análogos. Há uma nítida preocupação do legislador em manter as tarifas em patamares de modicidade, a fim de possibilitar a fruição do serviço pelos usuários sem onerá-los excessivamente.

Outra alternativa é o aumento da base pagante de usuários. Trata-se de uma alternativa interessante, ao menos em abstrato. Não há oneração do Estado nem dos usuários do serviço concedido. Todavia, a viabilidade dessa opção dependerá, por evidente, das circunstâncias do caso concreto (BARROSO, 2007, p. 39). Não são todas as situações em que é isso é factível. Por exemplo, se ocorrer um desequilíbrio em determinada concessão metroviária, por vezes não será possível aumentar o número de usuários pagantes. Ou mesmo a instalação de uma praça de

¹⁶ Lei nº 13.103/2015, art. 17, § 6º, incluído pela Lei nº 13.711/2018: “O aumento do valor do pedágio para os usuários da rodovia a fim de compensar a isenção de que trata o *caput* deste artigo somente será adotado *após esgotadas as demais alternativas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.*” (grifos)

pedágio em determinado local de rodovia pode não ser uma opção viável, pois os possíveis afetados podem não ter condições financeiras de arcar com o novo pedágio.¹⁷ Com efeito, esta alternativa demanda um estudo de viabilidade no caso concreto.

Diante das considerações acima, parte da doutrina sustenta, seja pela possível violação à modicidade tarifária, seja em razão da impossibilidade material de aplicação de outros meios de reequilíbrio contratual, que a prorrogação deve ser prestigiada como forma alternativa e igualmente lícita de recompor a equação econômico-financeira inicial.¹⁸

3.1 ASPECTOS JURÍDICOS DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Sob o ponto de vista jurídico, a prorrogação é o mecanismo de recomposição que mais gera controvérsia. O art. 175, parágrafo único, I da Constituição Federal determina que a lei deve prever a prorrogação dos contratos. Em cumprimento ao comando constitucional, o art. 23, inciso XII da Lei nº 8.987/95 dispõe ser cláusula essencial do contrato as condições para sua prorrogação. Ademais, diante de acontecimento extraordinário, é possível a prorrogação ainda que não expressamente prevista no contrato.

Inicialmente, em relação à possibilidade jurídica da prorrogação das concessões quando consta previsão expressa no ato convocatório e no contrato de concessão, uma vez cumpridos os seus requisitos legais, será direito do concessionário.¹⁹ Alguns autores sustentam o descabimento

¹⁷ Há diversos casos em que o Poder Judiciário concede antecipação de tutela para desobrigar um grupo de pessoas do pagamento de pedágio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2016/08/tj-determina-isencao-de-pedagio-para-moradores-de-jambeiro-na-tamoios.html>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

¹⁸ PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 239. O referido autor cita outros autores que sustentam a prorrogação do contrato como a melhor alternativa: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 405-406; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 156-157; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 101.

¹⁹ No âmbito do setor elétrico, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a medida provisória nº 579/2012. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública – estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013. p. 915.

jurídico e econômico da previsão no edital e no contrato de concessão da prorrogação do prazo contratual. De acordo com esse entendimento, a prorrogação asseguraria ao concessionário uma vantagem incompatível com o princípio da isonomia, uma vez que o concessionário seria mantido na concessão por mais alguns anos em detrimento dos demais competidores e da livre iniciativa.

Não obstante, se há previsão no edital e no contrato de concessão acerca das condições para a prorrogação, no momento da licitação todos os licitantes têm conhecimento que o contrato de concessão pode vir a ser prorrogado, na forma estipulada. Por vezes, as cláusulas contratuais podem prever termos amplos e abstratos, aumentando o grau de discricionariedade do administrador, ou, por outro lado, podem determinar termos mais estritos, diminuindo a sua margem de apreciação (BINENBOJM, 2014, p. 207-256; GARCIA, 2016, p. 419).

A doutrina destaca as supostas vantagens das prorrogações dos contratos de concessões, sendo a eficiência uma delas. Segundo Egon Bockman Moreira (2018, p. 135), “[a] escolha racional é óbvia: é mais eficiente que os novos entrantes tendam a participar sozinhos das licitações para os novos contratos – e que os antigos se concentrem nos já existentes”. De acordo com esse raciocínio, portanto, a prorrogação geraria vantagens nas duas pontas: tanto nas licitações que precisam ser imediatamente realizadas como nos próprios contratos hoje em vigor. A ideia inclui os custos adicionais que eventual ruptura da concessão poderia gerar para obter uma nova contratação semelhante, dentre os quais destaca-se o custo da própria licitação.

A maior controvérsia ocorre quando a prorrogação funciona como instrumento de recomposição da equação econômico-financeira do contrato sem previsão legal, mas diante de uma situação de álea extraordinária não atribuível ao concessionário. Nesse caso, estende-se o prazo de exploração do serviço público para garantir a manutenção da relação original entre encargos e vantagens, sendo uma alternativa ao poder concedente aos outros mecanismos acima citados, isto é, de pagamento de indenização pelo Poder Público, de aumento de tarifa aos usuários e de acréscimo da base de usuários pagantes.

Ressalte-se que a prorrogação para reequilibrar a equação do contrato não funciona como forma de prolongar o contrato com o fim específico de viabilizar novas obras ou serviços a serem prestados em período posterior e acrescido ao determinado no edital de licitação, considerando

que os encargos já foram calculados para serem amortizados no prazo inicial.²⁰ Nesta hipótese, por evidente, haveria violação à regra da licitação e da isonomia entre os particulares.

A prorrogação para fins de reequilíbrio da avença, mesmo sem previsão contratual expressa, é medida constitucional e lícita, sendo uma decorrência lógica da necessidade de manutenção do equilíbrio da equação contratual. Não é possível antecipar todas as hipóteses supervenientes que possam vir a impactar o contrato (GARCIA, 2017, p 450-454). Sendo uma situação absolutamente extraordinária, não se exige que haja prévia previsão contratual:

Sendo assim, não se pode exigir previsão no edital da licitação ou no contrato para que haja a prorrogação-ampliação para fins de recomposição da equação econômico-financeira. A quebra da equação será uma hipótese extraordinária, derivada de um evento atípico, que foge à normalidade da execução contratual. Não precisa contar com previsão contratual expressa. Cabe até mesmo em face de previsão legal que vede a prorrogação-ampliação.

Nem se diga que a previsão do art. 23, XII, da Lei 8.987/1995 imporia a necessidade de previsão contratual da prorrogação até mesmo para fins de reequilíbrio. A norma apenas prevê que é cláusula essencial dos contratos de concessão a previsão das condições de sua prorrogação (ordinária). Não se afasta a possibilidade de prorrogação em situações excepcionais, decorrentes de circunstâncias não conhecidas ou controláveis na época da celebração do contrato (JUSTEN FILHO, 2016).

No âmbito de julgamento do caso conhecido como Decreto dos Portos, o Tribunal de Contas da União não descartou a possibilidade de eventos *extraordinários* serem aptos a fundamentar eventual prorrogação de concessão.²¹ A Corte de Contas fez uma interpretação pela

²⁰ “[O] prazo da outorga determina o montante total da remuneração a ser obtida pelo prestador do serviço. Logo, a ampliação do prazo é um meio de assegurar a viabilidade econômico-financeira de uma outorga custeada por tarifas mais reduzidas ou com encargos mais elevados.” JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 23, mar./abr. 2016. No mesmo sentido da desnecessidade de previsão legal prévia e entendendo que a prorrogação não tem prazo máximo, devendo durar o prazo total para que o contrato seja reequilibrado: PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: Editora IBRE, 2017. p. 156-157.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas de União. Acórdão nº 1.446/2018. O TCU avaliou a regularidade dos Decretos Presidenciais nºs 9.048/2017 e 8.033/2013 e limitou a sua aplicação a contratos portuários celebrados sob regime jurídico anterior. No caso analisado, entendeu-se não ter havido a demonstração *individualizada* dos motivos ensejadores da majoração do prazo de vigência máximo possível dos contratos já assinados.

constitucionalidade, em abstrato, do instituto da prorrogação do contrato de concessão diante de acontecimento considerado como álea extraordinária. Esse mecanismo pode se revelar legítimo se presentes as circunstâncias que autorizam o reequilíbrio da equação original do contrato de concessão.²²

Em análise de caso concreto envolvendo eventual prorrogação de contrato de concessão de rodovia diante de alteração unilateral do contrato por parte da Administração Pública, também é possível colher manifestação pelas supostas vantagens competitivas da prorrogação dos contratos de concessão:

Afora o aspecto jurídico, relativo aos direitos emergentes do contrato de concessão, é intuitivo que a consulente, que já é responsável cotidianamente pela manutenção, reforço, melhoramento e operação da Ponte e seus acessos, terá um custo menor para implementar as obras solicitadas pelo Poder Público do que qualquer outro interessado. Nesse contexto, e na linha do que já se expôs em tese, a opção de encarregá-la do serviço atende aos princípios da eficiência e da economicidade, na medida em que uma competição objetiva seria inviável na hipótese, pois um dos interessados pode, legitimamente, oferecer vantagens ao Poder Público que os demais não podem. Não há que se falar, portanto, em prejuízo à moralidade administrativa ou aos princípios da isonomia e impessoalidade (BARROSO, 2007, p. 45).

Dessa forma, a prorrogação pode ser mecanismo juridicamente admissível para reequilibrar a equação inicial do contrato, desde que, na hipótese, o próprio contratado não tenha dado causa ao desequilíbrio econômico-financeiro. É questão de o administrador avaliar qual é a medida mais adequada, considerando os interesses dos usuários, do concessionário e do próprio Estado. A discricionariedade do administrador público para a eventual escolha da prorrogação não é ampla ou destituída de balizas jurídicas. Ele deve se pautar no princípio da

²² O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diverso: “O STJ entende que, fixado estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, *in casu*, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.549.406/SC, Rel. Ministro: Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 06/09/2016.

proporcionalidade, bem como na modicidade tarifária e no melhor interesse do usuário do serviço. Deve demonstrar as razões jurídicas pelas quais a solução adotada é, no caso concreto, a menos onerosa comparativamente com as demais, ponderando os custos e os benefícios, bem como as diversas variáveis que estão em jogo (GARCIA, 2016, p. 375).

4. O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Em recente julgamento, o Tribunal de Contas da União teve a oportunidade de analisar a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão como forma de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (BRASIL, Acórdão 1.446/2018). O referido julgamento ocorreu a partir da análise pela Corte de Contas de determinados dispositivos previstos no Decreto nº 9.048/2017, mais conhecido como Decreto dos Portos, editado com o objetivo de regulamentar, entre outras questões, a possibilidade de adaptação dos contratos de arrendamento portuário à denominada Nova Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013).

Naquela ocasião, a Corte de Contas estabeleceu critérios para adoção desse instituto nos contratos administrativos, fixando premissas específicas no caso concreto que podem – e devem – ser observadas quando da adoção desse instituto como forma de reequilíbrio da equação financeira dos contratos administrativos. A análise dos fundamentos apresentados nesse importante precedente é essencial não apenas para o setor portuário, mas particularmente para todos os segmentos ligados à infraestrutura no Brasil.

4.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

Os arrendamentos portuários envolvem a outorga de contratos de arrendamento por longo período, com perspectivas de alterações e evoluções que nem sempre são previsíveis no ato da contratação. A dinâmica das circunstâncias em que são prestados os serviços nesse segmento são evidentes se considerada a necessidade de recepcionar modernas embarcações de outros países e a imprescindibilidade de manter modernas instalações para realizar a respectiva movimentação de

carga. Nesse contexto, a prestação desse serviço deve se dar de maneira eficiente, o que demanda correntes e vultosos investimentos, sob pena de vitimar a própria economia do país.

Esse setor era inicialmente regulamentado pela lei nº 8.630/1993, também denominada de Lei de Modernização de Portos. A referida legislação tinha como um dos principais objetivos fomentar a exploração de serviços portuários nos portos públicos pelos agentes privados, a partir do arrendamento de instalações e terminais aos interessados por meio de licitações públicas. A mencionada legislação também previa dispositivos nos quais foram estabelecidos critérios para o início, término e eventual prorrogação contratual, com o prazo máximo não superior a cinquenta anos.

Posteriormente, com a edição da lei nº 12.815/2013 (Nova Lei dos Portos), em substituição à lei nº 8.630/1993, foram renovados os parâmetros e critérios com o objetivo de atrair novos investimentos para essa área estratégica, tornando o setor portuário brasileiro mais competitivo e eficiente.

A referida legislação apresentou novas formas de exploração de instalações portuárias, além de prever a possibilidade de o poder concedente prorrogar antecipadamente contratos celebrados quando da vigência da legislação que a precedeu. Outra relevante inovação legislativa apresentada pela Nova Lei dos Portos foi a retirada do texto legal de qualquer limitação quanto ao seu prazo máximo de vigência do arrendamento ou concessão, e a possibilidade de prorrogação indefinida desses contratos.

Após a promulgação da referida legislação, foi editado o Decreto nº 8.033/2013, com o objetivo de regulamentar as inovações trazidas pela legislação. Entre os principais pontos, vale destacar que o referido Decreto fixou o prazo limite de 25 (vinte e cinco) anos de vigência para os contratos de arrendamento portuários, prorrogáveis uma única vez por período não superior àquele originalmente contratado com a Administração Pública. Além disso, ao regulamentar a Nova Lei dos Portos, o Decreto também condicionou a expansão da área arrendada à efetiva comprovação da impossibilidade de promover nova licitação de arrendamento do local.

No ano de 2016, o Governo Federal optou por formar um Grupo de Trabalho para discutir inovações no setor portuário. Esse grupo era formado por diversos atores desse segmento, além de agentes públicos, com o objetivo de analisar os mecanismos até então vigentes nesse setor.

Como resultado das discussões e análises realizadas, foi editado o Decreto nº 9.048/2017, também denominado de Decreto dos Portos, alterando substancialmente os dispositivos previstos no Decreto nº 8.033/2013, até então vigente.

O Decreto dos Portos introduziu, entre outras questões, a possibilidade de substituir áreas dentro do porto organizado sem licitação prévia, a extensão do prazo do prazo inicial de concessão para até 35 (trinta e cinco) anos, facultando a sua prorrogação por sucessivas vezes, até o limite máximo de 70 (setenta) anos. Além disso, os dispositivos ainda autorizaram a realização de investimentos em infraestrutura comum, em área externas ao local arrendado, com a obrigatoriedade de reequilibrar financeiramente o respectivo contrato.

Por fim, o referido Decreto fixou o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que os titulares de contratos de arrendamentos portuários firmados na vigência da legislação anterior (Lei nº 8.630/93) apresentassem eventuais pleitos de adaptação desses instrumentos ao novo marco regulatório do setor.

4.2 EXAME DO SETOR TÉCNICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A partir da edição do Decreto nº 9.048/2017, a Secretaria de Fiscalização Infraestrutura Portuária e Ferrovia (SeinfraPortoFerrovia) do Tribunal de Contas da União iniciou o acompanhamento dos atos e procedimentos de adaptação de contratos de arrendamentos portuários pelo Ministério do Transporte, Portos e Aviação Civil (MPTA) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Após o fornecimento das informações pelos órgãos competentes ao setor técnico da Corte de Contas, verificou-se, em caráter preliminar, indícios de irregularidade em três pontos específicos, quais sejam: (i) a possibilidade de extensão de vigência do contrato sem amparo legal; (ii) a possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada; e (iii) a possibilidade de substituição de área pública arrendada sem licitação.

No que concerne ao presente texto, convém destacar que a área técnica da Corte de Contas analisou detidamente a possibilidade de extensão de vigência do contrato como forma de

promover o seu reequilíbrio econômico-financeiro, sopesando todos os argumentos apresentados pelos órgãos competentes e demais interessados no julgamento do caso.

Após longa e minuciosa instrução, o SeinfraPortoFerrovia concluiu que as características de mutabilidade dos contratos de concessão de longo prazo admitem alterações específicas, inclusive no próprio prazo contratual, conforme precedentes da Corte de Contas. Entretanto, a possibilidade de mutação do contrato não é absoluta, e encontra limites na legislação e nos princípios constitucionais que norteiam a administração pública – notadamente a isonomia, a impessoalidade e a vinculação ao instrumento convocatório, entre outros.

No entender da área técnica do Tribunal de Contas da União, a extensão do prazo máximo de vigência contratual estaria limitada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, sendo certo que para a sua adoção é indispensável a avaliação de cada caso, verificando o atendimento ao interesse público, além da necessária fundamentação da medida.

Além disso, na linha de precedentes do TCU, o SeinfraPortoFerrovia destacou que, tratando-se de medida excepcional, a extensão contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro demanda a adoção de outras providências que condicionam a sua aplicabilidade. No caso, destacou a área técnica do TCU, é indispensável a comprovação de um fator superveniente e imprevisível à época da contratação, e cujo risco tenha sido originalmente alocado à administração, apto a ensejar o desequilíbrio da equação financeira originalmente prevista entre as partes.

Além disso, outro requisito indispensável à aplicabilidade desse instituto, segundo a SeinfraPortoFerrovia, é a demonstração de que a alteração do contrato é a alternativa mais adequada entre as possibilidades do gestor – notadamente o aumento da tarifa, a diminuição de investimentos ou encargos financeiros e a indenização do particular – para a recomposição da equação econômico-financeira.

Em síntese, portanto, a unidade instrutora concluiu que a prorrogação do prazo contratual com o objetivo de promover o equilíbrio econômico-financeiro do contrato está condicionada a verificação dos seguintes requisitos, cumulativamente: (i) a ocorrência de fato superveniente alocado originalmente como risco do poder concedente, alterando a equação financeira originalmente prevista no pacto; (ii) a demonstração da inviabilidade de utilização de outras

alternativas para recomposição do equilíbrio contratual; (iii) efetiva necessidade de adoção do mecanismo de recomposição econômico-financeiro do contrato.

Assim, a unidade técnica do Tribunal de Contas da União destacou naquela oportunidade que “o elastecimento de prazos contratuais não pode ser realizado de maneira genérica e apriorística, como se extrai do texto do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017. A ampliação ou redução do prazo contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro exigiria uma causa justificadora prévia ou concomitante, a ser apurada caso a caso, que tenha como resultado o abalo da equação econômico-financeira original. E também seria realizado o exame pela Administração, para o caso específico, a fim de buscar a maneira de recompor o equilíbrio que melhor atenda ao interesse público, considerando-se as opções disponíveis”.

4.3 A DECISÃO DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Ao analisar o caso, o relator designado, Ministro Bruno Dantas, cujo voto foi integralmente seguido à unanimidade pelo plenário do Tribunal de Contas, antecipou que adotaria as razões expostas pelo bem instruído parecer do setor técnico da Corte de Contas, no sentido de admitir a prorrogação de contrato de concessão exclusivamente nas hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro da avença com a administração pública. Entretanto, o Ministro relator destacou que o ordenamento jurídico aceita essa possibilidade apenas em situações excepcionálíssimas, razão pela qual o julgador propôs medidas adicionais no sentido de restringir a adoção desse instituto no caso concreto.

Ao iniciar a análise da questão, e partindo da premissa de que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato só é concebível em situações excepcionálíssimas, o Ministro Relator destacou que a aplicação desse instituto deve estar restrita a hipóteses semelhantes àquelas referentes à teoria da imprevisão. Nesse contexto, expôs o Ministro, não é possível recorrer a esse instituto, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando a questão versar sobre novos investimentos ou quando esse desembolso pudesse ser ordinariamente previsto pelo Poder Público, desde que adotado o mínimo, necessário e tempestivo planejamento.

Outro critério adicional destacado pelo o Ministro Relator é a impossibilidade de adoção desse instituto próximo ao termo contratual. Do contrário, poderia ser caracterizado como ofensa ao necessário dever de licitar pela Administração Pública. Ademais, como bem registrado no voto, uma vez que o contrato caminha para o seu encerramento, é natural – e até esperado – que esse novo investimento seja incluído nas obrigações do futuro concessionário, ao invés de justificar a prorrogação do contrato atual. Ao agir assim, prestigiam-se os princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e igualdade entre os participantes, na busca pela proposta mais vantajosa para administração pública.

Além disso, outro importante critério fixado pelo Relator diz respeito à impossibilidade de extensão de prazo contratual aos concessionários que estejam em falta com as obrigações assumidas perante o Poder Público, especialmente as relacionadas a investimentos originalmente previstos ou a padrões de qualidade e desempenho na prestação do serviço. Tal medida, em última análise, evita agraciar aquele arrendatário que deixa de cumprir suas elementares obrigações com a administração pública e com os seus usuários.

De modo a dar maior segurança ao poder concedente, o Relator ainda propôs que, uma vez verificada a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o futuro ajuste preveja uma cláusula resolutiva para o caso de o concessionário deixar de realizar a obra que motivou a extensão do prazo da avença. Assim, caso a obrigação que originou a extensão contratual não seja efetivamente cumprida, o arrendatário perderia o benefício obtido, trazendo maior segurança ao poder concedente.

Ao tratar especificamente dos limites da prorrogação de prazo, o Relator destacou que essa medida não é discricionária, mas resultado de uma equação financeira, uma vez que deve guardar relação com os investimentos realizados. Nesse sentido, destacou que a “análise prévia do orçamento desses novos investimentos – incluindo custos e quantitativos – deve ser tão rigorosa quanto numa obra nova que ainda vai ser licitada, uma vez que a inclusão de novos investimentos via reequilíbrio do contrato de concessão, ainda que sobre a forma de prorrogação de prazo, leva o concessionário a ser remunerado em patamares tão maiores quanto forem os custos apresentados. Essa perversa estrutura de incentivos implica em riscos de soluções técnicas antieconômicas, custos sobreavaliados e quantitativos artificialmente elevados”.

Diante de todos os elementos acima destacados, verifica-se que o Tribunal de Contas reconheceu a possibilidade de promover o reequilíbrio do contrato de concessão por meio da extensão do prazo contratual. O referido julgamento trouxe importantes orientações e critérios para adoção do instituto da prorrogação antecipada do contrato como forma de recomposição econômico-financeira dos contratos de concessão, os quais deverão ser observados pelo poder concedente e pelo arrendatário nos casos de aplicação desse instituto.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou uma pesquisa jurídica sobre a essencialidade do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns de serviços públicos, examinando meios de recomposição da equação inicial, com foco nos aspectos jurídicos e econômicos das prorrogações das concessões.

Os contratos de concessões de serviços têm objetos complexos e são de longa duração, ainda que a legislação não determine, em todos os casos, os prazos mínimos e máximo. Assim, tais contratos são informados pelo princípio da mutabilidade: pode ser necessário efetuar alguns ajustes de acordo com situações imprevisíveis e de graves consequências, que venham a desequilibrar a equação originária.

O equilíbrio econômico e financeiro de um contrato de concessão é o resultado de uma equação complexa que se estabelece no momento da aceitação, pelo poder concedente, da proposta do concessionário, a qual contém as receitas, ordinárias e extraordinárias, da concessão, a taxa de remuneração da empresa e as despesas necessárias para a execução do objeto do contrato de forma adequada durante o prazo determinado no edital.

Há alguns instrumentos disponíveis para reequilibrar a equação do contrato de concessão, dentre os quais: a indenização ao concessionário, o aumento da tarifa do serviço prestado, o aumento da base de usuários pagante e, por fim, e com ênfase, a prorrogação da concessão.

A prorrogação da concessão é instrumento juridicamente legítimo para reequilibrar a concessão, sendo possível ao poder concedente utilizar deste mecanismo mesmo não sendo prevista originalmente no edital ou na minuta de contrato, desde que tenha ocorrido fato

superveniente que não pudesse ter sido previsto pelas partes e de consequências graves, mas o novo prazo deve ser apenas o suficiente para amortizar os investimentos previstos no termo aditivo, garantindo o retorno do particular.

A escolha pela prorrogação do contrato de concessão deve levar em conta também elementos econômicos, por vezes absolutamente ignorados pela doutrina jurídica, notadamente os incentivos econômicos do concessionário na prorrogação. Sem a existência de efetiva competição, o particular tende a apresentar à Administração Pública valores maiores do que apresentaria em uma situação de competição com outros licitantes, razão pela qual a prorrogação não é, necessariamente, a melhor solução. Os incentivos econômicos nos cenários com ou sem competição – licitação e prorrogação contratual, respectivamente – são absolutamente diversos. A realização de nova licitação é uma maneira de introduzir a competição pelo objeto a ser concedido, podendo ter o efeito benéfico de reduzir os valores a serem pagos pela prestação do serviço concedido.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALBACH SCHWIND, Rafael (Org.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 309-382.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 23, mar./abr. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a medida provisória nº 579/2012. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública – estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013. p. 903-919.

_____. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. *Boletim de Licitações e Contratos – BLC*. São Paulo, n. 7, ano 15, p. 415-428, jul. 2002.

MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. In: OLIVEIRA FILHO, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. *Parcerias público-privadas – experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de Concessão: Porque Precisamos Pensar Seriamente na sua Prorrogação. *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, janeiro de 2018, p. 132-135.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, Equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno (TIR). In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, 2016. p. 337-356

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. Contratos administrativos de longo prazo: entre a incompletude e a certeza da mudança, uma proposta regulatória. In: GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado Regulador* (Org.). Curitiba: Juruá, 2017. v. III.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Método, 2017.

PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. Rio de Janeiro: Editora IBRE, 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VISCUSI, William; HARRINGTON JR., Joseph; VERNON, John. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 2005.

Encaminhado em 25/03/19

Aprovado em 26/03/20