

O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre

The Concept of Contract Extension Applicable to Concessions of Land Transport Infrastructure

Submetido(submitted): 25/08/2018

Parecer(revised): 08/10/2018

Aceito(accepted): 15/10/2018

Carlos Fernando do Nascimento*

Resumo

Propósito – O artigo analisa a *Prorrogação* aplicável aos contratos de concessão de infraestrutura de transporte terrestre para estabelecer um conceito, diferenciando-a de outras alterações contratuais, considerando que o termo não tem uma definição legal uniforme e é mal interpretado e equivocadamente aplicado ou indevidamente rechaçado pelos reguladores e pelos órgãos de controle.

Metodologia/abordagem/design – As conclusões estão apoiadas em uma pesquisa explicativa doutrinária, normativa e jurisprudencial do termo “prorrogação”, analisadas pelo método dedutivo.

Resultados – A imprecisão conceitual de fato permeia a jurisprudência e a doutrina e contribui para a inadequada aplicação aos casos concretos. Além disso, patrocina a elaboração de textos normativos equivocados para solucionar problemas inexistentes, advindos de uma identificação desatenta das finalidades e dos motivos que lastreiam a *Prorrogação*. Não obstante, foi possível estabelecer uma tipologia clara para as alterações contratuais dos contratos de concessão de infraestruturas de transportes terrestres e indicar subespécies com suas características e aplicações.

Palavras-chave: contrato, prorrogação, concessão, ferrovia, rodovia.

Abstract

Purpose – The article analyses the contract extension applicable to land transport infrastructure concession to establish an adequate concept, differentiating it from other alterations of contract, whereas that the term has no uniform legal definition and is misinterpreted and mistakenly applied or wrongly rejected by both regulators and control bodies.

Methodology/approach/design – The conclusions are supported by an explanatory research of the doctrinal, normative and adjudication approaches related to contractual extension, analysed by the deductive method.

*Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo e Processo Administrativo pela Universidade Candido Mendes, e em Regulação de Transportes Terrestres pela Escola Politécnica da UFRJ. Advogado, é ex-diretor e Especialista em Regulação da Agência Nacional de Transportes Terrestres. E-mail: cfnascimento@campus.ul.pt.

Findings – *Conceptual imprecision is indeed present in judicial decisions and doctrine and contributes to the inadequate application of the contract extension to real cases. Moreover, it inspired erroneous normative texts to solve non-existent problems, produced from a perfunctory identification of the objectives and reasons that requires the contract extension. However, it was possible to establish a clear typology for contractual changes in concessions of land transport infrastructure and to indicate subspecies and their respective characteristics and applications.*

Keywords: contract, extension, concession, railroad, highway.

Introdução

A *prorrogação*, espécie da família das alterações contratuais aplicáveis às concessões de ferrovias e rodovias, é injusta e constantemente demonizada na prática regulatória e no controle daquelas concessões.

Adotando a ideia de que os conceitos jurídicos são importantes para permitir e viabilizar a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, se mostra necessário promover à existência um conceito jurídico subjacente ao termo *prorrogação*, bem como uma definição para o termo e, ainda, suas subespécies e características juridicamente relevantes para a gestão dos contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre.

A despeito das diversas contribuições da doutrina jurídica e das tentativas normativas para delimitar o termo “*prorrogação*”, não existe um conceito legal geral aplicável que positivasse a separação das hipóteses de alteração do prazo contratual, especialmente a similar à *prorrogação*, que será nominada aqui de *aditamento de prazo*, pois também adiciona prazo ao contrato, mas tem como finalidade a reposição do equilíbrio contratual.

Esta diferenciação é imprescindível porque o *aditamento* está vocacionado para a solução de um estado de desequilíbrio da concessão identificado objetivamente durante a execução contratual, enquanto a *Prorrogação* está ligada diretamente a um interesse público qualificado por condições específicas previamente contratualizadas ou em uma situação na qual, pela ótica da continuidade do serviço, é temporariamente mais vantajoso prorrogar o contrato do que licitar, sempre considerando critérios técnico-científicos.

Não é a pretensão deste artigo estabelecer a validade ou a invalidade de outros conceitos elaborados pela doutrina, nem se debruçar sobre a *reapetuação*, a reposição do equilíbrio contratual ou os limites à alteração dos contratos de concessão, sobre os quais serão apenas apresentados comentários úteis ao objetivo inicial.

Para delimitar a *prorrogação* procurei diferenciá-la de outros termos e tratar especificamente das concessões federais para a exploração de

infraestrutura de transporte ferroviário – associada ou não à prestação do serviço de transporte – e de rodovias.

Inicialmente, a par do imenso rol de características dos contratos de concessão de infraestruturas de transportes, será apresentada uma classificação das alterações contratuais possíveis à luz da Lei nº 10.233/2001, identificando gêneros e espécies, progredindo até o detalhamento da *Prorrogação*, indicando suas subespécies e aplicações.

A família das alterações dos contratos de concessão

A alteração dos contratos de concessão de serviços públicos foi e continua sendo objeto de certa rejeição por parte dos adeptos da concorrência como panaceia universal para as ineficiências dos serviços públicos regulados.

No caso das concessões de infraestruturas de transportes terrestres, temos uma família de alterações contratuais possíveis, guiadas pela Lei nº 10.233/2001, cujos gêneros e as espécies são os seguintes:

- a. alterações no *prazo da outorga*, cujas espécies são: o *aditamento* e a *supressão de prazo*, a *encampação* e a *prorrogação*;
- b. alterações nas *condições econômico-financeiras da outorga*, cujas espécies são: o *reajuste da tarifa*, a *revisão da tarifa* e a *revisão de parâmetros e obrigações econômico-financeiros*; e
- c. alterações nas *condições de execução do objeto*, cujas espécies são: a *revisão de direitos* e a *revisão de obrigações*.

Esta taxonomia tem como parâmetro principal de distinção a similitude de suas espécies, agrupadas considerando as cláusulas essenciais do contrato indicadas no art. 35 da Lei nº 10.233/2001 e o item ou itens do contrato sobre os quais incidirá o comando administrativo.

As espécies de alteração no prazo da outorga têm a diferenciação fundada na avaliação do motivo e da finalidade da ação administrativa diante do caso concreto. Esta distinção é fundamental para alocar a decisão de alteração de prazo dentro do regime jurídico adequado. A análise prévia destes dois pressupostos do ato administrativo definirá o rol de espécies aplicáveis e garantirá sua validade jurídica.

Neste contexto, tenho como motivo o pressuposto fático que autoriza ou exige a prática do ato, conforme conceitua Bandeira de Mello (2013, p. 401). É a situação concreta enquadrável na previsão abstratamente estabelecida pela norma e que reclama por uma manifestação do concedente.

Em paralelo, adoto a mesma doutrina de Bandeira de Mello para firmar que a finalidade é “o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo”. Daí decorre que “não se pode buscar através de um dado ato a proteção de um

bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato” (MELLO, 2013, p. 409).

Observando o motivo e a finalidade é possível afirmar que as alterações nas *condições de execução do objeto* – previstas nos incisos III e IV do art. 35 da Lei nº 10.233/2001 – têm como finalidade principal garantir o exercício adequado da exploração da infraestrutura e da prestação do serviço, sob a ótica da eficiência, da segurança e da atualidade do serviço público.

Outrossim, se apresentam como ferramentas apropriadas para a reposição do equilíbrio contratual as alterações nas *condições econômico-financeiras da outorga* – incisos V, VI, VII, VIII, IX e XI do art. 35 da Lei nº 10.233/2001 – que de forma geral se relacionam com garantia da modicidade tarifária.

Contudo, respeitando o foco deste artigo, adiante vou tratar das alterações no *prazo da outorga*, detalhando a *prorrogação* para demonstrar sua aplicação específica.

Antes disto, importante pontuar rapidamente a *repackuação*, prevista no art. 50 da Lei nº 10.233/2001 e aplicável às outorgas vigentes na data de instalação das agências reguladoras de transportes terrestres e aquaviários que passaram a ser por elas reguladas.

É possível considerar a *repackuação* como uma alteração contratual *lato sensu*, mas ponderando as restrições a sua utilização, sua abrangência e a possibilidade de apenas um evento por contrato, entendo que ela não deve figurar como membro da família das alterações contratuais aqui proposta.

É certo que o dispositivo obriga a ratificação dos direitos pré-existentes e a conformação do objeto delegado ao tipo de outorga definida pela Lei: por exemplo, se há uma *autorização* para exploração de infraestrutura ferroviária, ela deve ser convertida em *concessão* porque a lei vinculou aquele objeto a este tipo de outorga.

Porém, também determina que todos os contratos vigentes sejam adequados às normas gerais estabelecidas nas subseções I, II, III e IV da Lei, ou seja, o novo contrato deve ser confeccionado com todos os elementos essenciais indicados no art. 35, o que, na maioria dos casos abarcados, encaminha para um outro cenário contratual, devidamente atualizado.

De qualquer modo, o art. 50 só sustenta um evento de *repackuação* por outorga, pois se, pela *repackuação* ou por qualquer outro ato, o contrato for ratificado ou adaptado à nova realidade regulatória, desaparece a finalidade do artigo.

Sob outro ângulo, um ponto que se aproveita deste dispositivo é a clareza ao balizar os limites à alteração contratual. A amplitude das mudanças determinadas pelo dispositivo contraria a tese da rigidez contratual defendida por parte da doutrina, além de servir de rol exemplificativo das alterações

possíveis caso se mostrem necessárias ao longo da execução contratual, independente da sua admissibilidade.

O art. 50 protege o objeto – isolado no inciso I do art. 35 da Lei – e franqueia a modificação das demais cláusulas essenciais do contrato, constituindo um ótimo indicativo do que seria legítimo, *a priori*, em termos de modificação contratual, durante a execução do contrato de concessão, sem ofensa ao princípio da concorrência, ainda que algumas modificações possam ser objeto de restrição específica.

Justificada a não inclusão da *repactuação* na família das alterações contratuais, passo adiante.

As alterações no prazo da outorga

Mesmo pertencendo ao gênero das *alterações no prazo da outorga*, existem claras diferenças entre o *aditamento de prazo*, a *supressão de prazo*, a *encampação* e a *prorrogação*. Como já afirmado, ainda que outras características possam ser utilizadas para distinguir cada espécie, é suficiente para a classificação aqui proposta um primeiro olhar sobre o motivo e a finalidade.

Neste rastilho, a desordem na construção lógico-racional que leva o concedente a intervir no contrato contribui para a confusão entre os conceitos subjacente aos termos. Antes de tudo, é necessário estabelecer o elemento, de fato ou de direito, que se mostra relevante na ótica do interesse público e, por isto, motiva a ação do Poder Concedente com uma determinada finalidade.

Aditamento e supressão de prazo: equilíbrio contratual

Primordialmente, tanto o *aditamento* quanto a *supressão de prazo* servem para garantir o equilíbrio contratual. Em verdade, este direito ao equilíbrio econômico-financeiro não nasce do contrato de concessão: ele nasce com o contrato. E, no caso de serviços públicos, não diz respeito à defesa do contratado ou do contrato em si, mas do serviço público como atividade econômica complexa, incompletamente retratada no texto contratual.

O equilíbrio contratual enquadra-se em um dilema comum do gerenciamento de projetos: a interdependência entre prazo, escopo (qualidade) e custo. Cabe ao regulador tentar balancear estas variáveis de forma que o resultado seja o mais próximo do interesse público vigente.

Ademais, sendo função das diversas variáveis do empreendimento, tanto o desequilíbrio quanto o reequilíbrio podem resultar de alterações, combinadas ou isoladas, nas *condições econômico-financeiras da outorga*, nas *condições de execução do objeto* ou no *prazo*.

Assim, o interesse público na manutenção do equilíbrio da concessão determina que o concedente atue e a alteração do prazo do contrato é apenas um modo possível para a manutenção do contrato equilibrado. Serve bem à reposição do equilíbrio, especialmente nas infraestruturas de transporte terrestre, que tendem ao monopólio natural.

A simplicidade relativa demandada para obtenção do resultado compensatório decorrente de uma alteração do prazo da outorga, *ceteris paribus*, advoga ao seu favor como primeira alternativa para a reposição do equilíbrio contratual.

Além disso, e principalmente, a alteração de prazo não tem afetação direta no custo do usuário ou da Administração e também não requer do concedente uma complexa análise do conjunto das variáveis do empreendimento ou uma discussão sobre a eficácia compensatória de cada medida reequilibradora.

Neste sentido, Bandeira de Mello (2009, p. 58) argumenta que a alteração do prazo é “um expediente utilizável para evitar agravar os usuários com o aumento das tarifas”. Privilegiando a modicidade tarifária, seria uma:

“fórmula concebida para, ao atender um dever jurídico inelutável – o de promover o reajuste tarifário necessário para manter o equilíbrio financeiro do contrato – evitar sua repercussão sobre os usuários do serviço.”

Ora, como as medidas corretoras não estão tipificadas em rol taxativo, é ampla a possibilidade de escolher uma ou outra, ou mesmo uma combinação de medidas, desde que seja garantido como resultado o equilíbrio dos parâmetros originais do contrato.

É preciso ter em mente que o *aditamento* e a *supressão* são aplicáveis quando verificado um estado de desequilíbrio contratual cuja causa obrigue o concedente a reequilibrar o contrato. Em ambos os casos, o *quantum* temporal é determinado pelo desequilíbrio.

Ainda que seja possível ao legislador estabelecer que os desequilíbrios contratuais sejam resolvidos sempre com um *aditamento de prazo*, tal evento não pode ser entendido como uma *prorrogação*. Da mesma forma, uma *Encampação* não pode ser confundida com uma *supressão de prazo*.

Isto porque, a *encampação* e a *prorrogação* estão diretamente ligadas ao interesse público de adiar ou antecipar a extinção do contrato visando a continuidade da prestação do serviço dentro do melhor interesse público e são delimitados por outros parâmetros, como será visto adiante.

Encampação e prorrogação: interesse público

A *encampação* e a *prorrogação* são figuras previstas nas Leis nº 8.987/1995 e nº 10.233/2001 e pertencem ao rol das disposições essenciais dos contratos de concessão.

A primeira tem o interesse público estampado diretamente no seu conceito legal, vide art. 37 da Lei nº 8.987/1995: a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público. Em outras palavras, é o ato que antecipa a extinção da outorga, motivado por um interesse público identificado no curso da execução contratual.

Este conceito legal denota a contraposição entre os dois eventos contratuais legalmente previstos, pois se de um lado a *prorrogação* adia a extinção do contrato por interesse público, a *encampação* antecipa-a em relação à data original pelo mesmo motivo. Esta relação de oposição entre *encampação* e *prorrogação* é um tanto óbvia e esclarecedora, mas foi pouco explorada pela doutrina.

Estes dois atos do concedente diferem dos dois primeiros pertencentes ao mesmo gênero no que toca o motivo e a finalidade. *Encampação* e *prorrogação* são as duas espécies de *alteração no prazo da outorga* cuja finalidade direta e imediata é a alteração do prazo contratual motivada por um interesse público que não deriva do contrato, ainda que possa estar nele retratado.

Esta similaridade entre estas duas espécies de alteração de prazo também afasta a alegação da aplicação somente por expressa previsão contratual, pois entender que o poder concedente somente pode se valer da *prorrogação* quando constar do contrato é também vincular a possibilidade de *encampação* à expressa previsão contratual.

Neste passo é importante lembrar que o legislador estabeleceu um rito rigoroso para o rompimento do contrato pela via da *encampação*, inclusive com a necessidade de autorização legislativa, mas deixou a *prorrogação* na esfera decisória do concedente, o que indica a deferência à continuidade do serviço público delegado, ao contrato assinado e à capacidade técnica especializada do concedente para identificar a melhor opção ao fim do contrato.

Passemos então à *prorrogação* aplicável aos contratos de concessão de infraestruturas de transportes terrestres.

O que é prorrogação?

Infelizmente, a realidade do conceito de *prorrogação* no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina não é favorável à imediata identificação dos seus fundamentos e à análise simplista. As duas subseções que seguem vão

apresentar um quadro que serve de exemplo do uso intercambiável do termo “prorrogação” que acarreta a confusão e a aplicação equivocada.

A prorrogação nas normas aplicáveis

As concessões de serviços públicos aparecem no topo das normas: no inciso I do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, que atribuiu à lei a tarefa de dispor, no caso de concessões e permissões, sobre “o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”.

O texto constitucional foi regulamentado de forma geral pela Lei nº 8.987, de 1995, sem prejuízo das disposições previstas em leis aplicáveis à serviços públicos específicos, e conceitua a “concessão de serviço público” e a “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”. A Lei nº 10.233, de 2001, não inova nestes conceitos.

Ao que aparenta, as leis citadas não vedaram nem deixaram a possibilidade de *prorrogação* ao arbítrio do concedente: ficou consignada como essencial a contratualização de regras que conduziriam à *prorrogação*, garantindo ao licitante a ciência antecipada das condições que cancelariam a ampliação do prazo, sem vedar o seu uso em outras situações, mesmo que o interesse público se manifeste neste sentido somente durante a execução contratual. Isto também se extrai do debate legislativo do Projeto de Lei do Senado nº 179/1990.

A redação primitiva deste Projeto estabelecia a *prorrogação* como cláusula essencial do contrato somente se prevista no edital e na lei que autorizasse a concessão. Entretanto, durante a tramitação o texto foi alterado e o inciso XII do art. 23 passou à forma vigente, tornando essencial a definição das condições que vinculam o concedente à *prorrogação*.

No caso específico aqui tratado, a redação aprovada no Legislativo foi sancionada como a Lei nº 10.233/2001, com vetos que têm especial importância para este trabalho: à alínea *a* do inciso II do art. 28; e também aos seus artigos 36 e 40.

As razões do veto indicavam que propiciar a renovação dos contratos de concessão teria se revelado, na prática, contrário ao interesse público porque diante da complexidade de um processo licitatório e da relativa facilidade da renovação, o concedente decidiria por renovar o contrato, burlando a regra da licitação.

É bem verdade que o artigo vetado estabelecia pseudocondições para a renovação do contrato, pois pré-satisfeitas: bastaria ter prestado o serviço adequado (um requisito próprio da concessão) e haver interesse da Administração na prestação daquele serviço público nos termos do contrato vigente (um motivo para a licitação).

Então a falha não estava propriamente na *renovação* ou na *prorrogação*, mas no desvio operado pelo concedente para afastar a obrigatoriedade de licitação. Como o veto deveria abranger o texto integral do dispositivo, a *prorrogação* foi retirada, retornando pouco mais de um mês adiante, com a Medida Provisória nº 2.201-1, de 2001, que incluiu o art. 34-A na Lei.

A rejeição explícita à *renovação* com a subsequente inclusão de dispositivo obrigando a consignação de condições para a *prorrogação* no contrato reforçou a sua legalidade, sob condições e estabelecida previamente. A Lei não determinou a *prorrogação* do contrato, todavia garantiu a antecipação, em cláusula essencial, de condições que abonariam este direito do concessionário, tornando ilegal a sua imprevisão.

Adicionalmente, em novembro de 2016 foi editada a Medida Provisória nº 752 – substituída posteriormente pela Lei nº 13.448/2017 – que estreou diretrizes gerais específicas para a *prorrogação* de um grupo determinado de contratos¹: aqueles incluídos no Programa de Parcerias de Investimentos, conforme expressamente definido no art. 2º da Lei nº 13.334/2016.

Ocorre que o Poder Executivo não enxergou a obrigação de repactuar imposta à ANTT pelo art. 50 da Lei nº 10.233/2001, já comentada, e acabou por editar tal Medida Provisória, buscando a *prorrogação* dos contratos para a inclusão de novos investimentos necessários e as modernizações regulatórias desejadas. Pelo texto, a Medida Provisória estabeleceu dois conceitos jurídicos de *prorrogação* que foram reprisados, sem alterações relevantes, na Lei substituta:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

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

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

Analisando os dispositivos, os dois conceitos se assemelham: a *prorrogação* foi “admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original”, ou seja, a possibilidade de prorrogação contratual é pretérita à licitação e seria, supostamente por isso, juridicamente viável; e será “realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado”.

¹Importante salientar que a Lei nº 13.448/2017 não alterou as disposições gerais sobre a *prorrogação*, nem as especiais previstas em outros normativos ou contratos.

Nas duas hipóteses, o concedente deve garantir a incorporação de novas tecnologias e serviços, bem como a adoção contratual das melhores práticas regulatórias e inserir novos investimentos, conforme o caso.

Aparentemente as diferenças seriam: no inciso I, a prorrogação ocorre “em razão do término da vigência do ajuste”; e no inciso II, a prorrogação produz efeitos “antes do término da vigência do ajuste”. No entanto, se de um lado o “término da vigência do ajuste” não é razão jurídica suficiente para suprimir a obrigatoriedade de licitação; do outro, é evidente que a prorrogação deve produzir seus efeitos “antes do término da vigência do ajuste”, pois não se prorroga um contrato extinto.

Embora a diferença entre “incluir novos investimentos” e “incorporar novas tecnologias e serviços” não seja aparente, vou assumir que a chamada “prorrogação antecipada” foi qualificada pelo art. 6º com um atributo especial – a necessidade de inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente – e isto garantiria a existência de duas hipóteses de prorrogação no art. 4º.

Assim, a “prorrogação antecipada” do art. 4º, II, nasceria juridicamente com a decisão cuja finalidade seria adiar a extinção do contrato, desde que cumpridos os requisitos indicados nos parágrafos do art. 6º. O desequilíbrio causado pela *prorrogação* seria compensado obrigatoriamente por investimentos novos (alterações nas *condições de execução do objeto*).

Nada a aperfeiçoar. Se demonstrado no estudo prévio exigido que, comparada à licitação, a *prorrogação* é a melhor decisão para o interesse público, motivada estará a decisão. Seria a hipótese de *prorrogação ordinária*, como veremos adiante, cujo desequilíbrio contratual seria ajustado por uma forma legalmente definida: a inclusão de novos investimentos.

Ex positis, os contratos incluídos no Programa de Parcerias de Investimentos submeter-se-iam, adicionalmente, aos três conceitos jurídicos de *prorrogação* indicados na Lei nº 13.448/2017:

- a. Art. 4º, I, c/c arts. 3º e 8º: “alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada (...) de comum acordo com o contratado” e motivada em “estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”, incorporando novas tecnologias e serviços e adotando as melhores práticas regulatórias no contrato prorrogado;
- b. Art. 4º, II, c/c arts. 3º, 6º e 8º: “alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada (...) de comum acordo com o contratado” e motivada em “estudo técnico prévio que

fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”, incorporando novas tecnologias e serviços e adotando as melhores práticas regulatórias no contrato prorrogado, desde que cumpridos os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 6, conforme a infraestrutura concedida; e

- c. Art. 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.”

No entanto, a Exposição de Motivos Interministerial que encaminhou a Medida Provisória nº 752/2016 expõem uma diferença entre o que desejava o proponente e o que foi positivado na norma:

5. É essencial a existência de uma lei específica para dar segurança jurídica para incluir novos investimentos em concessões existentes quando for justificadamente necessário. Hoje o Poder Concedente tem se deparado com alguns questionamentos quanto à possibilidade de alteração contratual das concessões públicas. (...)

6. A proposição estabelece que, desde que originalmente admitida a prorrogação nos contratos de parceria nos setores rodoviário e ferroviário, o poder público poderá determinar a realização de investimentos não previstos inicialmente nos contratos, estando assegurado o equilíbrio da equação econômico-financeira para as partes. (BRASIL, 2016)

Incluir novos investimentos em concessões existentes quando for justificadamente necessário nada mais é do que alterar as *condições de execução do objeto*. Ainda que não possa ser exercida de forma irrestrita, sempre foi uma prerrogativa do poder concedente amparada pelo Direito Administrativo brasileiro, na doutrina e na jurisprudência, e a sua segurança jurídica será proporcional à solidez das justificativas.

De jure, a necessidade de novos investimentos nas concessões existentes não é motivo suficiente para a *prorrogação* do art. 4º, II, da Lei nº 13.448/2017, porque sua finalidade é adiar a extinção da outorga por conta da sua vantagem em relação à licitação, cuja demonstração é mandatória ainda que evidenciada a premência dos investimentos não previstos, que é exigência de segunda ordem para uma das modalidades prevista naquela Lei.

De fato, quanto maior for o prazo restante do contrato, mais racional e juridicamente seguro será atender ao propósito indicado na exposição de

motivos com um ato de império, unilateral, pela via da *alteração das condições de execução* e, eventualmente, também das *condições econômico-financeiras da outorga*, ainda que adotando o *aditamento de prazo* para compensar o desequilíbrio.

Será muito mais fácil quantificar e comparar os efeitos da antecipação de investimentos *vis-a-vis* uma *encampação* com todos os seus desdobramentos e, se for o caso, *aditar* o prazo, do que projetar um cenário licitatório futuro² e presumir um comportamento concorrencial para dele extrair um resultado minimamente adequado para afirmar se uma licitação anos adiante será melhor ou pior do que prorrogar hoje.

Esta desconexão entre a exposição de motivos e a finalidade da *prorrogação* que consta do respectivo diploma legal não invalida a decisão de ampliar o prazo do contrato, desde que demonstrado claramente o interesse público que sustentará o ato administrativo. Se for não pela vantagem daquela *prorrogação* sobre a licitação, será pelo maior benefício causado pela antecipação de novos investimentos.

Contudo, a falta de articulação serve como arquétipo da confusão normativa entre a *prorrogação* e o *aditamento*, já que, alheia à exposição de motivos, a *prorrogação* como redigida na Lei 13.448/2017 não aparenta estar orientada à satisfação da necessidade dos investimentos e das modernizações ventilados, mas à adoção de uma alternativa contratual mais vantajosa que a licitação, já que esta é sua condição *sine qua non* em todos os casos.

Registradas estas observações, o arcabouço brasileiro vigente, no caso da *prorrogação* de contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre, possibilita três variantes:

- a. vinculada aos prazos e à avaliação de condições estabelecidas em prol do interesse público, durante a execução contratual;
- b. admitida no curso de estudo ou licitação para nova outorga, quando o prazo restante da outorga vigente for insuficiente para a transferência da concessão para o novo concessionário sem prejuízo para o serviço público; ou
- c. vinculada às exigências obrigatoriamente estabelecidas no edital e no contrato original.

²A concorrência projetada deve considerar uma licitação contemporânea ao término contratual inicialmente avençado, pois da leitura do art. 8º da Lei 13.448/2017 não se presume que uma *Encampação* antecederá a “realização de nova licitação para o empreendimento” e, se for o caso, como este evento de extinção contratual tem motivo, finalidade e procedimento legalmente especificados, os riscos e prazos inerentes também devem ser minuciados e ponderados.

As duas primeiras dependeriam da ponderação do resultado estimado de todas as opções disponíveis no momento próximo à extinção do contrato, para definir concretamente se a *prorrogação* traria melhores resultados, dado o interesse público contemporâneo.

Já na última, há necessidade de escolher, antes da licitação original, o elenco de condições que, se cumpridas no futuro e de acordo com o contrato, atenderão ao interesse público presente no momento da elaboração do contrato, garantindo a *prorrogação* ao concessionário.

Não obstante a modesta análise da legislação aplicável à *prorrogação* de contratos de concessão de infraestrutura de transportes terrestres feita até este ponto, é imperativo considerar alguma literatura jurídica sobre a matéria para avaliar se a *prorrogação* guiada pela interpretação doutrinária evitará a aplicação distorcida.

A doutrina jurídica da Prorrogação

Início por Lucas Furtado, que sustenta que a prorrogação deve ser considerada possível se prevista e nos termos da previsão editalícia e contratual, para assegurar ao concessionário a prorrogação:

“como forma de obter retorno de seus investimentos caso isto não tenha sido possível ao longo da vigência inicial da concessão por razões alheias à vontade do concessionário ou em outras hipóteses previstas no contrato.” (FURTADO, 2013, p. 480)

A hipótese indicada pelo autor aparenta ser apenas o manejo do prazo para a reposição do equilíbrio contratual, ou seja, um *aditamento*.

Já para Garcia o “conceito tradicional de prorrogação nos contratos administrativos pressupõe a extensão do prazo de vigência de um contrato originariamente fixado pelas partes por um determinado período” (GARCIA, 2014, p. 590).

Este autor sugere que uma flexibilização do termo original também surge como resposta a um maior dinamismo do interesse público e das contribuições da Análise Econômica do Direito, especialmente no que diz respeito à incompletude do contrato (GARCIA, 2014, p. 592), e afirma que:

“[ter um] prazo inflexível e, portanto, improrrogável é uma opção posta à disposição do legislador ou mesmo do gestor público quando conforma a relação contratual. Contudo, no tocante a contratos de infraestrutura duradouros, a improrrogabilidade – embora lícita – pode causar dificuldades e transtornos durante a execução contratual.” (GARCIA, 2014, p. 593)

Assim como outros autores que visualizam a relação dicotômica entre prorrogação e concorrência, Garcia alerta que este conflito impõe ao gestor

público o dever de demonstrar, de forma sólida, que há razões de interesse público que, ponderadas diante do caso concreto, justificam a ampliação do prazo contratual, mas considera que “a omissão do instrumento convocatório da licitação e nas cláusulas do contrato administrativo sobre o tema da prorrogação implica em uma vedação à sua admissão” (GARCIA, 2014, p. 595).

Embora considere que o Direito brasileiro impõe a existência de condições para a *prorrogação* no contrato, Garcia (2014, p. 596) conclui que o contrato de concessão pode simplesmente proibi-la, situação que considero ilegal nas concessões em estudo porque se a presença das condições é obrigatória por lei, está implícita a existência e a factibilidade do que por elas está condicionado.

Neste sentido, Garcia aceita a possibilidade de que leis setoriais estipulem de forma diversa e que:

“se o contratado comprovar o atendimento de todas as condições contratuais para receber o prêmio (no caso a extensão do prazo), não pode o ente público simplesmente deixar de prorrogar o contrato. Caso o faça, sem justo motivo, o contratado deverá ser indenizado.” (GARCIA, 2014, p. 598)

Por esta estrada já caminhavam Sampaio Ferraz e Juliano Maranhão:

“uma vez prevista no contrato e especificadas suas condições, a prorrogação vincula a Administração, que somente poderá recusá-la em caso de falta do concessionário ou se necessário para atender ao interesse público.” (FERRAZ JUNIOR e MARANHÃO, 2004, p. 221).

Também Arnold Wald, há tempo foi peremptório ao dizer que cumpridas as condicionantes à *prorrogação*:

“esta deixa de ser uma simples faculdade da Administração para transformar-se num direito adquirido do concessionário, que somente pode ser afastado quando há interesse público em sentido contrário, caso no qual deverá ser paga a justa indenização.” (WALD, 1999, p. 505)

Alexandre Santos de Aragão também alertava que “o que não se admite é uma autorização contratual vazia à prorrogação”, asseverando que:

“o contrato originário já deve prever as condições em que a prorrogação poderá ser efetivada, inclusive uma estimativa do montante dos novos investimentos a serem efetivados nessa nova fase contratual, valor da tarifa e pagamento eventual de nova outorga.” (ARAGÃO, 2012, p. 407)

Marçal reconheceu a previsão constitucional e passou a afirmar que o edital deve disciplinar as condições para a *prorrogação*, caracterizando um direito do concessionário. Também reconheceu a utilização de alteração de prazo como um instrumento cabível para equilibrar a equação contratual, destacando que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seria contrária à *prorrogação*, mas lembrando que aquele Tribunal ainda não havia se posicionado sob o enfoque da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato (JUSTEN FILHO, 2014, p. 819).

Paralelamente, Bandeira de Mello alertou, em relação à *prorrogação* por simples interesse administrativo, para a necessidade de permissivo legal, sob pena de burla ao princípio da licitação. Situação diversa da que ocorre quando é utilizada uma *prorrogação* com o objetivo de garantir o direito do concessionário frente a um desequilíbrio econômico-financeiro fora dos riscos assumidos (2009, p. 57).

Noutro giro, em recente publicação, Pinheiro e Ribeiro indicaram a existência de três espécies de *prorrogação*: a premial, que teria suas condições especificadas no contrato; a “extensão do prazo contratual, para fins de reequilíbrio”; e a *prorrogação* antecipada, mediante contrapartida (PINHEIRO e RIBEIRO, 2017, p. 144).

Em resumo, considerando a doutrina sobre a *prorrogação* apresentada acima, já é possível perceber a existência de diversas interpretações, sem unicidade, apesar de não ter identificado uma voz doutrinária completamente dissonante. Há um rol de características alocadas em termos não uniformes conforme a visão de cada autor, patrocinando não desprezível confusão entre a *prorrogação* e o *aditamento*.

Um conceito de Prorrogação

Até este ponto já parece claro que a *prorrogação* de um contrato de concessão não deve ser confundida com qualquer acréscimo ao prazo original do contrato, assim como não pode ser firmada se, analisando os impactos da extinção contratual, a prestação direta for possível e mais vantajosa ou a licitação sugerir resultado igual ou superior, ressalvado o caso da *prorrogação condicionada*, como veremos adiante.

Obviamente, a *prorrogação* deve respeitar todos os requisitos de um ato administrativo, especialmente para garantir a sindicância de seus pressupostos, sendo fundamental ter em mente, reprimido, que a finalidade da *prorrogação* é especificamente adiar a extinção da concessão, motivada por razões de um interesse público atual ligado à continuidade do serviço público ou pelo dever de vinculação a um interesse público previamente consubstanciado no contrato.

Classificá-la será útil para afastar outros conceitos e para aplicar o regime jurídico adequado, por isto proponho a separação em subespécies, valendo apresentar algumas considerações gerais.

Sobre a discricionariedade, meu juízo é de que ela está subordinada em todos os casos ao resultado de uma análise técnico-científica que dará substância ao “critério do poder concedente”, definindo o motivo para adotar a *Prorrogação* e assinalando, no momento oportuno, as condicionantes ou as opções para o concedente, pois é exigível que “a decisão discricionária seja o resultado lógico de um conjunto de motivos justificados racionalmente” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 444).

Outrossim, há de se considerar que boa conduta do concessionário não pode ser condição para a *prorrogação*, mas o contrato deve estabelecer requisitos objetivos para qualificá-la como requisito para este efeito, relativizando a gravidade das falhas para distinguir a que impede a *prorrogação* daquela que motiva a caducidade³.

Além disso, os maus antecedentes em relação ao cumprimento dos deveres contratuais devem ser sopesados observando o contexto de cada atividade regulada e o impacto real da descontinuidade da prestação do serviço.

Quanto ao momento oportuno para a análise visando decidir sobre a extinção ou a *prorrogação*, creio que, ressalvado o *periculum in mora*, o mais razoável é executá-la próximo ao fim do contrato para capturar as condições econômicas e concorrenciais contemporâneas ao evento, mas com antecedência suficiente para elaboração de estudo com tamanha complexidade, assim como para a organização de eventual licitação. Este estudo técnico-científico é justamente o procedimento de levantamento e avaliação a que se refere o art. 35, § 4º, da Lei nº 8.987/1995.

O prazo da *prorrogação* pode ou não estar predefinido, a depender da subespécie, mas sempre será limitado pela lei, pelo edital ou pelo contrato, sendo este o critério jurídico indicado em obra bastante completa de Felipe Guimarães, na qual aquele autor esclarece que devem ser levados em conta dois critérios para a definição do prazo: o jurídico e o econômico-financeiro (GUIMARÃES, 2018, p. 255). O segundo critério virá da análise que deve preceder a *prorrogação*:

“Desse modo, se um estudo de viabilidade econômico-financeira da concessão conclui que determinado contrato de concessão deve ser prorrogado por 20 (vinte) anos, o Poder Concedente não deve estendê-lo, nem por 10 (dez) anos, nem por 30 (trinta), por exemplo: no primeiro caso, porque,

³Os reguladores devem prever mecanismos de monitoramento constante, contingência e transferência para evitar tornarem-se reféns de contratos de concessões *too big to break*, situação que limitará as opções regulatórias.

mesmo que decidisse se aventurar por um novo prazo contratual, a concessionária não conseguiria auferidas receitas necessárias para prestar o serviço público adequado aos usuários; no segundo, porque a concessionária obterá uma margem de lucro exorbitante – tudo em prejuízo do interesse público.” (GUIMARÃES, 2018, p. 256)

Já em relação ao equilíbrio contratual, a interdependência entre o prazo, as condições de execução do contrato e o modelo econômico-financeiro, possibilitam afirmar que a *Prorrogação* sempre implicará em desequilíbrio, que pode ser contido por mecanismo contratual previamente estabelecido (*prorrogação condicionada*) ou por ato do concedente.

Vale ressaltar que, considerando a primazia do interesse público, mesmo no caso de a *prorrogação* estar predefinida no contrato, o concedente sempre pode rejeitar a regra contratual e extinguir o contrato no prazo original (ou mesmo antes dele), se demonstrar ser a melhor solução.

Subespécies de prorrogação

Prorrogação ordinária

De pronto é possível afirmar que a *prorrogação ordinária* tem lugar quando, com alguma confiabilidade, analisadas as opções disponíveis, adiar temporariamente a extinção contratual atende melhor ao interesse público do que licitar.

Das três subespécies, é a *prorrogação ordinária* que está mais sujeita ao questionamento e deve ser guarnecida com elementos robustos para demonstrar o alinhamento ao interesse público, já que a dúvida razoável deve ser resolvida em favor da licitação.

Para a *prorrogação ordinária* a conduta no cumprimento contratual deve ser avaliada conforme definir o contrato para este efeito. Se o contrato silenciar sobre a forma de avaliação, presume-se a possibilidade de prorrogar se estiver presente o interesse público neste sentido.

Além disto, podem ser estabelecidas outras condições de admissibilidade, como foi feito pelo art. 6º da Lei nº 13.448/2017, desde que finalidade do ato do concedente não seja impor o cumprimento das condições, mas adiar a extinção por ser melhor que licitar.

O prazo da *prorrogação ordinária* tem delimitação endoprocedimental: caso ela tenha sido identificada como a melhor opção, o estudo técnico-científico indicará o prazo, que deve respeitar a racionalidade econômico-financeira da atividade e ser suficiente para a formação de um novo contexto para a análise. Sem um indicativo, ainda que teórico, de que o valor, o impacto ou as próprias variáveis analisadas mudarão dentro do prazo, o resultado já estará dado.

Nada impede que a análise de um novo contexto resulte em nova *prorrogação ordinária*, mas creio que deve haver certa cautela em relação às *prorrogações* sucessivas. A realização de uma licitação antes de reprisar a *prorrogação* poderia ser mesmo útil para testar a aderência da análise técnico-científica ao mundo real e ao interesse público.

Por outro lado, um efeito colateral do adiamento da extinção é a geração de receita adicional não prevista, o que reclama uma reposição do equilíbrio contratual em desfavor do concessionário, inescusável e concomitante⁴.

Como a *prorrogação ordinária* pressupõe o interesse da Administração em realizar nova licitação, pode ser desejável antecipar algumas obrigações planejadas para o futuro contrato. Todavia, isto deve ser objeto de outro procedimento, ainda que em paralelo, sendo importante ressaltar que a *prorrogação* e a imposição de obrigações não previstas têm lógicas processuais e jurídicas próprias e não devem ser confundidas.

Se a antecipação de alguma das condições de execução que serão requeridas do futuro concessionário, quando a licitação se mostrar factível, resultar em um contrato razoavelmente diferente ou se as condições forem a própria motivação do ato, não será o caso de *prorrogação*, mas de *alteração nas condições de execução do objeto*.

Por fim, já que no momento da licitação é incerta a ocorrência de uma *prorrogação ordinária* e imprevisível seu impacto, ela não pode ser exigida do concedente, não sendo devida qualquer indenização pela sua não ocorrência. Como regra, também não pode ser imposta ao concessionário, que deve concordar com os seus termos, exceto se o contrato dispuser de forma diferente.

De todo o exposto temos a subespécie *prorrogação ordinária* definida pelas seguintes características:

- a. é motivada e limitada pelo resultado da análise das alternativas disponíveis para o concedente, efetuada no curso da execução contratual;
- b. o comportamento pretérito do concessionário é requisito de admissibilidade da *prorrogação ordinária* e deve ser aferido pelos critérios objetivos indicados no contrato original, se existirem;
- c. prazo indefinido *a priori*, limitado pela lei e pelo contrato, e determinado pelo estudo técnico-científico;
- d. não constitui um direito, nem um dever do concessionário, logo não cabe indenização nem, via de regra, imposição pelo concedente, salvo disposição contratual; e

⁴ Vide art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987, de 1995.

- e. não admite outras alterações no contrato. Aquelas necessárias para compensar o desequilíbrio em favor do concessionário decorrente da ampliação do prazo devem ser apuradas e determinadas em procedimento concomitante de reposição do equilíbrio contratual.

A *prorrogação ordinária* independe de permissão no contrato original, pois deve haver uma avaliação sobre os rumos do serviço público concedido, sob a ótica do interesse público, antes da extinção contratual, para avaliar qual ação deverá ser adotada pelo concedente.

Prorrogação extraordinária

Enquadram-se nesta espécie as *prorrogações* estabelecidas a bem do interesse público para garantir a continuidade dos serviços em situações excepcionais, nas quais exista prejuízo relevante na descontinuidade e o serviço não possa ser assumido imediatamente pela Administração, ainda que de forma temporária.

Com isso, o comportamento pretérito do concessionário não é relevante para a *prorrogação extraordinária*, por se tratar de situação transitória de curto prazo, mas é importante avaliar o prejuízo ocasionado pela falta do serviço considerando o modo como o serviço é de fato prestado.

Isto porque, no caso de concessões nas quais já não há o cumprimento adequado das obrigações, como a descontinuidade deve revelar prejuízo ao serviço público e ao usuário para justificar uma *prorrogação extraordinária*, é importante ponderar sobre a realidade da prestação, para que seja possível aferir se o prejuízo real da descontinuidade autoriza o seu prolongamento.

Não devem ser promovidas alterações no contrato: a *prorrogação extraordinária* não objetiva atualizar ou solucionar problemas do serviço ou alterar o *status* da sua execução. Cuida apenas de preservar o serviço público e evitar os prejuízos advindos da paralisação temporária da atividade.

Em geral, o prazo deve ser o estritamente necessário para a assunção do serviço público pelo licitante vencedor ou pela Administração Pública.

Noutro giro, há de se ter em conta que contratos geralmente não se extinguem sem aviso. Desta forma, a utilização da *prorrogação extraordinária* deve ser justificada e, a depender dos motivos, devem ser apuradas as responsabilidades pela demora na transição.

Destarte, uma vez que o concessionário deve se submeter aos princípios do serviço público, dentre eles o da continuidade, a *prorrogação extraordinária* mantém por tempo determinado as obrigações contratuais, sem que delas ele possa se esquivar.

Porém, é certo que a liberdade de contratar também deve ser preservada, já que em condições normais o particular não pode ser compelido a contratar

com a Administração. Logo, para evitar questionamentos, é melhor que a *prorrogação extraordinária* esteja expressamente prevista no contrato.

Por fim, após o tempo determinado legalmente ou no contrato, a Administração não poderá mais manter o particular na prestação do serviço, salvo convertendo a *prorrogação extraordinária* em *prorrogação ordinária*.

Assim sendo, a *prorrogação extraordinária* tem as seguintes características:

- a. permitida em situações excepcionais, especialmente na transição entre duas concessões ou na transferência para prestação direta, quando a descontinuidade causar prejuízo ao serviço público ou aos usuários;
- b. o comportamento pretérito é, a princípio, irrelevante para a sua adoção, mas pode servir de justificativa para não prorrogar se o serviço público não estiver sendo prestado de forma adequada e a descontinuidade da prestação privada não acarretar prejuízos maiores do que a má prestação;
- c. não admite outras alterações no contrato. Aquelas necessárias para compensar o desequilíbrio em favor do concessionário em razão da ampliação do prazo devem ser apuradas em procedimento paralelo de reposição do equilíbrio contratual;
- d. prazo definido *a priori*, limitado pela lei, cabendo apurar a responsabilidade pelo atraso na substituição do concessionário ou na transferência do serviço para a Administração; e
- e. constitui um dever do concessionário, mas é recomendável a previsão contratual para evitar ofensa à liberdade de contratar, já que a imposição pela Administração pode se mostrar, *de jure et de facto*, limitada.

Embora exista dispositivo expresso para a *prorrogação extraordinária* daqueles contratos que forem abarcados pela Lei nº 13.448/2017 – artigo 32 – não há uma disposição geral objetiva que proteja a continuidade do serviço público ao fim de um contrato de concessão para a exploração da infraestrutura ferroviária ou rodoviária.

Excepcionalmente, no caso da concessão para a prestação de serviço de transporte ferroviário associado à exploração da infraestrutura é possível aplicar o artigo 49 da Lei nº 10.233/2001, editando-se uma autorização que perdurará durante o período de transição.

Prorrogação condicionada

A *prorrogação* neste caso se assemelha a um incentivo conferido ao concessionário pelo cumprimento de condições previamente estabelecidas em contrato, que materializam um interesse público vislumbrado à época da licitação, mas diferentes daquelas que compõem suas obrigações de execução comuns, relacionadas à prestação de serviço adequado.

Na *prorrogação condicionada* o concedente deve antever determinada situação, possível, mas incerta, ou projetar no contrato condições relevantes, mas não essenciais, para o futuro das obrigações contratuais. É este indicativo de um interesse público premeditado que norteará o estabelecimento das condições. Como restarão estabelecidas desde o início, não há espaço para reclamar ofensa à concorrência.

A análise técnico-científica prévia à elaboração do contrato da pretendida licitação já deve contemplar a análise das condições para esta *Prorrogação*, já que faz parte das disposições essenciais do contrato.

Quando o requisito da *prorrogação condicionada* consistir na alteração das *condições de execução do objeto* ou em evento que desequilibre temporariamente o contrato, o concedente deve garantir que este desequilíbrio seja contido pela própria *prorrogação*.

Destarte, é importante que o contrato estime o tempo de *prorrogação* e esclareça a sua metodologia de cálculo, de forma que eventual desequilíbrio seja integral e automaticamente ajustado pelo adiamento da extinção contratual previsto.

Sob qualquer ângulo, para a concretização do direito é imperativo que as condições sejam satisfeitas antecipadamente. Cumpridas as condições, a *prorrogação* se consolida líquida e certa e, para romper o contrato, o concedente deverá seguir o rito da *encampação*.

O contrato deve antever se o direito à *prorrogação* passa também a constituir um dever após atendidas as condições, o que tem vantagens e desvantagens que dependem do caso concreto e devem ser avaliadas considerando o planejamento estatal e o *ratchet effect*.

Assim, a *prorrogação condicionada* tem as seguintes características:

- a. vinculada e limitada pelas condições estabelecidas em atenção ao interesse público contemporâneo à elaboração do contrato original e nele fixadas;
- b. o comportamento pretérito em relação ao serviço adequado não pode ser condição, mas deve ser requisito de admissibilidade da *Prorrogação Condicionada*, independente do cumprimento das condições específicas;

- c. não admite alterações no contrato, exceto aquelas anteriormente previstas no texto original;
- d. prazo definido *a priori*, determinado na forma contratual; e
- e. constitui um direito do concessionário e o descumprimento da cláusula de *prorrogação condicionada* pelo concedente caracteriza *encampação*. A responsabilidade do concessionário pelo não exercício de seu direito deve ser avaliada à luz do contrato.

Só para reforçar, a concordância do concedente não pode ser condição, assim como o simples atendimento daquilo que foi estabelecido de forma trivial no contrato não motivará a *prorrogação condicionada*.

Ademais, as condições para o *prorrogação condicionada* devem ser de tal modo que seja superado em larga escala o serviço adequado, conforme definido no contrato, ou atendido um interesse relevante para o serviço público delegado, previsível e desejável, mas não essencial no momento da licitação ao ponto de configurar uma obrigação contratual.

É importante que as condições não tenham relação imediata com o serviço adequado, nem consistam em condutas que seriam racionalmente esperadas do concessionário no curso normal da atividade, como expandir a oferta do serviço para atender de forma economicamente viável uma demanda identificada.

Ad exemplum, a *prorrogação condicionada* pode ser especialmente interessante em contratos de longo prazo em mercados nos quais o atendimento a uma demanda adicional requeira um investimento inicial desproporcionalmente maior que o acréscimo inicial de receita, como nas infraestruturas ferroviárias, e o comportamento da demanda seja incerto. Neste caso, poderiam envolver não só a expansão da malha ferroviária, mas também a implantação de terminais intermodais.

Seria possível nestes casos compartilhar o risco da demanda incentivando o concessionário a investir na expansão da oferta, conforme o interesse público, com esforço próprio, mas com a garantia do equilíbrio contratual caso o aumento da receita fosse insuficiente.

Vale ressaltar que não basta o firme compromisso: o concessionário deve suportar o esforço adicional inicial e cumprir as condições antes de fazer jus à *prorrogação condicionada*.

Em resumo, para o concessionário a *prorrogação condicionada* e o prévio conhecimento das suas condições são direitos. Para o poder concedente o estabelecimento das condições para esta subespécie de *prorrogação* é um dever e a ausência de previsão é um defeito grave do contrato.

(In)Determinismo contratual

Acima de tudo, é preciso aceitar como postulado que, ao fim do contrato, tanto a *prorrogação* quanto a licitação são concretizações de um mesmo interesse público que não tem preferência por uma ou por outra, desde que, com um método transparente e verificável, seja possível analisar as opções e, com alguma confiabilidade, antecipar e comparar os resultados de uma e de outra para decidir qual o melhor caminho: extinguir ou prorrogar o contrato.

Fixado isto e respeitados os limites legais e contratuais predefinidos para a *prorrogação*, é importante revisitar os dogmas e as restrições impostas indevidamente, frutos da insuficiente avaliação dos motivos e das finalidades daquele ato. O principal questionamento contrário à *prorrogação* tem origem na ideia de contraposição ao princípio da concorrência e à obrigatoriedade de licitação, e surge em dois momentos.

O primeiro momento é a fase interna da licitação: a argumentação contrária ataca as condições para a *prorrogação condicionada* que devem figurar no contrato original para que a sua validade seja plena.

No segundo momento, o combate foca nas duas espécies de *prorrogação* que podem ser especificadas e adotadas durante a fase de execução contratual: a *prorrogação ordinária* e a *prorrogação extraordinária*.

No caso da *prorrogação condicionada*, a despeito das vozes contrárias, é importante notar que a concorrência fica assegurada no procedimento que leva à contratação, garantindo igualdade de acesso e de tratamento aos concorrentes frente à Administração, notadamente no que diz respeito às regras de acesso ao contrato e a sua execução (neste caso, às condições que garantem a *prorrogação*).

Portanto, não haveria o que falar sobre uma afronta à concorrência ou desrespeito à licitação: o conjunto de regras está posto desde o início para todos os interessados e está clara a viabilidade da *prorrogação condicionada*, exposta para a sindicância dos licitantes. Em verdade, condições bem construídas podem potencializar a concorrência.

Assim, os alertas sobre a importância de a *prorrogação* figurar no contrato original para evitar alterações substanciais que seriam capazes de motivar a concorrência no momento da licitação só se aplicam à *prorrogação condicionada* descrita neste texto.

Já contra as *prorrogações ordinária* e *extraordinária* são levantadas as mesmas acusações, evidenciadas em duas frentes: uma retrospectiva e outra prospectiva.

A retrospectiva afirma estas subespécies de *prorrogação* como disposições que, se tivessem figurado no anúncio do concurso público, teriam permitido aos proponentes a apresentação de propostas substancialmente diferentes, com potencial para alterar o resultado da licitação.

Porém, ainda que fosse válida, a força desta afirmação seria inversamente proporcional ao prazo do contrato, porque quanto mais longo o contrato, maior deverá ser o tempo decorrido até que estas subespécies de *prorrogação* se tornem oportunas e mais difícil será afirmar categoricamente que a classificação das propostas seria outra, dada a desconexão temporal.

De outro ângulo, esta suposição retrospectiva é ilegítima para impedir as *prorrogações* porque elas devem ter sempre alicerce no interesse público⁵, algo supracontratual. Se este o atendimento àquele interesse se mostrar claramente incompatível com a licitação ou com a prestação direta, a *prorrogação* se impõe independentemente de previsão contratual.

Pois bem, é pressuposto que o concedente administrará o contrato de concessão para promover o interesse público e disto decorre a sua competência implícita para a *prorrogação*. Isto também indica a irrelevância da previsão contratual da *prorrogação* (*ordinária* ou *extraordinária*) em razão de um evento que torne a extinção contratual inadequada e contrária ao interesse público.

Ademais, em relação aos licitantes, a decisão de concorrer por um contrato de concessão de serviço público presume o conhecimento prévio das características gerais que regulam a relação com o concedente, ainda que não escritas no contrato, se legalmente indicadas, e a das suas peculiaridades, especialmente aquelas relativas à continuidade do serviço público e ao atendimento ao interesse público.

Ora, o ordenamento jurídico reservou várias hipóteses de intervenção do concedente no contrato, sobre as quais o particular não pode alegar desconhecimento nem olvidar. O fato de o contrato, por hipótese, não discorrer expressamente sobre o princípio da continuidade do serviço público não impede a Administração de impor ao concessionário medidas para evitar a descontinuidade.

Seguindo o embate, na frente prospectiva reina a presunção de que o prolongamento do contrato impede uma nova disputa pública cujo resultado futuro será a contratação de um parceiro privado que terá desempenho melhor do que o do atual concessionário – seja na prestação ou cobrança pelo serviço público concedido. Por isto, supõe que licitar atenderia indubitavelmente ao interesse público.

⁵Da mesma forma, também é verdade que havendo avaliação idônea que indique que determinado contrato não deve permanecer vigente, por não se amoldar mais ao interesse público, e sendo a extinção a decisão de melhor aderência àquele interesse – considerada em todas as suas consequências – não haveria qualquer impedimento à *encampação* da concessão, mesmo antes de seu fim ou contrariando a cláusula de *prorrogação condicionada*. Isto resguarda o interesse público sem prejuízo ao legítimo interesse do parceiro privado.

Porém, esta presunção é relativa e deve ser validada por estudo técnico-científico que sinalize o caminho que deve ser trilhado pelo concedente, independente de uma mera cláusula contratual.

Não é plausível admitir que uma disposição contratual (ou a falta dela) possa fazer falecer a vontade coletiva e seria um paradoxo aceitar que um contrato que deve servir ao interesse público possa ser empecilho a sua concretização. Igualmente, não é possível afirmar que existe evento imprevisível ou interesse público absoluto que justifique o adiamento da licitação *ad aeternum*. Como já apresentado, devem ser estabelecidos indicativos do que seria um prazo razoável em cada subespécie de *Prorrogação*, caso a caso.

De qualquer modo, a jurisprudência das cortes superiores sobre a querela da *prorrogação* de contratos de concessão de infraestrutura é escassa. A maioria versa sobre delegações para o transporte rodoviário de passageiros anteriores à Lei nº 8.987/1995 ou à Constituição de 1988, cuja *prorrogação* é expressamente ilegal, e não pode ser vista como referência para as delegações de infraestrutura de transportes terrestres.

Todavia as decisões recentes dão pistas sobre o entendimento: o voto do relator Ministro Dias Toffoli, aprovado à unanimidade, esclareceu que há possibilidade de *prorrogação* quanto às concessões e permissões devidamente precedidas de licitação (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido é o Acórdão unânime da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“A lei não vedou expressamente a prorrogação dos contratos de concessão precedidos de regular processo licitatório, celebrados após a vigência da Constituição de 1988; pois tanto esta como a própria lei autorizam a prorrogação.” (BRASIL, 2007)

Não obstante, na jurisdição administrativa os motivos apontados pelos órgãos de controle para reprimir os atos do concedente objetivando a *Prorrogação* muitas vezes se baseiam na ausência de expressa autorização no instrumento convocatório e no contrato de concessão original, tanto para o *aditamento de prazo* quanto para a *prorrogação*.

Ora, o *aditamento de prazo* é apenas o meio possível para o concedente cumprir seu dever de manter o contrato equilibrado. Por isto, as alterações no prazo para a reposição do equilíbrio contratual prescindem de autorização editalícia ou contratual, pois o interesse protegido é o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Do outro lado, ao se vincular as *prorrogações ordinária e extraordinária* a uma estipulação prévia se perde justamente a avaliação do contexto contemporâneo à decisão, ignorando que:

“a noção de interesse público é uma noção de conteúdo variável: o que ontem foi considerado conforme ao interesse público pode hoje ser-lhe contrário, e o que hoje é tido por inconveniente pode amanhã ser considerado vantajoso.” (AMARAL, 2011, p. 45)

Em verdade, a elaboração de um contrato que abarque completamente o serviço adequado presente e futuro, imutável durante todo o percurso contratual, e anteveja todas as consequências contratuais de eventos vindouros, esbarra na própria limitação preditiva do ser humano e na mutabilidade do chamado interesse público. Já é muito exigir a definição dos parâmetros da *prorrogação condicionada*, como ordena a Lei.

Conclusão

Como vimos, partindo da Lei nº 10.233/2001 foi possível identificar uma família de alterações possíveis nos contratos de concessões de infraestruturas de transportes terrestres e dividi-la em três gêneros distintos: *alterações no prazo da outorga*, *alterações nas condições econômico-financeiras da outorga* e *alterações nas condições de execução do objeto*.

O gênero das *alterações no prazo da outorga* pode ser classificado em quatro espécies – *aditamento de prazo*, *supressão de prazo*, *encampação* e *prorrogação* – diferenciáveis aos pares pelo efeito no prazo do contrato e, enquanto atos administrativos, por seu motivo e sua finalidade.

A *supressão de prazo* e a *encampação* têm como efeito prático a diminuição, em sentido oposto ao *aditamento* e à *prorrogação*, que aumentam o prazo da concessão. Contudo, juridicamente, a relação de verso e anverso se estabelece nos pares *aditamento* e *supressão*, e *encampação* e *prorrogação*. Neste cenário, confirmou-se a inexistência de conceitos uniformes, especialmente para o *aditamento de prazo* e para a *prorrogação*, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

De fato, a utilização indistinta do termo “prorrogação” para nominar qualquer ampliação do prazo do contrato dificulta a identificação instantânea da hipótese de aplicação, facilitando o equívoco na sua subsunção ao direito e eventualmente desrespeitando a necessária amarração lógico-racional que alicerça o ato administrativo.

Ocorre que, se por um lado o *aditamento de prazo* e a *prorrogação* são idênticos no efeito de aumentar o prazo, diferem no motivo e na finalidade: o primeiro objetiva precípua e comumente equilibrar um contrato desequilibrado; e a segunda visa adiar a extinção contratual por este adiamento temporário ser provavelmente mais vantajoso, do ponto de vista do interesse público, que realizar uma licitação.

O *aditamento de prazo* é remédio para os efeitos colaterais de um evento anterior ou concomitante que desequilibrou o contrato. Por exemplo, determinar a realização de investimentos não previstos inicialmente nos contratos altera as *condições de execução do objeto* e eleva o dispêndio do concessionário, o que reclama uma compensação.

Porém, a escolha da forma como ela se dará cabe ao concedente e é inerentemente discricionária porque o resultado de qualquer ação deve ser o mesmo: levar o contrato ao *status quo ante* sem alterar de forma provável e significativa o resultado geral para as partes e para a sociedade.

Como não altera diretamente a esfera econômico-financeira da Administração nem do usuário e, em geral, sua efetivação é relativamente simples, o *aditamento de prazo* geralmente é visto com predileção pelo concedente para a reposição do equilíbrio contratual.

Por outro lado, uma decisão de *prorrogação* impõe o dever de justificar o porquê da postergação da extinção contratual em um interesse público que abone a continuidade da prestação delegada do serviço público, aliado a um contexto que afaste temporariamente a imposição constitucional da licitação por ser ela, no momento da extinção contratual, manifestamente desvantajosa.

Demonstrar esta desvantagem é, porém, tarefa de extrema complexidade e será tão imprecisa quanto maior for o tempo que restar de contrato. Um grande lapso temporal pode tornar a análise técnico-científica extremamente frágil. Daí que é mais adequado somente cotejar a *prorrogação* próximo ao termo contratual.

Dito isto, a *prorrogação* pode ser conceituada como o ato do poder concedente que tem a finalidade de adiar a extinção contratual, motivada pela materialização de um interesse público indicado previamente no contrato ou que torne a licitação temporariamente desvantajosa, e tem como subespécies a *prorrogação ordinária*, a *extraordinária*, e a *condicionada*, cabendo a cada uma características definidas e aplicações específicas.

A *prorrogação ordinária* é o adiamento da extinção contratual pelo poder concedente, motivado pela coexistência transitória de um interesse público direcionado à continuidade da prestação, por delegação, do serviço público e de um contexto que evidencie ser manifestamente desvantajosa a licitação.

Já a *prorrogação extraordinária* é o adiamento da extinção contratual pelo poder concedente, motivado no interesse público direcionado à continuidade da prestação do serviço público por um terceiro durante o período necessário à transferência para um novo concessionário ou para a Administração.

Por fim, a *prorrogação condicionada* é o adiamento da extinção contratual pelo poder concedente, motivado pelo cumprimento das condições

constituídas para o concessionário nos respectivos edital e contrato originais, pelo prazo e na forma das suas disposições.

Por outro lado, há quem advogue que a falta de previsão deslegitima as alterações no prazo da outorga.

Data venia, defender que a ausência de previsão contratual inviabiliza tais alterações – para *reposição do equilíbrio* ou para atender a outro motivo de interesse público – denota a presunção absoluta do alinhamento atemporal entre a licitação e o interesse público, o que não parece razoável.

Seria aceitável uma vedação à *prorrogação* com base no silêncio contratual se fosse possível acreditar que o concedente, no momento da elaboração do contrato, conhecia completamente o estado contemporâneo das coisas e o comportamento futuro de todas as variáveis que poderiam impactar direta ou indiretamente na concessão e, por isso saberia se, durante o prazo do contrato ou ao seu término, haveria ou não interesse público alteração de seu prazo que justificasse ou não a sua inscrição no contrato de concessão. Seria o próprio Demônio de Laplace.

Ademais, a simpatia pela Teoria do Caos me faz acreditar que nem a doutrina contratual mais otimista é capaz de imaginar ou defender a factibilidade de contratos imutáveis, elaborados sob informação perfeita e previsibilidade absoluta.

De todo modo, este trabalho constitui apenas um esforço para colaborar com um conjunto de conceitos válidos dentro de sua própria lógica, aplicáveis às concessões de ferrovias e rodovias, e para afirmar a necessidade de uma conceituação clara e estável dos termos juridicamente úteis, porque a imprecisão prejudica a interpretação do direito, a identificação do regime jurídico aplicável e a solidez das normas e dos contratos e, em última análise, o próprio interesse público.

Na prática, sempre é mais útil um claro, unívoco e estável casamento entre um conceito e um termo, do que a instabilidade da definição casuística ou a busca infinita por um conceito universal.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, v. II, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites

ao poder das agências para alteração de contratos de concessão. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. As Parcerias Público-Privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 579-608.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 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. p. 51-63.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

WALD, Arnoldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições financeiras da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 15, n. 8, p. 501-515, ago. 1999.

Normas e Julgados

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível, processo nº 0054531-67.2003.8.21.0035. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70019193937&ano=2007&codigo=1199487. Acesso em: 2 set. 2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, nº 724.396/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307800104&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 set. 2017.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 306/2016 MP MTPA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf. Acesso em: 26 jun. 2017.