

## ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS PRORROGAÇÕES DAS CONCESSÕES

### LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS OF CONCESSION EXTENSIONS



Recebimento em 19/11/2018

Aceito em 25/08/2020

Alexandre Foch Arigony<sup>1</sup>

**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, com enfoque na viabilidade jurídica da prorrogação como mecanismo de restauração da equação inicial do contrato e nos elementos econômicos que a decisão acerca da prorrogação deve considerar. O trabalho aborda o 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, apresentando vantagens e desvantagens. O problema do presente trabalho é a verificação se os aspectos jurídicos e econômicos acerca da prorrogação dos contratos de concessão apontam na mesma direção. A hipótese é de que tais elementos não convergem e a decisão sobre a admissão da prorrogação deve sopesá-los como forma de garantir transparência na decisão política.

**Palavras-chave:** Concessões de serviço público. Equilíbrio econômico-financeiro. Mecanismos de recomposição. Análise econômica.

**Abstract:** The purpose of this article is to deal with the legal and economic aspects of concession extensions, addressing the economic and financial balance in public service concession contracts and the means of rebalance in the event of a serious and unforeseeable event, with a focus on legal feasibility of the extension as a mechanism of restoration of the initial equation of the contract and in the economic aspects that the decision about the extension should consider. The paper begins with the concept of economic-financial balance and its application in public service concession contracts. Then, it moves to the mechanisms of rebalance of the initial contractual equation, presenting advantages and disadvantages. The problem of the present work is the verification if the legal aspects about the extension of the concession contracts converge with the economic aspects. The hypothesis is that such aspects are on a collision course and the decision on the admission of extensions should be weighed as a way to ensure transparency.

**Keywords:** Public service concessions. Economic-financial balance. Mechanisms of rebalance. Economic analysis.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A importância do equilíbrio econômico -financeiro nos contratos de concessões de serviço público . 2.1. Equilíbrio econômico-financeiro, a repartição dos riscos e o preço. 3. Meios de recomposição. 3.1 Aspectos jurídicos da prorrogação do contrato de concessão. 3.2 Aspectos econômicos da prorrogação do contrato de concessão. 4. Conclusão. 5.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador do Município de Niterói. Advogado.

Referências.

## 1 Introdução

Os contratos administrativos de concessões têm como objeto serviços públicos econômicos<sup>2</sup>, tipicamente monopólios naturais<sup>3</sup>, 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*<sup>4</sup>.

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 décadas<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>.

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

<sup>2</sup> No âmbito das parcerias público-privadas (PPPs) há a possibilidade de concessão de serviços administrativos (ou seja, não necessariamente serviços *públicos* em sentido estrito).

<sup>3</sup> “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.

<sup>4</sup> 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’ [...]”

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 300.

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

A salvaguarda 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<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>.

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 econômicos<sup>9</sup> 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 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 geram<sup>10</sup>. O problema do presente trabalho é a verificação se os elementos jurídicos e econômicos acerca da prorrogação dos contratos de concessão apontam na mesma direção.

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

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 605.

<sup>8</sup> 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. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 374: O autor lembra uma quinta opção: supressão dos encargos do contratado.

<sup>9</sup> 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 políticas-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 52-68 e 153-242.

<sup>10</sup> 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).

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 equilíbrio o seu econômico-financeiro<sup>11-12</sup>.

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 de remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório<sup>13</sup>. 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

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 439.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> GUERRA, Sérgio. 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. 316.

outra<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>, 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,

<sup>14</sup> GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 262-263.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 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 n° 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.”



uma decisão empresarial) reflete uma avaliação sobre todos os custos, diretos e indiretos, necessários à obtenção da vantagem econômica buscada<sup>17-18</sup>. Portanto, 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<sup>19</sup>.

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 endereçar *ex ante* todas as questões<sup>20</sup>, 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<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>.

## 2.1 O equilíbrio econômico-financeiro, a repartição dos riscos e o preço

<sup>17</sup> GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 356.

<sup>18</sup> 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. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 392-393.

<sup>19</sup> GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 356-357.

<sup>20</sup> 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 consumam no mundo real.”

<sup>21</sup> 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. p. 193.

<sup>22</sup> 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. 227.

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<sup>23</sup>.

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.

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<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>.

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 necessário a análise o próprio instrumento contratual, que deve, ao máximo, 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

<sup>23</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 617.

<sup>24</sup> 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. 448.

<sup>25</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 472-473.

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<sup>26</sup>. Isso ocorre em prol do efetivo cumprimento do contrato de concessão em benefício de uma quantidade enorme de pessoas.

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<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>.

### 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<sup>29</sup>, 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

---

<sup>26</sup> 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.”

<sup>27</sup> GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 358.

<sup>28</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 474.

<sup>29</sup> 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.

concessionários fazem jus ao reequilíbrio da equação originária. Nesse caso, para evitar discussões acerca do cabimento do reequilíbrio, o próprio legislador já afirmou que essa *isenção* é causa de reequilíbrio da equação inicial do contrato<sup>30</sup>.

Destaque-se que a decisão acerca do meio de recomposição do equilíbrio econômico - financeiro está tipicamente na esfera da discricionariedade administrativa<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>.

A recomposição do equilíbrio pode ser efetuada sob dois prismas, através 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<sup>33</sup>. As partes devem estabelecer os prazos de pagamento e as importâncias devidas. Nesse caso, a totalidade da sociedade, através 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 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

<sup>30</sup> 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.”

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AC nº 3.980. Relator: Ministro Dias Toffoli.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agostín Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário nº 571.969-DF**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **Recurso Especial nº 1.248237-DF**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

casos em que não há dinheiro em caixa para pagar a folha de salários – 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 n° 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.<sup>34</sup>

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 n° 8.987, art. 6°, § 1°)<sup>35</sup>. 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 implementada<sup>36</sup>. 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<sup>37</sup>. 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 pedágio em determinado local de rodovia pode não ser uma opção viável, pois os possíveis afetados podem não ter

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão. **Boletim de Licitações e Contratos – BLC**. São Paulo, n. 7, ano 15, p. 427, jul. 2002.

<sup>36</sup> Lei n° 13.103/2015, art. 17, § 6°, incluído pela Lei n° 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.”

<sup>37</sup> 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.

condições financeiras de arcar com o novo pedágio<sup>38</sup>. 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<sup>39</sup>.

### 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<sup>40</sup>. Alguns autores sustentam o descabimento 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 101.

<sup>40</sup> 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 Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, v. 1, 2013. p. 915.



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<sup>41-42</sup>.

A doutrina destaca as vantagens das prorrogações dos contratos de concessões, sendo a eficiência uma delas. Segundo Egon Bockman Moreira, “[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”<sup>43</sup>. Segundo o 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 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 prorrogar o contrato para 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<sup>44</sup>. Nesta última hipótese, por

<sup>41</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 207-256. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 419.

<sup>42</sup> Algumas leis preveem a *prorrogação antecipada*, que é uma espécie de prorrogação ordinária do prazo. Esta autoriza a prorrogação contratual constante no respectivo edital ou no instrumento contratual original antes do fim do contrato em contrapartida à inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente de concessão. Nesse sentido, confira-se: Lei nº 13.448/2018 para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal; e Lei nº 12.815/2013 para o setor portuário.

<sup>43</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de Concessão: Porque Precisamos Pensar Seriamente na sua Prorrogação, **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**, janeiro de 2018. p. 135.

<sup>44</sup> “[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.

evidente, haveria violação à regra da licitação e da isonomia entre os particulares.

Não há inconstitucionalidade na prorrogação para fins de reequilíbrio, mesmo sem previsão contratual expressa, sendo uma decorrência lógica da necessidade de manutenção do equilíbrio da equação contratual. Não é possível antecipar as hipóteses supervenientes que possam vir a impactar o contrato<sup>45</sup>. 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<sup>46</sup>.

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<sup>47</sup>. A Corte de Contas fez uma interpretação pela 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 presente as circunstâncias que autorizam o reequilíbrio da equação original do contrato de

<sup>45</sup> 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. 450-454.

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 23, mar./abr. 2016. O autor reiterou o seu posicionamento em outra oportunidade. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>>. Acesso em: 11 de nov. 2018.

<sup>47</sup> 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 regramento 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

concessão<sup>48</sup>.

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 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<sup>49</sup>.

Dessa forma, a prorrogação pode ser mecanismo eficiente e razoável 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 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<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agostín Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>50</sup> GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 375.

### 3.2 Aspectos econômicos da prorrogação do contrato de concessão

A interação entre direito e economia é uma realidade inafastável<sup>51</sup>. Diversos institutos jurídicos podem ser analisados através do viés econômico, que busca verificar quais são os incentivos existentes em determinado cenário que guiam a conduta do particular em certo sentido<sup>52</sup>. A análise econômica facilita a avaliação pragmática dos incentivos, dos comportamentos prováveis e das consequências geradas por um conjunto de regras em determinado cenário que conferem direitos e, portanto, incentivos<sup>53</sup>.

A prorrogação do contrato de concessão enseja, ao lado dos seus aspectos jurídicos, o exame da racionalidade econômica que influencia o concessionário. Neste tópico, pretende-se verificar o que a teoria econômica ensina em relação à prorrogação do contrato: se, de fato, é o meio mais eficiente, uma vez que não depende de um aumento tarifário direto, não obriga o Poder Público a pagar uma determina quantia diretamente em favor do concessionário e nem impõe o dever de realização de uma nova licitação ou, por outro lado, se os incentivos econômicos do concessionário, na condição de monopolista na prestação do serviço, apontam para outra direção. A análise almeja revelar as consequências econômicas da decisão a ser tomada pelo administrador público.

Em outras palavras, a ideia é verificar se a opção pela prorrogação atua em favor do princípio da economicidade. Conforme leciona a doutrina, esse princípio “indica os caminhos da atividade produtiva para direções que interessam muito mais à coletividade do que aos interesses

<sup>51</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 30-31.

<sup>52</sup> Não se pretende colocar os fatores econômicos acima de questões sociais, mas tão somente apresentar outros argumentos que devem ser considerados pelo administrador público ao autorizar a prorrogação do contrato de concessão. Nesse sentido: “[A] tensão entre justiça (distributiva), relacionada à alocação inicial de bens e direitos, e a eficiência – que maximiza o bem-estar tomando a alocação inicial como dada – parece-nos, na maioria das críticas formuladas, superdimensionadas. Em geral, de um lado, questionar uma determinada dotação inicial de bens e direitos não desonera o formulador de políticas públicas da difícil tarefa de decidir no meio da escassez. E, de outro, incorporar a análise de custo-benefício na avaliação das políticas públicas não significa que a avaliação prudencial, tão típica do direito, deva ser deixada de lado. Vale dizer que a análise custo-benefício convive bem com políticas redistributivas e com ideias de justiça: a questão é apenas justificar a opção”. MARTINEZ, Ana Paula. Análise do custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 251, maio-ago. 2009. p. 34, apud SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência** – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

<sup>53</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações políticos-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 154.

imediatos e egoísticos dos agentes de produção<sup>54</sup>, sendo distinto do conteúdo meramente econômico, uma vez que critério normativo da economicidade tem um fundamento ético.

Conforme exposto no tópico acima, parte da doutrina jurídica sustenta a vantagem econômica na realização de prorrogações de concessões como contrapartida aos esforços necessários à realização de licitações em setores de infraestrutura. Ou seja, a prorrogação seria mais vantajosa para a sociedade do que a realização de uma nova licitação. A manutenção do concessionário na prestação do serviço geraria custos menores do que a realização de uma nova licitação.

Para verificar a validade dessa informação, cumpre investigar a lógica econômica na licitação e na prorrogação do contrato.

As concessões, em sua grande maioria, são monopólios naturais, ainda que o avanço tecnológico tenha tornado possível a competição em parcela dos serviços públicos<sup>55</sup>. Não fosse a licitação, o concessionário, que atua na posição de monopolista, sendo presumidamente um agente econômico racional, tenderia a elevar os seus preços e a produzir em níveis subótimos<sup>56</sup>. A licitação tem como objetivo garantir a competição para entrar em determinado setor, habilitando o licitante vencedor a prestar o serviço concedido por um período e por preço determinado de forma exclusiva. A eventual prorrogação do contrato de concessão quebra essa sistemática ao conferir um tempo adicional de prestação de serviço sem que o concessionário tenha de se submeter a uma competição pelo referido acréscimo.

O estudo dessa situação é interessante, na medida em que há duas situações antagônicas, embora o resultado a que visa o Estado, que é garantir a adequada prestação do serviço pelo meio menos oneroso possível, seja o mesmo. Enquanto que a licitação incentiva a competição de particulares pela concessão do serviço, na prorrogação não há qualquer competição, confiando-se na boa-fé e na *expertise* do atual concessionário.

Há uma lógica econômica associada ao princípio do dever de licitar. Em um procedimento licitatório, o poder concedente desenvolve estudos a partir de determinado nível de investimentos e de requisitos mínimos de qualidade que se espera na prestação do serviço. Os

<sup>54</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico**. São Paulo: RT, 1973. p. 326-327, apud SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência** – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.

<sup>55</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 226. Para análise dos elementos que propiciaram a concorrência nos serviços públicos, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 395-398.

<sup>56</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência** – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.



licitantes precisam, para vencer a disputa, apresentar a melhor proposta nos termos do edital. Para isso, são necessários cálculos sobre os investimentos necessários, estudo sobre a possível demanda existente, bem como análise do custo de aplicação daquele capital em outra atividade (custo de oportunidade). A competição entre os licitantes é o mecanismo de escolha da melhor oferta, ainda que o Estado não tenha todos os dados necessários.

Em setores de infraestrutura, é inequívoca a assimetria de informação entre os particulares e o Poder Público<sup>57</sup>: este não sabe com precisão os custos envolvidos, não domina as técnicas empregadas pelo concessionário, não consegue prever a verdadeira demanda do setor e pode ter informações sonegadas pelo concessionário. A licitação é um importante instrumento para minimizar esse risco, permitindo que, por meio da disputa pelos bens escassos, os agentes privados sejam incentivados a apresentarem a proposta mais vantajosa para o interesse público<sup>58</sup>.

Diante dessa grande assimetria informacional, as formas e os valores realmente necessários para fins de reequilíbrio do contrato são de difícil verificação *in concreto* pelo Poder Público. Como se sabe, a Administração Pública não dispõe dos dados necessários acerca dos custos dos serviços prestados. Em tais casos, “a realidade das relações econômicas mostra uma tendência relativamente forte de aproveitamento de informações em benefício próprio, na busca das chamadas *rendas informacionais*”<sup>59</sup>.

Retornando à licitação: nesta etapa, em situação de normalidade, há uma efetiva competição entre os licitantes que, muito melhor do que Estado, sabem com razoável margem de precisão, os custos que irão incorrer e podem oferecer o melhor preço possível a fim de obter o objeto a ser concedido. Não importa se o vencedor da licitação será o atual concessionário ou outro, pois ambos terão incentivos econômicos, decorrentes da competição, para oferecer a proposta mais atrativa possível ao poder concedente.

Na prorrogação contratual a estrutura de incentivos é absolutamente diversa. O

---

<sup>57</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 263; BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações políticas-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 183: “A falta de informações adequadas pode decorrer de diversas razões, eventualmente relacionadas à (i) ignorância sobre aspectos técnicos envolvidos, (ii) falta de experiência, (iii) capacidade individual de processamento de alguns tipos de informação ou, até mesmo, (iv) sonegação de informação por alguma das partes envolvidas com finalidade estratégica.” Nesse caso, é possível enquadrar a assimetria de informações em todos os itens listados.

<sup>58</sup> FOSTER, C. D., **Privatization, public ownership and the regulation of the natural monopoly**. Blackwell, 1992 apud PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 281: “Sob a pressão da competição, as empresas revelam mais fatos sobre os seus custos do que jamais seria possível delas extrair por lei ou regulação; elas reduzirão seus custos a um mínimo por receio de que, de outra forma, percam mercado para as rivais.”

<sup>59</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações políticas-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 184.



concessionário, agente privado racional que visa a maximizar os seus lucros, no momento da prorrogação contratual, tende a pressionar pela inclusão de investimentos no objeto licitado acima dos necessários e a solicitar prazo de prorrogação maior do necessário para fazer frente às supostas despesas<sup>60</sup>. O Poder Público, sem informações confiáveis, em geral não tem condição de apontar eventuais equívocos da proposta. Assim, o valor a ser pago, ainda que diluído durante o prazo de extensão do vínculo contratual, pode ser superior ao valor que seria cobrado por outro licitante. O administrador público deve estar atento a este cenário em eventual situação de prorrogação de concessão.

Dessa forma, não se pode dizer *a priori* que a prorrogação é a forma mais eficiente em detrimento de eventual nova licitação. Os incentivos econômicos não permitem uma afirmação nesse sentido. A realização de uma nova licitação depende de uma análise por parte do Poder Público de acordo com a situação, mas certamente a entrada de um novo concessionário pode ser mais eficiente do que o anterior, garantindo a prestação do serviço por um valor menor.

A intenção do presente tópico é de destacar que as situações de realização de nova licitação e de prorrogação do contrato de concessão têm incidência de incentivos econômicos distintos ao concessionário. O administrador público deve estar atento para isso ao decidir por uma ou por outra alternativa.

#### 4 Conclusão

O presente artigo apresentou uma pesquisa 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

---

<sup>60</sup> MATTOZ, 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. p. 89: “O concessionário pode ter o incentivo a propor mais obras do que o necessário para gerar variações nas tarifas maiores do que nos custos. Alternativamente, pode concentrar suas indicações de incrementos no PER ao regulador naqueles tipos de projetos em que for relativamente mais fácil de convencê-lo de que houve um incremento de custo maior do que aquele que realmente aconteceu.”

desequilibrariam 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, 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. 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, ainda que indiretamente, 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.

BARROSO, Luís Roberto . Alteração dos contratos de concessão rodoviária . In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agostín 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 n.º 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 e 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.

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.

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.

