

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

A prorrogação por interesse público
das concessões de serviço público

Mestrado em Direito

Volume único

São Paulo
2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

A prorrogação por interesse público
das concessões de serviço público

Volume único

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara.

São Paulo
2018

Guimarães, Felipe Montenegro Viviani.

S A prorrogação por interesse público das concessões de serviço público / Felipe Montenegro Viviani Guimarães. - São Paulo: 2018. -- f.

Orientador: Prof. Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara
Dissertação (mestrado - Direito) - Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, 2018.

Inclui bibliografia

1. Serviço Público. 2. Concessão. 3. Prorrogação. I. Câmara,
Jacintho Silveira Dias de Arruda. II. Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo. III. A prorrogação por interesse público das concessões
de serviço público.

CDD

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

A prorrogação por interesse público
das concessões de serviço público

Banca Examinadora

São Paulo
2018

Dedico este trabalho aos meus pais,
à minha esposa,
e à minha filhinha, Lola.

Agradeço aos meus Professores e colegas do mestrado, especialmente
ao meu Orientador, o Prof. Dr. Jacintho Arruda Câmara,
e ao meu amigo, Michael de Jesus.

“Quanta dívida resolve, num relâmpago, aquela síntese expressiva – interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum!”

Carlos Maximiliano¹

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 191.

Resumo

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

A prorrogação por interesse público das concessões de serviço público

A presente dissertação trata da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente (ou, simplesmente, prorrogação por interesse público). Ela justifica-se, dentre outras razões, porque, recentemente, vários atos normativos foram editados no Brasil autorizando a prorrogação por interesse público de diversos contratos de concessão, de modo que o interesse teórico e prático sobre o tema é realmente muito grande em nosso País, neste momento. Assim sendo, a presente dissertação visa a verificar se a prorrogação por interesse público é, ou não, compatível com o conceito de prorrogação constante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CRFB/88”) e, em caso positivo, apresentar seus principais aspectos. A hipótese de pesquisa é que essa espécie de prorrogação é compatível com a Constituição brasileira. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão do presente trabalho é que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada, com ou sem caráter premial) é compatível com a CRFB/88, estando sujeita, porém, a diversos pressupostos, condições e limites para ser realizada legitimamente.

Palavras-chave: Direito Administrativo. serviço público. concessão. prorrogação.

Abstract

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

The prorogation by public interest
of the public service concessions

This dissertation deals with the prorogation of the term of validity of the public service concession contracts for reasons of convenience and opportunity of the Granting Authority (or, simply, prorogation by public interest). It is justified, among other reasons, because several normative acts have been issued recently in Brazil authorizing the prorogation by public interest of many concession contracts, so that the theoretical and practical interest in the subject is very great in our Country, at this moment. Thus, this dissertation aims to verify whether the prorogation by public interest is compatible with the concept of prorogation constant of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 ("CRFB/88") and, if so, to present its main aspects. The research hypothesis is that this species of prorogation is compatible with the Brazilian Constitution. The method of approach of the subject is the deductive, and the method of research, the bibliographic. Finally, the main conclusion of the present study is that the prorogation by public interest (common or anticipated, with or without premial character) is compatible with CRFB/88, being subject, however, to different requirements, conditions and limits to be fulfilled legitimately.

Keywords: Administrative law. public service. concession. prorogation.

Sumário

Introdução	p. 11
------------------	-------

Parte 1

Aspectos gerais da prorrogação das concessões de serviço público

1 Fundamento normativo	p. 13
1.1 <u>Fundamento constitucional</u>	p. 13
1.1.1 A CRFB/88, ART. 175, PAR. ÚN., I, É UMA NORMA CONSTITUCIONAL VÁLIDA? ..	p. 15
1.1.2 INTERPRETAÇÃO DA CRFB/88, ART. 175, PAR. ÚN., I	p. 18
1.1.2.1 <i>Cânones (métodos e princípios) de interpretação constitucional</i>	p. 18
1.1.2.2 <i>Resultado da aplicação do método gramatical e do princípio da</i> <i>concordância prática ou harmonização</i>	p. 19
1.1.2.2.1 <u>Consequências dogmáticas do caráter excepcional da prorrogação</u> .	p. 23
1.1.2.2.3 <i>Resultado da aplicação do princípio da máxima efetividade</i>	p. 24
1.2 <u>Fundamento infraconstitucional</u>	p. 26
1.2.1 CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA E DA PRORROGAÇÃO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA	p. 29
2 Espécies de prorrogação	p. 31
2.1 <u>Prorrogação por emergência</u>	p. 31
2.2 <u>Prorrogação por reequilíbrio</u>	p. 34
2.2.1 DEVOLUÇÃO DE PRAZO	p. 39
2.3 <u>Prorrogação por interesse público</u>	p. 40
2.3.1 SUBESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO	p. 42
2.3.1.1 <i>Prorrogação comum</i>	p. 42
2.3.1.2 <i>Prorrogação antecipada</i>	p. 43
2.3.1.3 <i>Prorrogação-prêmio ou premial</i>	p. 49

Parte 2

Aspectos específicos da prorrogação por interesse público

1 Terminologia	p. 54
2 Institutos afins	p. 59
3 Conceito	p. 71
4 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial	p. 73
4.1 <u>Posicionamento doutrinário</u>	p. 73
4.1.1 DOCTRINA ESTRANGEIRA	p. 73
4.1.2 DOCTRINA NACIONAL	p. 79
4.2 <u>Posicionamento jurisprudencial</u>	p. 95
5 Natureza jurídica	p. 99
5.1 <u>Negócio jurídico administrativo bilateral</u>	p. 101
5.2 <u>Negócio jurídico administrativo a título oneroso</u>	p. 106
6 Finalidade	p. 112
6.1 <u>Finalidade genérica</u>	p. 112
6.2 <u>Finalidades específicas</u>	p. 116
7 Competência	p. 118
7.1 <u>Pessoa política competente para prorrogar</u>	p. 118

7.2 Poder estatal competente para prorrogar	p. 120
7.2.1 PRORROGAÇÃO POR LEI	p. 121
7.3 Órgão ou autoridade administrativa competente para prorrogar	p. 123
7.4 Caráter discricionário da competência para prorrogar	p. 126
8 Motivo	p. 132
9 Objeto e conteúdo	p. 137
10 Pressupostos	p. 142
10.1 Autorização legislativa	p. 142
10.2 Outorga precedida de licitação pública	p. 146
10.3 <u>Previsão no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha</u>	p. 148
10.3.1 CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO PARA INCLUSÃO DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO NO CONTRATO	p. 152
10.3.2 PRORROGAÇÃO ANTECIPADA: AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO	p. 154
10.4 Contrato vigente	p. 155
10.5 Não realização de prorrogação por interesse público anteriormente	p. 160
10.6 <u>Fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária: prestação de serviço público adequado aos usuários</u>	p. 171
10.7 <u>Vantajosidade da medida</u>	p. 174
10.8 <u>Consenso entre as partes</u>	p. 175
10.9 <u>Qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI</u>	p. 175
11 Condições	p. 177
11.1 <u>Duas tendências legislativas</u>	p. 177
11.2 <u>Leis que estabelecem, por si mesmas, as condições para a prorrogação</u>	p. 177
11.2.1 PAGAMENTO PELA PRORROGAÇÃO DA OUTORGA	p. 178
11.2.2 REDUÇÃO DO VALOR DA TARIFA PROPORCIONALMENTE AO NÍVEL DE INVESTIMENTOS EM BENS REVERSÍVEIS JÁ AMORTIZADOS	p. 180
11.2.3 REALIZAÇÃO DE NOVOS INVESTIMENTOS NA CONCESSÃO	p. 181
11.2.4 ADEQUAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO EM VIGOR	p. 183
11.2.5 INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE DESEMPENHO NO CONTRATO DE CONCESSÃO	p. 184
11.2.6 ADOÇÃO DAS MELHORES PRÁTICAS REGULATÓRIAS	p. 185
11.2.7 EXTINÇÃO DO CARÁTER DE EXCLUSIVIDADE DA CONCESSÃO	p. 185
11.2.8 REORGANIZAÇÃO DAS ÁREAS DE CONCESSÃO	p. 186
11.2.9 VINCULAÇÃO DE PARTE DA CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DA INFRAESTRUTURA AO ATENDIMENTO DE DETERMINADO GRUPO DE AGENTES ECONÔMICOS OU USUÁRIOS ..	p. 187
11.2.10 INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS E SERVIÇOS	p. 189
11.2.11 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ADMINISTRATIVOS SETORIAIS	p. 190
11.2.12 QUAISQUER OUTRAS CONDIÇÕES PROPOSTAS PELO PODER CONCEDENTE POR OCASIÃO DA PRORROGAÇÃO	p. 191
11.3 <u>Leis que, mediante nova remissão, transferem a tarefa de estabelecer as condições para a prorrogação aos contratos de concessão de serviço público</u>	p. 192
12 Cláusula de prorrogação	p. 194
12.1 <u>Natureza jurídica da cláusula de prorrogação</u>	p. 194
12.1.1 CLÁUSULA ESSENCIAL	p. 194
12.1.2 CLÁUSULA REGULAMENTAR	p. 196
12.2 <u>Conteúdo razoavelmente detalhado</u>	p. 203
12.3 <u>Exemplo de cláusula de prorrogação: análise dos contratos de concessão do serviço público ferroviário</u>	p. 205
12.3.1 NEGÓCIO JURÍDICO ADMINISTRATIVO BILATERAL E ONEROSO	p. 207

12.3.2 CARÁTER DISCRICIONÁRIO DA COMPETÊNCIA PARA PRORROGAR	p. 208
12.3.3 PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES	p. 208
12.3.4 PROCEDIMENTO	p. 209
13 Prazo de prorrogação	p. 210
13.1 <u>Definição do prazo de prorrogação</u>	p. 211
13.1.1 ALGUMAS TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS	p. 211
13.1.2 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DO PRAZO DE PRORROGAÇÃO	p. 215
13.1.2.1 <i>O caso específico das parcerias público-privadas</i>	p. 221
13.1.2.2 <i>Prorrogação pelo prazo máximo previsto em lei ou no contrato – ainda que tal prazo possa ser superior ao necessário à amortização dos novos investimentos a serem realizados pela concessionária – com direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente: o caso específico dos Setores Portuário e Ferroviário</i>	p. 222
13.2 <u>Contagem do prazo de prorrogação</u>	p. 225
14 Limites	p. 231
14.1 <u>Proibição de prorrogação em caráter perpétuo ou por prazo indeterminado</u>	p. 231
14.2 <u>Proibição de prorrogações sucessivas</u>	p. 234
14.2.1 A REGRA JURÍDICA CONTIDA NO DECRETO FEDERAL N.º 8.033, DE 27 DE JUNHO DE 2013, ART. 19: POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS ATÉ DETERMINADO LIMITE MÁXIMO	p. 235
14.3 <u>Proibição de alteração do objeto original do contrato de concessão</u>	p. 238
14.4 <u>Possibilidade de alteração subjetiva da relação jurídica concessória</u>	p. 239
15 Forma	p. 242
15.1 <u>Formalização</u>	p. 242
15.2 <u>Processo administrativo específico</u>	p. 244
15.2.1 PROCEDIMENTO (OU RITO)	p. 247
15.3 <u>Motivação</u>	p. 252
15.3.1 PRORROGAÇÃO TÁCITA OU AUTOMÁTICA	p. 257
15.4 <u>Registro administrativo</u>	p. 261
15.5 <u>Publicação</u>	p. 262
16 Extinção do contrato no termo final do prazo de vigência	p. 265
Conclusões	p. 267
Lista de Referências	p. 269

+++++

Introdução

Na presente dissertação, nós analisaremos o tema da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público, mais especificamente, o da prorrogação desses ajustes por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente (ou, simplesmente, prorrogação por interesse público).

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CRFB/88”) tratou o tema da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público de forma lacônica, exigindo, portanto, rigoroso trabalho de interpretação. Em segundo lugar, porque, recentemente, vários atos normativos foram editados no Brasil autorizando a prorrogação por interesse público de diversos contratos de concessão, razão pela qual o interesse teórico e prático pelo tema é realmente muito grande em nosso País, neste momento¹. Em terceiro lugar, porque a prorrogação por interesse público constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral, por muitos anos, merecendo, portanto, estudo aprofundado. E, em quarto lugar, porque existem poucos artigos e, até onde conseguimos apurar, nenhum livro tratando, especificamente, dessa espécie de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, de modo que o presente trabalho acadêmico contribuirá para a sistematização dos conhecimentos científicos sobre esse instituto jurídico do Direito Administrativo.

Assim sendo, nosso objetivo consiste em verificar se a prorrogação por interesse público é, ou não, compatível com o conceito de prorrogação constante da CRFB/88 e, em caso positivo, apresentar seus principais aspectos. Nossa hipótese de pesquisa é que a prorrogação por interesse público é compatível com a Constituição da República.

De outra parte, o método de abordagem do tema será o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam a prorrogação por interesse público no Brasil, à luz da doutrina e da jurisprudência.

¹ Exemplo: o Decreto federal n.º 9.048, de 10 de maio de 2017 (mais conhecido como “Decreto dos Portos”), que regulamentou a prorrogação por interesse público no âmbito do Setor Portuário.

Por fim, a presente dissertação encontra-se estruturada em 2 (duas) partes. Na primeira, analisaremos os aspectos gerais da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, notadamente, seu fundamento normativo e suas espécies. E, na segunda, os aspectos específicos da prorrogação por interesse público, em especial, sua natureza jurídica, finalidade, pressupostos, condições e limites. Ao final do trabalho, apresentaremos, resumidamente, as principais conclusões de nossa pesquisa.

Parte 1
Aspectos gerais da prorrogação
dos contratos de concessão de serviço público

1 Fundamento normativo

Inicialmente, convém apresentarmos o fundamento normativo (constitucional e infraconstitucional) do instituto jurídico da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público.

1.1 Fundamento constitucional

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, a qual estabelece, no *caput*, que a concessão de serviço público será precedida, “*sempre*”, de “*licitação*”; e, no par. ún., I, que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre o “*caráter especial*” da “*prorrogação*” dos contratos de concessão; *verbis*:

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

Parágrafo único. **A lei disporá sobre:**

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o **caráter especial** de seu contrato e de sua **prorrogação**, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. (grifo nosso)

Sobre o ponto, **Celso Ribeiro Bastos**² ensina que, “[a]tualmente, a possibilidade de prorrogação é inequívoca, eis encontrar-se prevista, expressamente, no próprio Texto Constitucional”, mais precisamente, em seu “art. 175”, “parágrafo único, inc. I”. **Caio Tácito**³ leciona que “o parágrafo único, do art. 175, da Constituição de 1988, expressamente permite a prorrogação de contratos de concessão”, razão pela qual “a prorrogação integra a

² BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 311-322, out./dez. 2002. p. 318.

³ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1289 e 1293.

sistemática das concessões de serviços públicos”. **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁴ expõe que “*a possibilidade de prorrogação é a regra geral das concessões de serviços públicos (prevista na CRFB – art. 175 – e regulada pela Lei de Concessões)*”. **Elena Landau**⁵ explica que, “*mesmo que a Constituição Federal estabeleça, em seu art. 175, a licitação para a delegação de concessão de novas outorgas de serviços públicos, seu parágrafo único e a legislação setorial preveem a possibilidade de prorrogação do prazo do contrato*”. E **Rafael Munhoz de Mello**⁶ esclarece que “*a prorrogação da concessão de serviço público tem expressa previsão constitucional*” – no “*art. 175, da Carta Federal de 1988*”, sendo, pois, “*claro que o legislador constituinte entendeu que, em certas condições, a prorrogação da concessão de serviço público justifica-se, não sendo possível, assim, descartá-la tout court*”.

Por fim, é preciso considerar o entendimento de **Gustavo Binembojm**⁷, para quem o fundamento constitucional do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público reside no “*artigo 37, inciso XXI, da Constituição*”, o qual, “*quando exige a licitação como condição prévia para contratos do Poder Público, diz expressamente: ressaltados os casos especificados na legislação*”, sendo certo que tais “*ressalvas*” ou “*exceções ao dever de licitar*” compreendem não só as “*hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade*”, mas também a de “*prorrogação*” dos contratos de concessão.

Sem desprestigiar, de forma alguma, o eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

Com efeito, entendemos que o fundamento constitucional do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, como visto acima; e que a CRFB/88, art. 37, XXI (mais precisamente, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos), constitui,

⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 914.

⁵ LANDAU, Elena. Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar? In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do Setor Elétrico*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117.

⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 210-211.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. Alterações de prazo nas concessões e permissões de serviço público. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 102, p. 26-30, jan. 2009. p. 30.

apenas, um dos (co)fundamentos constitucionais de uma das espécies de prorrogação, a prorrogação por reequilíbrio, como veremos na seção 2.2 abaixo.

Visto o fundamento constitucional do instituto jurídico da prorrogação, cabe, agora, a pergunta: considerando que esse instituto jurídico colide com o princípio da isonomia e o instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta, podemos, ainda assim, considerar a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, na parte que trata da prorrogação, uma norma constitucional válida?

1.1.1 A CRFB/88, ART. 175, PAR. ÚN., I, É UMA NORMA CONSTITUCIONAL VÁLIDA?

Ao tratar da inconstitucionalidade (ou, de modo geral, da invalidade) das normas constitucionais originárias, **Otto Bachof**⁸ ensina que existem, na jurisprudência e na doutrina alemãs, 3 (três) correntes sobre a matéria. A primeira sustenta que, *“por definição, uma norma da Lei Fundamental não pode estar em contradição com a própria Lei Fundamental”*, porque *“o legislador constitucional é autónomo no estabelecimento do sistema de valores da Constituição”*, ele *“é o criador exclusivo do direito”* (*“entendido este como uma ordem coercitiva com qualquer conteúdo”*) e *“pode abrir exceções aos preceitos por ele próprio estabelecidos”*. A segunda corrente defende que as *“normas da Constituição simplesmente formais”* (portanto, de *“grau inferior”*, *“menos importantes”*) podem ser consideradas inconstitucionais em caso de incompatibilidade com as *“normas materiais básicas da mesma Lei”* (portanto, de *“grau superior”*, *“mais importantes”*), porque existe uma relação de hierarquia (*“diversidade de grau”*) entre umas e outras. Com efeito, os defensores dessa corrente afirmam que, em tais casos, existe uma *“contradição do legislador constitucional consigo mesmo”*. Por fim, a terceira corrente advoga que as *“normas constitucionais originárias”* podem ser consideradas inconstitucionais em caso de violação *“de maneira tão evidente”* e em *“medida insuportável”* dos *“postulados fundamentais da justiça”* (dentre outros, *“a exigência da igualdade de tratamento”*), estejam eles positivados, ou não, na Constituição, uma vez que tais postulados constituem o *“fundamento de validade”* da Constituição (no sentido da *“obrigatoriedade jurídica”*, da *“vinculação jurídica dos*

⁸ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. C. da Costa. 1. ed. reimpr. São Paulo: Almedina, 2009. passim.

destinatários das normas ao que é ordenado”), limitando, assim, a “*atuação estadual em todas as suas formas – seja mesmo na veste da actuação constituinte*”. Pessoalmente, o autor filia-se à terceira corrente.

No Brasil, a corrente do publicista alemão não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, no julgamento da ADI 815/DF, o Tribunal Pleno da Suprema Corte decidiu que as normas constitucionais originárias não podem ser declaradas inconstitucionais, porque: (i) o poder constituinte originário: (a) não está sujeito a nenhuma limitação jurídica, notadamente a “*direito suprapositivo*”; (b) é “*livre*” para estabelecer o conteúdo da Constituição; e (c) pode criar “*exceções*” para as normas constitucionais por ele próprio estabelecidas, razão pela qual o conflito entre normas constitucionais originárias é, apenas, aparente, e não real; (ii) todas as normas formalmente constitucionais possuem o mesmo grau de “*hierarquia*”, de modo que uma norma constitucional originária supostamente de grau inferior não pode ser declarada inconstitucional por violar uma norma constitucional originária supostamente de grau superior; e (iii) o Supremo Tribunal Federal não tem competência para declarar inconstitucional uma norma constitucional originária que viole direito suprapositivo. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Moreira Alves; *verbis*:

Não podendo, pois, o Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, fiscalizar o poder constituinte originário, quer em face do direito suprapositivo não positivado na Constituição, quer diante do direito suprapositivo na Carta Magna, quer com base em normas constitucionais que seriam de grau superior ao das demais, não pode ele, com base no princípio da igualdade (que a própria Constituição limita, como se vê, por exemplo, do disposto no artigo 5.º, I) e de seus consectários segundo os termos da inicial, conhecer da presente ação direta, por impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, o de declarar a alegada inconstitucionalidade parcial dos §§ 1.º e 2.º, do artigo 45, da Constituição Federal, que dizem respeito ao sistema representativo que é disciplinado nos termos da Carta Magna [...]. (STF, ADI 815/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Moreira Alves, j. 28/03/1996, DJ 10/05/1996)⁹ (grifo nosso)

Conquanto concordemos com a lição de **Otto Bachof** – e, conseqüentemente, discordemos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendemos que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I (ao menos, na parte que trata da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público), não é uma norma constitucional originária inconstitucional, porque, a nosso

⁹ No mesmo sentido: STF, ADI 2.356 MC/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Néri da Silveira, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Ayres Britto, j. 25/11/2010, DJe 18/05/2011.; ADI 2.883/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes, j. 30/08/2006, DJ 09/03/2007.; RE 160.486/SP, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Celso de Mello, j. 11/10/1994, DJ 09/06/1995.

sentir, a prorrogação dos contratos de concessão não viola, de maneira evidente e em medida insuportável, o postulado da igualdade e o instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta. Com efeito, como veremos nas seções 2 e 6 abaixo, o instituto jurídico da prorrogação possui uma finalidade muito relevante no âmbito das concessões de serviço público, pelo que entendemos que a relação normativa entre o postulado da igualdade e o instituto jurídico da licitação, de um lado, e o instituto da prorrogação, de outro, é uma relação entre regra e exceção, materialmente justificada^{10e11}.

Assim sendo, concluímos que o instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público e os demais bens, valores ou interesses jurídicos protegidos pela Constituição da República – notadamente o princípio da igualdade e o instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta – devem conviver, harmoniosamente, no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰ Ao tratar dos “*limites à formação do sistema jurídico*”, **Claus-Wilhelm Canaris** distingue os fenômenos das “*quebras no sistema*” e das “*diferenciações de valores*”. Com efeito, o autor ensina que as quebras no sistema constituem uma “*perturbação*” da “*unidade interior da ordem jurídica*”, uma “*inconsequência valorativa*”, razão pela qual elas não podem ser aceitas, devendo ser “*eliminadas*” do sistema jurídico – por meio da afirmação de uma “*lacuna de colisão*”. De outra parte, as diferenciações de valores são “*meras [...] diferenciações valorativas que se justificam materialmente*” (isto é, perante a própria “*regra da igualdade*”), motivo pelo qual podem ser admitidas, não devendo ser retiradas do ordenamento. Com relação às diferenciações de valores, o autor acrescenta, ainda, que elas decorrem da “*tendência individualizadora da justiça*”, manifestando-se sob a forma de uma “*previsão especial*” em relação a um “*princípio geral*” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...* Tradução: A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012. p. 199-207.). Com isso, o eminente jusfilósofo alemão apresenta 2 (duas) ideias importantes para a presente seção; a saber: (i) apesar do princípio da coerência do ordenamento jurídico, podem existir diferenciações valorativas dentro do sistema jurídico, desde que materialmente justificadas; e (ii) tais diferenciações valorativas manifestam-se sob a forma de uma exceção a um princípio geral. É o caso, como visto, da relação normativa entre o postulado da igualdade e do instituto jurídico da licitação pública, de um lado, e o instituto da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, de outro.

¹¹ **Rafael Wallbach Schwind** chega à mesma conclusão, a partir da mesma premissa. Com efeito, o autor ensina que, “[p]ara se defender a inconstitucionalidade da prorrogação da vigência dos contratos administrativos, deveria se concluir pela inconstitucionalidade do próprio dispositivo constitucional que contempla essa possibilidade, o que não nos parece possível” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 496-499.). Por sua vez, **Dilermando Gomes de Alencar** chega à mesma conclusão, a partir da premissa inversa. De fato, o autor relembra, primeiro, que é um “*dogma – ainda não superado – da jurisprudência constitucional*” brasileira aquele segundo o qual “*não se pode declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias*”; recorda, em seguida, que “*o instituto [da prorrogação] encontra-se expresso no texto originário da Constituição*”; e conclui, por fim, “*não haver qualquer ‘mácula original’ no instituto da prorrogação*” – que é “*tão constitucional*” quanto os “*princípios igualdade, da moralidade, dentre outros*” (DE ALENCAR, Dilermando Gomes. Marco legal referente às prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: DE CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 208 e 210.).

1.1.2 INTERPRETAÇÃO DA CRFB/88, ART. 175, PAR. ÚN., I

Visto que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, é uma norma constitucional válida, devemos, agora, interpretá-la com vistas a determinar seu conteúdo (sentido e alcance).

1.1.2.1 *Cânones (métodos e princípios) de interpretação constitucional*

A interpretação constitucional é a atividade técnica por meio da qual o intérprete determina o conteúdo das normas constitucionais. Essa atividade é realizada com base em diversos cânones desenvolvidos pela hermenêutica jurídico-constitucional. Os cânones de interpretação constitucional são reciprocamente complementares, devendo, sempre que possível, ser aplicados em conjunto. Entretanto, sua aplicação pode produzir resultados contraditórios, não havendo critérios incontestáveis para a solução de eventuais conflitos. Assim sendo, cabe ao intérprete selecionar, discricionariamente, o(s) cânone(s) de interpretação constitucional útil(eis) no caso concreto, orientado, sempre, pela busca da solução mais justa para o problema a resolver¹².

A doutrina arrola diversos cânones de interpretação constitucional, chamando-os, ora de métodos (clássicos ou tradicionais), ora de princípios. Os métodos de interpretação da Constituição são os mesmos cânones de interpretação das leis em geral, desenvolvidos por **Friedrich Karl von Savigny**¹³ no final do séc. XIX; a saber: (i) o método gramatical; (ii) o método histórico; (iii) o método teleológico; e (iv) o método sistemático. Por sua vez, os

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 2 e 5.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 457-458.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119-121 e 135.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219.; FERRARI, Regina Maria M. Nery. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.; ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Batista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 144-149.; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamêgo. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 488-489.; COING, Helmut. *Elementos fundamentais da Filosofia do Direito*. Tradução: Elisete Antoniuk. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 338-340.; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Traduzido por Peter Naumann. Apresentação de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 25-29, 42, 70, 71-88 e 99-105.; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson S. Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 231-247.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Traducción: J. J. Santa-Pinter. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 18-24.

princípios de interpretação constitucional, propostos por **Konrad Hesse**¹⁴, são: (i) o princípio da unidade da Constituição; (ii) o princípio da concordância prática ou harmonização; (iii) o princípio da correção funcional; (iv) o princípio da eficácia integradora; (v) o princípio da força normativa da Constituição; e (vi) o princípio da máxima efetividade.

A nosso sentir, os cânones de interpretação constitucional úteis para a interpretação da CRFB/88, art. 175, par. ún., I, são: (i) o método gramatical em conjunto com o princípio da concordância prática ou harmonização; e (ii) o princípio da máxima efetividade.

Vejam, então, o resultado de sua aplicação ao caso concreto.

1.1.2.2 Resultado da aplicação do método gramatical e do princípio da concordância prática ou harmonização

O método gramatical – também chamado de método filológico, busca determinar o conteúdo da norma constitucional a partir da análise do texto normativo (palavras e frases), com o emprego de meios etimológicos e gramaticais (dicionário e gramática)¹⁵.

Na seção 1.1 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, estabelece que a lei disporá sobre o “*caráter especial*” da “*prorrogação*” dos contratos de concessão de serviço público¹⁶. Etimologicamente, a palavra “*especial*” significa aquilo “*que não é geral*”¹⁷, no caso, a realização de licitação pública para nova outorga do serviço público ao final da concessão (CRFB/88, art. 175, *caput*). Logo, o instituto jurídico da prorrogação possui caráter especial (ou excepcional) em relação ao instituto da licitação pública, podendo ser utilizado,

¹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional...* Tradução: Luís Afonso Heck. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 63-69.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 408.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 457-458.; MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional...* 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 139.

¹⁶ **Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Melhado Araujo Lima** também afirmam que “[a] possibilidade de prorrogação está prevista no parágrafo único, I, do art. 175, como de caráter especial” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. *As modificações no Setor de Energia Elétrica...* In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 332.).

¹⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 814.

pois, apenas e tão somente, nas hipóteses em que o interesse público consubstanciado no prolongamento de prazo efetivamente justificar a prorrogação.

Assim sendo, podemos concluir, a partir da interpretação gramatical da CRFB/88, art. 175, par. ún., I, que a prorrogação possui caráter excepcional em relação à licitação pública.

Ademais, podemos chegar à mesma conclusão mediante a aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização, o qual indica que, ao interpretar a Constituição, o hermeneuta deve dar preferência ao resultado que promova a coordenação dos bens constitucionais em conflito, vedado o sacrifício (total) de uns em benefício de outros¹⁸.

Com efeito, a nosso sentir, a única maneira de harmonizar os institutos jurídicos da licitação pública e da prorrogação consiste em considerar que este possui caráter excepcional em relação àquele¹⁹ – do contrário, a exigência de licitação pública seria sacrificada.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que a prorrogação tem caráter excepcional em relação à licitação pública. De fato, no julgamento do MS 20.432/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afirmou que a extinção do contrato de concessão no termo final do prazo de vigência “*é a regra*”, e “[a] *prorrogação é a exceção, que somente se justifica, se essa escolha se despontar eficiente*” “*em termos de custos e benefício*”. Eis o trecho principal do voto do vogal, Ministro Mauro Campbell Marques – que acompanhou o voto vencedor do Ministro Ari Pargendler; *verbis*:

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 186-187.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220-221.

¹⁹ Ao analisar a constitucionalidade da prorrogação das permissões do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros realizada no Município do Rio de Janeiro, com base na Lei complementar municipal n.º 37, de 17 de julho de 1998 (art. 5.º, 35 e 36), **Carlos Roberto Siqueira Castro** ensina que “*os princípios jurídicos, longe de serem comandos absolutos, são normas essencialmente relativas e ontologicamente abertas*”; que “*o princípio da licitação não está sozinho na nossa ordem constitucional*”, coexistindo com outros princípios jurídicos, “*tais como os da continuidade, da adequação e da modicidade da tarifa dos serviços públicos*”; e que, por isso, “*a missão que incumbe ao intérprete da Constituição é a de, mediante trabalho exegético [...] encontrar uma solução de concordância prática entre as normas constitucionais*”. Por fim, o autor conclui pela constitucionalidade da referida prorrogação (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Parecer para o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Município do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS... In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. passim.). Cf., ainda: Idem. Parecer acerca da situação das empresas permissionárias do serviço público de transporte coletivo por ônibus... In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. passim.

60. Contrato de concessão com prazo certo é a regra. A prorrogação é a exceção, que somente se justifica, se essa escolha se despontar eficiente. Eficiência, em termos de relação de custo e benefício ou equilíbrio de resultados para investidores e benefícios para a coletividade de usuários, é a base da regulação por incentivo, sistemática abonada pela literatura especializada. (STJ, MS 20.432/DF, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Ari Pargendler, Relator(a): p/acórdão Ministro Herman Benjamin, j. 24/06/2015, DJe 15/02/2016)²⁰ (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, o Plenário do Tribunal de Contas da União asseverou que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, não confere uma “*autorização ampla e irrestrita para a prorrogação*” dos contratos de concessão de serviço público, de modo que, para a “*prorrogação*” ser realizada validamente, é necessária a existência de “*situação excepcional que justifique a não licitação*” – a qual constitui a “*regra*”, sendo certo, ainda, que tal situação resta caracterizada, somente quando a realização da nova licitação pública: (i) for “*inviável*”, colocando em risco a “*continuidade*” da prestação do serviço público; ou (ii) trazer “*desvantagens*” em relação à prorrogação, considerados, dentre outros, os princípios da “*modicidade tarifária*” e da “*manutenção do serviço adequado*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/2015-Plenário; *verbis*:

85. A não realização de licitação somente seria admissível, se fazê-la fosse inviável ou trouxesse desvantagens tais, em relação à prorrogação, que se contrapusesse a outros princípios constitucionais, como o da eficiência, o da modicidade tarifária, o da manutenção do serviço adequado, o da continuidade, entre outros. Seria, portanto, situação excepcional, que fugiria à regra.

86. Nesse sentido deve ser interpretado o art. 7.º, da Lei 12.783/2013, que estabelece condições para a prorrogação dessas concessões. Não se trata, portanto, de uma **autorização ampla e irrestrita para a prorrogação**, dado que isso **seria inconstitucional**. (grifo nosso)

Por fim, vale ressaltar que a doutrina também entende que a prorrogação dos contratos de concessão possui caráter especial (ou excepcional) em relação à licitação pública. Com efeito, **Maria Sylvia Zanella di Pietro**²¹ ensina que “*a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo*

²⁰ No mesmo sentido: STJ, REsp 735.698/RJ, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, j. 18/12/2007, DJ 13/02/2008.; RMS 24.118/PR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Teori Albino Zavascki, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008.; TRF/2, AC 2011.51.01.008425-0, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJ 22/02/2013.; TRF/3, AC 0000521-75.2009.4.03.6121, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Márcio Moraes, e-DJ 13/12/2013.

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública...* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116.

na hipótese em que o prazo originariamente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos”; do contrário, estar-se-á “burlando, realmente, o princípio da licitação”. **Marcos Juruena Villela Souto**²² leciona que “a prorrogação dos contratos administrativos deve se dar, sempre, em caráter excepcional, não podendo ser encarada como um procedimento rotineiro, visto que a regra é a licitação, que traz, em seu bojo, a idéia justamente de evitar que as contratações firmadas com a Administração Pública sejam eternas, o que acarretaria favorecimento indevido ao particular em detrimento do interesse público, ferindo-se o principal objetivo da competição pública, qual seja a seleção da proposta mais vantajosa para contratar, bem como o próprio princípio constitucional da isonomia”. **Gustavo Binenbojm**²³ expõe que “a possibilidade de extensão de prazos de concessão” é “prática adotada em quase todos os países civilizados do mundo, como exceção, e não como regra”. **Ricardo Martins Sant’Anna**²⁴ explica que “somente se admite a prorrogação de concessões [...] em situações excepcionais”, mais precisamente, “naqueles casos em que o prazo adicional se justifique pelo benefício que trará à sociedade”; nada obstante, “o caráter excepcional do ato exige exaustiva motivação”. E **Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Gaggiano**²⁵ esclarecem que “a prorrogação contratual da vigência do prazo é medida de natureza especial, haja vista não só a necessidade de os contratos que transferem atividades estatais serem a prazo certo, como a licitação ser a regra para a constituição desses vínculos, em busca da proposta mais vantajosa”²⁶.

²² SOUTO, Marcos J. Villela. *Direito Administrativo contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 344-345.

²³ BINENBOJM, Gustavo. Alterações de prazo nas concessões e permissões de serviço público. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 102, p. 26-30, jan. 2009. p. 29-30.

²⁴ SANT’ANNA, Ricardo Martins. A ausência de critérios objetivos para a prorrogação de concessões... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 197 e 199.

²⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 13.

²⁶ **Maria D’Assunção Costa e Natalia Felipe Lima Bonfim** entendem que, na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, a expressão “caráter especial” significa, em relação ao instituto jurídico da prorrogação, que a “cláusula de prorrogação” é “essencial”, “obrigatória”, “imprescindível” em todos os contratos de concessão de serviço público (COSTA, Maria D’Assunção; BONFIM, Natalia Felipe Lima. Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 197-210, jan./mar. 2009. p. 200-201.). Sem desprestigiá-las de modo algum, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, a nosso sentir, aparentemente, as autoras interpretaram a Constituição da República (art. 175, par. ún., I) a partir da legislação ordinária (Lei 8.987/95, art. 23, XII), e não o inverso, o que nos parece incorreto em termos de hermenêutica constitucional.

1.1.2.2.1 Consequências dogmáticas do caráter excepcional da prorrogação

Neste momento, cabe a pergunta: quais são as consequências dogmáticas do caráter excepcional do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público? A nosso sentir, tais consequências são, basicamente, 2 (duas); a saber:

- (i) as regras jurídicas que disciplinam a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público devem ser interpretadas estritamente, já que fazem parte do chamado “*direito excepcional*” (“*Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*”); e
- (ii) em caso de dúvida sobre a vantajosidade da prorrogação (após todas as consultas e estudos devidos), o Poder Concedente deve optar pela licitação pública, a qual possui maior aptidão para promover os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, dentre outros²⁷ (“*Semper in dubiis benigniora proferenda sunt*”).

Com relação à consequência (i) acima, no julgamento do RMS 24.118/PR, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a “*prorrogação*” constitui “*hipótese excepcional à regra da improrrogabilidade*” dos contratos administrativos, e que, “[p]or tratar-se de exceção, deve ter interpretação estrita”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Teori Albino Zavascki; *verbis*:

Há, é certo, a **exceção estabelecida pelo art. 57, II, da Lei 8.666/93** [...]. O dispositivo, todavia, não infirma o conceito de prorrogação acima aludido. Ele estabelece **hipótese excepcional à regra da improrrogabilidade. Por se tratar de exceção, deve ter interpretação estrita**, guardados os limites dos pressupostos que a sustentam. [...] Nesse cenário, admite-se a prorrogação dos contratos, desde que fique demonstrado que ela será menos dispendiosa para a Administração do que a celebração de um contrato novo, mediante licitação. Esse o fundamento e o sentido da **exceção**, como anota a doutrina especializada: [...]. (STJ, RMS 24.118/PR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Teori Albino Zavascki, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008)²⁸ (grifo nosso)

²⁷ **Joísa Campanher Dutra e Gabriella Marques de Azevedo dos Santos**²⁷ ensinam que uma das principais “*preocupações*” da doutrina em relação à “*renegociação de contratos de infraestrutura*” – por exemplo, para a “*extensão do termo contratual*” – é precisamente a “*assimetria informacional*” entre Poder Concedente e concessionária, que pode comprometer a vantajosidade da medida para aquele (DUTRA, Joísa Campanher; SANTOS, Gabriella M. de Azevedo dos. Prorrogação de contrato de concessão de uso de bem público aos produtores independentes de energia como hipótese de renegociação. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 243-261, jul./set. 2016. p. 247.).

De outra parte, diversos doutrinadores de escol afirmam que, diante do caráter excepcional da prorrogação, as regras jurídicas que disciplinam tal instituto devem ser interpretadas estritamente. De fato, **Themístocles Brandão Cavalcanti**²⁹ ensina que a prorrogação dos contratos administrativos “*não é a regra*”, mas, sim, “*exceção à regra geral da licitação*”, razão pela qual sua “*interpretação não pode ser extensiva*”. **Egon Bockmann Moreira**³⁰ leciona que “*a faculdade de prorrogar não derroga a norma da obrigatoriedade de licitação, mas, apenas, a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente)*”. E **Jaime F. Rodriguez-Arana**³¹ expõe que “*la prórroga es excepcional (‘sólo serán prorrogables por causa justificada’), con todo lo que eso significa a la hora de la interpretación*”.

Por derradeiro, no que tange à consequência dogmática (ii) acima, vale trazer à baila a lição de **Carlos Fernando do Nascimento**³², para quem a prorrogação dos contratos de concessão exige a elaboração de estudo técnico (na forma de uma análise de impacto regulatório) com vistas a demonstrar, de maneira suficiente, que o prolongamento de prazo atende melhor ao interesse público do que a realização de uma nova licitação, sendo certo que, “[c]aso a análise de impacto resulte em um cenário de indiferença jurídica, econômica e financeira entre as opções – algo cuja ocorrência é rara – *in dubio, pro licitatio*”; e, a seguir, conclui: “*a dúvida, a meu sentir, deve ser resolvida em favor da licitação*”.

1.1.2.3 Resultado da aplicação do princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade – também chamado de princípio da interpretação efetiva – indica que, ao interpretar uma norma constitucional, o intérprete deve dar preferência ao sentido que lhe atribua a maior eficácia. A propósito, cumpre destacar que, embora seja aplicado, hoje, a todas e quaisquer normas constitucionais (sobretudo, às consagradoras de

²⁸ No mesmo sentido: STJ, REsp 735.698/RJ, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, j. 18/12/2007, DJ 13/02/2008.

²⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 263-264.

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

³¹ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos...* 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 33.

³² NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 41-42 e 53.

direitos fundamentais), o princípio da máxima efetividade estava vinculado, em sua origem, às chamadas normas constitucionais programáticas³³.

É sabido que as normas constitucionais podem ser classificadas, dentre outras maneiras, em: (i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas de eficácia contível e aplicabilidade imediata; e (iii) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, as quais se subdividem, por sua vez, em: (a) normas definidoras de princípio institutivo; e (b) normas definidoras de princípios programáticos³⁴. Normas constitucionais definidoras de princípio programático são aquelas que estabelecem as linhas gerais dos programas constitucionais, dependendo, pois, da edição posterior de lei integrativa para se tornarem eficazes (*rectius*: produzirem seus efeitos principais)³⁵. Nesse sentido, a CRFB/88, art. 175, par. ún, I, pode ser classificada como uma norma constitucional definidora de princípio programático, tendo em vista que, por meio dela, o legislador constituinte estabeleceu, apenas, as linhas gerais do “*regime [jurídico] das concessonárias e permissionárias de serviços públicos*”, atribuindo ao legislador ordinário a competência para desenvolver a matéria³⁶.

Nada obstante, as normas constitucionais definidoras de princípio programático podem deixar um poder discricionário maior ou menor ao legislador ordinário³⁷. No caso concreto, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, deixou um amplo poder discricionário ao legislador ordinário. Com efeito, embora tenha estabelecido que a prorrogação terá “*caráter especial*” (o que certamente limita o conteúdo da lei integrativa a que faz referência), a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, não fixou – ao menos, expressamente – nenhum limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público; por exemplo: ela não previu que o referido instituto jurídico atenderia a tal ou qual fim; teria

³³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2014. p. 1224.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140-141.; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 187-188.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 75.

³⁵ *Ibidem*, p. 129.

³⁶ A propósito, **Caio Tácito** ensina que “[o] citado art. 175 e seu parágrafo único são, em princípio, normas de aplicabilidade diferida no sentido de que sua eficácia depende de lei ordinária que a complemente” (TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1318.). Cf., ainda: *Idem*. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1289.

³⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 115.

lugar diante de tal ou qual situação fática; dependeria da aceitação de tal ou qual condição pela concessionária de serviço público; poderia ser utilizado em tal ou qual momento da concessão e por tal ou qual prazo; obedeceria a tal ou qual procedimento etc.

Assim sendo, não nos parece arbitrário concluir, com base no princípio da máxima efetividade, que o conceito de prorrogação constante da CRFB/88, art. 175, par. ún., I, compreende as 3 (três) espécies básicas de prorrogação reguladas, atualmente, na legislação ordinária; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público.

Sobre o ponto, vale trazer à baila a lição de **Mário Saadi e Raul Dias dos Santos Neto**³⁸, para quem, “[d]o ponto de vista constitucional, parece-nos haver a possibilidade de a lei dispor (sem qualquer tipo de restrição constitucional ao reequilíbrio econômico-financeiro) sobre a possibilidade de extensão de prazo das concessões”, tendo em vista que “a CF/88 alocou ao plano legal o delineamento dos aspectos relativos à sua prorrogação (art. 175, parágrafo único, I)”; e os autores acrescentam: “Ao não restringir, de modo taxativo, as hipóteses concretas de utilização do mecanismo da prorrogação, tanto o constituinte, como o legislador ordinário, abriram margem para a sua adoção em contextos distintos, variáveis conforme as particularidades da outorga”.

1.2 Fundamento infraconstitucional

Em nível infraconstitucional, o instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público foi regulado por diversas leis ordinárias, basicamente, pelas seguintes:

- **Leis Gerais:**
 - Lei federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 57, §§ 1.º e 2.º; 92; e 124³⁹;

³⁸ SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016. p. 87 e 89.

³⁹ **Celso Ribeiro Bastos** ensina que “o regime [...] delineado na Lei 8.987/95 [...] não afasta a Lei de Licitações”, a qual “é aplicada supletivamente”, isto é, “naquilo que não contrariar a Lei de Concessões”, notadamente

- Lei federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; e
- Lei federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11;
- **Leis Setoriais:**
 - Setor Postal:
 - Lei federal n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, art. 3.º;
 - Lei federal n.º 10.577, de 27 de novembro de 2002, art. 1.º;
 - Lei federal n.º 11.668, de 2 de maio de 2008, art. 1.º, § 1.º; 4.º, I e XI; e 7.º; e
 - Lei federal n.º 12.400, de 7 de abril de 2011, art. 1.º⁴⁰;
 - Setor de Radiodifusão: Lei federal n.º 5.785, de 23 de junho de 1972, art. 1.º;
 - Setor de Telecomunicações: Lei federal n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 22, V; 93, VI; 99; 207, § 1.º; e 214, VI;
 - Setor Elétrico:
 - Decreto federal n.º 24.643, de 10 de julho de 1934 (“Código de Águas”), art. 162, “b”⁴¹;

“quanto ao prazo e à prorrogação dos contratos” (BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 311-322, out./dez. 2002. p. 316-317.).

⁴⁰ **Carlos Ari Sundfeld e Olívia do Amaral Santos** dão notícia de que, “[n]o caso das franquias postais, o TCU posicionou-se no sentido de que seria inconstitucional prorrogá-las seguidamente” – como feito pelas leis citadas (SUNDFELD, Carlos Ari; MESQUITA, Olívia do Amaral. O paradoxo da licitação: o caso das franquias postais. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 7, n. 78, p. 83-105, jun. 2012. p. 97.).

⁴¹ **Luiz Gustavo Kaercher Loureiro** ensina que, “[e]m 10/07/1934, o Governo Provisório, enfeixando (provisoriamente...) em suas mãos o Poder Legislativo (art. 1.º, do Dec. 19.398/30), promulga o Código de

- Lei federal n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, art. 1.º, §§ 2.º e 3.º; 3.º; 4.º, *caput* e §§ 1.º a 4.º; 15; 17, §§ 4.º e 5.º; 19; 20 a 25; e 27, §§ 1.º e 4.º;
- Lei federal n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 15, II; e 26, § 7.º; e
- Lei federal n.º 12.783, de 11 de janeiro de 2013, art. 1.º a 16; 21, III; e 26;
- Setores Aéreo e Aeroportuário:
 - Decreto-lei n.º 9.793, de 6 de setembro de 1946, art. 4.º; e
 - Lei federal n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, art. 175, § 1.º;
- Setores Rodoviário, Ferroviário e Aquaviário:
 - Lei federal n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, art. 33; 34-A, *caput* e § 2.º, I; e 35, II; e
 - Lei federal n.º 13.448, de 5 de junho de 2017, art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32;
- Setor Portuário: Lei federal n.º 12.815, de 5 de junho de 2013, art. 57, 62, 66 e 67;
- Setor de Saneamento Básico: Lei federal n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 11, IV, e § 2.º, I; e
- Setor Lotérico: Decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, art. 8.^{o42}.

Águas”, sendo certo que, “[f]ormalmente, trata-se de uma lei” (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas...* 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 197.).

⁴² Em relação à natureza jurídica do serviço de loteria, **Dinorá Adelaide Musetti Grotti** ensina que, em que pese a divergência doutrinária sobre a matéria, “no Brasil, já de longa data, a legislação tem definido tal atividade como serviço público” em razão da “competência privativa outorgada à União para legislar sobre consórcios

Além das leis gerais e setoriais supracitadas, inúmeros decretos, portarias, resoluções e quejandos dispõem sobre a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, sendo, mesmo, impossível (e desnecessário) citarmos todos^{43e44}.

1.2.1 CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA E DA PRORROGAÇÃO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Na seção 1.1.1 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, é uma norma constitucional originária válida, e que, por conseguinte, os institutos jurídicos da licitação pública e da prorrogação devem conviver, harmoniosamente, no ordenamento jurídico brasileiro, com regra e exceção, respectivamente.

Nesse sentido, a convivência harmônica entre os institutos supracitados pode ser constatada em todas as leis ordinárias que dispõem sobre o regime das concessionárias de serviço público, tanto nas leis gerais, quanto nas leis setoriais.

A título de exemplo, vale citar:

e sorteios (art. 22, XX, CF/88)” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.).

⁴³ Até porque a finalidade da presente seção consiste, apenas, em: (i) demonstrar que o instituto jurídico da prorrogação, previsto na CRFB/88, art. 175, par. ún., foi regulado, em nível infraconstitucional, nos mais diversos setores; e (ii) facilitar a localização das regras jurídicas que dispõem sobre a matéria.

⁴⁴ No Setor de Petróleo e Gás, a prorrogação dos contratos de concessão é regulada pela Lei federal n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, art. 43, II. Não incluímos a referida Lei no rol constante desta seção, porque a presente dissertação trata da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, e os contratos de concessão para exploração de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto tem uma atividade econômica em sentido estrito, monopolizada pelo Estado, como objeto (CRFB/88, art. 177). Nesse sentido, os regimes jurídicos da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público e de exploração de petróleo e gás são diferentes, o que recomenda o tratamento separado dos institutos jurídicos. De qualquer forma, apenas a título de curiosidade, vale trazer à baila a lição de **Luís Roberto Barroso**, que dá notícia de que o prolongamento do prazo dos contratos de concessão para exploração de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto pode ser classificado em: (i) “*prorrogação de prazo*”; e (ii) “*extensão de prazo*”: a primeira constitui “*direito*” da concessionária (ato vinculado, portanto), é realizada em caso de “*descoberta de petróleo, gás natural ou outro hidrocarboneto*” na fase de exploração e recai sobre o “*todo o bloco*” (área de desenvolvimento); já a segunda “*depende de um conjunto de avaliações da ANP*” (ato discricionário), tem lugar no caso de “*descoberta próxima ao final da fase de exploração, já prorrogada, de modo que não seja possível completar a avaliação da descoberta [...] antes do final da fase de exploração*”, e se aplica “*não ao bloco todo*”, mas, apenas, “*às áreas, dentro do bloco, especificamente identificadas e autorizadas pela ANP*”; por fim, o autor acrescenta que “*prorrogação e extensão podem ser cumuladas*” (BARROSO, Luís Roberto. *Discricionariedade administrativa...* In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. v. 2, 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 319.).

- (i) a Lei 8.987/95, a qual estabelece, em seu art. 14, que “[t]oda concessão de serviço público [...] será objeto de licitação”; e, em seu art. 18, XIV c.c 23, XII, que “[o] edital de licitação [...] conterá [...] a minuta do [...] contrato, que conterá [por sua vez] as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei”, dentre elas “as relativas [...] às condições para prorrogação do contrato”;
- (ii) a Lei 11.079/04, a qual dispõe, em seu art. 10, que “[a] contratação de parceria público-privada será precedida de licitação”; e, em seu art. 5.º, caput e I c.c 11, que “[o] instrumento convocatório conterá a minuta do contrato”, do qual são cláusulas essenciais aquelas relativas ao “prazo de vigência do contrato [...] incluindo eventual prorrogação”; e
- (iii) a Lei 10.233/01, a qual prevê, em seus art. 14, § 1.º; 28, II, “d”; 33; 34-A; e 35, II, que, por força do “princípio da livre concorrência entre os capacitados”, as concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário serão precedidas, “sempre”, de “licitação pública”, sendo certo que o “edital de licitação” e o “contrato de concessão” deverão estabelecer, “claramente”, o “prazo de vigência da concessão” e as “condições para sua prorrogação”.

Como dito, a relação normativa entre os institutos jurídicos da licitação pública e da prorrogação é uma relação harmônica entre regra e exceção. Ademais, outro não é o entendimento de **Rafael Munhoz de Mello**⁴⁵, para quem, “se, de um lado, o texto constitucional exige licitação para a outorga de concessão de serviço público, permite, de outro, a prorrogação”, de modo que tais institutos “devem conviver de modo harmônico, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Apresentado o fundamento normativo (constitucional e infraconstitucional) da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, vejamos, agora, quais são suas espécies.

⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 208.

2 Espécies de prorrogação

A interpretação das leis gerais e setoriais sobre concessão de serviço público permite-nos concluir que a prorrogação dos contratos de concessão – ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em: (i) prorrogação por emergência; (ii) prorrogação por reequilíbrio; e (iii) prorrogação por interesse público.

Vejam, agora, as características básicas dessas espécies de prorrogação, com vistas a isolar o objeto de pesquisa da presente dissertação.

2.1 Prorrogação por emergência

A prorrogação por emergência visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido. Ela é realizada quando, próximo ao final do contrato de concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, o contrato de concessão é prorrogado pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço público ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade – em geral, de 6 (seis) a 24 (vinte e quatro) meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras:

- (i) na Lei 8.987/95, a qual estabelece, em seu art. 42, § 2.º, que as “*concessões em caráter precário*”, com “*prazo vencido*” ou com “*prazo indeterminado*” na data da entrada em vigor desta Lei “*permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização das [...] licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão*”, prazo esse que não será inferior a “*24 (vinte e quatro) meses*”;
- (ii) na Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 9.º, que, “*com vistas a garantir a continuidade da prestação do serviço*”, o atual concessionário do serviço público de energia elétrica “*poderá, após o vencimento do prazo, permanecer responsável por sua prestação*” até a conclusão do “*processo licitatório*”, com a respectiva “*assunção do novo concessionário*”; e

- (iii) na Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 32, que, se houver “*estudo ou licitação em andamento*”, e se não houver “*tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato*”, o Poder Concedente poderá “*estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço*”.

A propósito, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. Com efeito, no julgamento da ADI 118 MC/PR, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que, para garantir a “*continuidade*” do serviço público (de “*transporte coletivo de passageiros*”), evitando sua interrupção “*ex-abrupto*”, o Poder Concedente pode prorrogar, “*a título precário*”, por prazo curto (em geral, por “*seis meses, doze meses*”), uma “*concessão de serviço público*” que chegou a seu “*termo*”, até que termine a “*licitação*” para nova outorga da atividade. Eis o trecho principal do voto vencedor do Ministro Paulo Brossard; *verbis*:

Quando uma concessão de serviço público chega a seu termo, via de regra, o serviço não para *ex-abrupto*, porque a Administração, dispondo de tempo suficiente, publica os editais com antecedência, faz a licitação ou, então, a título precário, prorroga por seis meses, doze meses, exatamente para que não haja a solução de continuidade na prestação do serviço público. (STF, ADI 118 MC/PR, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Aldir Passarinho, Relator(a) p/acórdão: Ministro Néri da Silveira, j. 25/10/1989, DJ 03/12/1993)⁴⁶ (grifo nosso)

E, no julgamento do AgRg no AREsp 481.094/RJ, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, para evitar a “*paralisação na prestação do serviço de transporte público*”, “*em completa afronta ao princípio da continuidade*”, a permissão de serviço público pode ser prorrogada pelo prazo necessário à “*conclusão do procedimento licitatório*” (no caso concreto, foi autorizada a prorrogação por “*até um ano*”), se, “*em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal*”, for verificada a “*impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço*” ao término do contrato. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

4. Ressalta-se que a eventual paralisação na prestação do serviço de transporte público de que trata a presente demanda, coadjuvado pela **impossibilidade de o ente**

⁴⁶ No mesmo sentido: STF, AI 782.928/RS-AgR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2013, DJe 21/08/2013.; RE 412.921 AgR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski, j. 22/02/2011, DJe 15/03/2011.; ADI 3.521/PR, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Eros Grau, j. 28/09/2006, DJ 16/03/2007.

público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço, em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal, anterior à conclusão do procedimento licitatório, **poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. Assim**, visando à continuidade do serviço público de transporte e o interesse de toda coletividade, **autoriza-se a realização do procedimento licitatório no prazo de até um ano**, independentemente do trânsito em julgado, **momento em que cessam os efeitos dos contratos em questão.** (STJ, AgRg no AREsp 481.094/RJ, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 15/05/2014, DJe 21/05/2014)⁴⁷ (grifo nosso)

Por sua vez, a doutrina também admite a prorrogação por emergência dos contratos de concessão. De fato, **Antão de Moraes**⁴⁸ ensina que o “*fundamento jurídico*” da prorrogação emergencial reside no “*princípio da continuidade do serviço público*”; que tal espécie de prorrogação visa a afastar “*o perigo de cessar, abruptamente, um serviço público*”, tendo lugar em caso de “*urgente necessidade pública*”, configurada, quando, ao fim da concessão, “*a Administração não se mostrar em condições de executar, por si ou por outrem, o serviço*”, o que “*obriga o concessionário a uma prorrogação razoável, mediante, porém, justa indenização*”; por fim, o autor acrescenta que o Poder Concedente tem “*a faculdade de coagi-la [ou seja, a concessionária], caso ela se recuse a continuar a exploração*”, sendo certo que “[q]uem aceita colaborar num serviço público sabe ou deve saber que corre êsse risco”. **Adilson Abreu Dallari**⁴⁹ leciona que, “*com fundamento no princípio da continuidade do serviço público*”, e com vistas a “*evitar a interrupção abrupta e instantânea de um determinado serviço*” público (“*que, por definição, é essencial*”), “*o Poder Público pode determinar ao concessionário que permaneça executando esse serviço por mais algum tempo*”, “*até a sua integral regularização, o que se dará mediante a celebração de novas concessões, precedidas do indispensável procedimento licitatório*”. **Jacinto Arruda Câmara**⁵⁰ expõe que a “*prorrogação*” pode ser realizada para afastar o “*risco de descontinuidade da prestação do serviço público*”, diante de “*concessões [...] que se aproximariam de seu termo final*”, pelo “*tempo [necessário] à realização de um processo licitatório adequado*”, gerando, assim,

⁴⁷ No mesmo sentido: STJ, REsp 1.374.541/RJ, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Gurgel de Faria, j. 20/06/2017, DJe 16/08/2017.; REsp 1.643.802/RO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Herman Benjamin, j. 14/03/2017, DJe 20/04/2017.; REsp 1.374.348/RJ, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Gurgel de Faria, j. 02/02/2017, DJe 17/02/2017.

⁴⁸ MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão... *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957. p. 447-457.

⁴⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 83-84 e 87-88.

⁵⁰ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347.

“situações transitórias”. **Rafael Munhoz de Mello**⁵¹ explica que a prorrogação por emergência busca evitar a “*interrupção da prestação do serviço público*”, sendo realizada – independentemente de “*expressa previsão no edital de licitação ou no contrato*”, quando, “*ao final do contrato de concessão*”, o Poder Concedente “*não tem condições de assumir a prestação direta do serviço, e não há, ainda, outro particular escolhido para assumir o papel de concessionário*” (“*por conta, p. ex., de algum atraso no procedimento licitatório*”), não devendo “*se estender para além do prazo necessário à assunção da prestação do serviço por outro sujeito*”. E **Carlos Fernando do Nascimento**⁵² esclarece que a “*prorrogação emergencial*” é realizada para “*garantir a continuidade dos serviços*”, “*quando, ao fim do contrato vigente, ainda não tiver sido escolhido o novo concessionário*”; e acrescenta: nesse caso, “*o prazo deve ser o estritamente necessário para a assunção do serviço público pelo licitante vencedor ou pela Administração Pública, caso se decida pela prestação direta*” (Exemplo: “*vinte e quatro meses*”).

Por fim, vale ressaltar que a prorrogação por emergência é realizada independentemente da eventual responsabilização dos agentes públicos culpados pela criação da situação de emergência.

2.2 Prorrogação por reequilíbrio

A prorrogação por reequilíbrio visa a recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária sem a elevação do valor das tarifas, a redução das obrigações da concessionária e/ou o comprometimento de recursos públicos. Ela é realizada em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente – nomeadamente, a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe, o fato da Administração, as sujeições imprevistas e o caso fortuito

⁵¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 212-213 e 218.

⁵² NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 18 e 56-57.

ou força maior. Nesse caso, o contrato de concessão é prorrogado pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste⁵³.

Essa espécie de prorrogação estava prevista na Medida Provisória n.º 752, de 24 de novembro de 2016, a qual estabelecia, em seu art. 22, que, se o Poder Concedente determinasse a realização de “*investimentos não previstos no contrato original*”, ele deveria recompor a relação de equivalência inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária, podendo utilizar, para tanto, a “*extensão do prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro*” – espécie de prorrogação definida, legalmente, como “*a alteração do prazo de vigência do contrato de parceria destinada a compensar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros sobre o ajuste*”.

A regra jurídica supracitada não foi transformada em lei por ocasião da conversão da MP 752/16 na Lei 13.448/17. Entretanto, a nosso sentir, esse fato não prejudica, de forma alguma, a realização da prorrogação por reequilíbrio, cujo fundamento normativo pode ser extraído, diretamente, da própria Constituição da República, mais precisamente, de seu art. 37, XXI c.c 175, par. ún., I e IV⁵⁴.

De qualquer modo, a prorrogação por reequilíbrio está prevista, expressamente, em nível infralegal, em diversos regulamentos; por exemplo:

- (i) no Decreto federal n.º 7.624, de 22 de novembro de 2011, o qual, ao dispor sobre as condições para exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “*podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato*”; e

⁵³ **José Guilherme Giacomuzzi** apresenta, de maneira matemática, a questão do prazo de prorrogação no caso da prorrogação por reequilíbrio: “*se a dívida existente [...] é ‘x’, a prorrogação deve ser ‘x’; se a dívida é ‘x + 1’, a prorrogação é ‘x + 1’, e assim por diante*” (GIACOMUZZI, José Guilherme. Democracia e concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 54, p. 210-228, jan. 2006. p. 223-224.).

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 406.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público... *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 22, p. 195-123, jan. 1998. p. 110, 122 e 123.; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 115-117.

- (ii) na Resolução ANTAQ n.º 3.220, de 8 de janeiro de 2014, a qual, ao tratar do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário, prevê, em seu art. 14, III, que tal reequilíbrio poderá ser efetuado por meio da “*extensão ou redução do prazo de vigência do contrato*”⁵⁵.

Ademais, vale ressaltar que a jurisprudência já afirmou a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. Com efeito, no julgamento do RMS 1.835/DF, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que “*não é ilegal o ato do Prefeito que acertou com o concessionário da exploração de um parque de diversões a prorrogação por mais três anos, a troca da vantagem de mudança do local, sem despesas para a Prefeitura*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mário Guimarães; *verbis*:

A explicação da Prefeitura foi cabal: funcionava na Quinta da Bôa Vista, há mais de cinco anos, um parque de diversões. A Prefeitura precisou do local para instalação do Jardim Zoológico, transferido para aquela Quinta. Entrou em entendimento com o proprietário do parque, que se mudou para outro local, na mesma Quinta. **Como, porém, essa transferência acarretaria despesa para o concessionário, do acordo constou que ele teria, como indenização dessas despesas, prorrogada por mais três anos a autorização.**

Desse ato não resultou qualquer violação de direito do impetrante, desejoso de inscrever-se numa hipotética concorrência pública. (STF, RMS 1.835/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Mário Guimarães, j. 26/11/1952, DJ 24/09/1953)⁵⁶ (grifo nosso)

⁵⁵ **Jatir Batista da Cunha** entende que “*o legislador constituinte reservou a disciplina da matéria em foco – prorrogação de prazo de contratos de concessão e permissão – unicamente à lei em sentido formal (legalidade específica), com exclusão, portanto, de outra qualquer fonte infralegal*”, sendo “[i]ncabível, pois, a prorrogação de prazo de vigência de permissões atinentes a terminais alfandegados com fundamento [exclusivamente] em decreto do Poder Executivo, por falta de amparo legal” (CUNHA, Jatir Batista da. Celebração e prorrogação de contratos de permissão de estações aduaneiras. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 90, p. 41-46, out./dez. 2001. p. 42 e 46.). Nós concordamos com o entendimento do autor, porém, com reservas. Com efeito, entendemos que a prorrogação por interesse público exige, sempre, autorização legislativa específica, uma vez que ela se funda na mera conveniência e oportunidade do Poder Concedente. Mas a prorrogação por emergência e a prorrogação por reequilíbrio não, já que tais espécies de prolongamento de prazo se fundamentam, diretamente, em princípios jurídicos (respectivamente, o princípio da continuidade dos serviços públicos; e os princípios da modicidade tarifária e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos), sendo realizadas diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da celebração do ajuste (respectivamente, a proximidade do término do contrato de concessão, sem que o Poder Concedente tenha condições de prestar, diretamente, o serviço público nem tempo suficiente para concluir o processo de licitação para contratação de nova concessionária; e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária).

⁵⁶ No mesmo sentido: TRF4, AG 5021381-73.2013.4.04.0000/RS, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a) para Acórdão: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 29/11/2013. Em sentido contrário: STJ, REsp 912.402/GO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 06/08/2009, DJe 19/08/2009.

E, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (“SEP/PR”)⁵⁷, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto jurídico da prorrogação por reequilíbrio, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que a *“recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual”*. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, constante do Acórdão TCU n.º 774/2016-Plenário; *verbis*:

Em conclusão, **tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual**, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado⁵⁸. (grifo nosso)

Por fim, a doutrina também admite, amplamente, a prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. De fato, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁵⁹ ensina que a prorrogação

⁵⁷ A SEP/PR foi extinta pela Lei federal n.º 13.341, de 29 de setembro de 2016, art. 1.º, I, e suas competências foram transferidas para o “*Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil*”, pela mesma Lei, art. 6.º, I. Por fim, o Decreto federal n.º 9.000, de 8 de março de 2017, art. 2.º, II, “d”, criou a “*Secretaria Nacional de Portos*” na estrutura organizacional do referido Ministério.

⁵⁸ A propósito, é preciso ressaltar que, nesse julgamento, o Tribunal de Contas da União deixou dito que a prorrogação por reequilíbrio possui caráter suplementar em relação aos demais mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário. Com efeito, a Corte de Contas afirmou, primeiro, que os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos são, basicamente: (i) a *“alteração dos encargos devidos pelo arrendatário”*; (ii) a *“estipulação de indenizações”*; (iii) a *“alteração das tarifas cobradas”*; (iv) a *“modificação das obrigações contratuais”*; e (v) a *“alteração de prazo contratual”*. Asseverou, em seguida, que tais mecanismos podem ser classificados em *“três grupos”*; a saber: (i) *“mecanismos que interferem na relação entre o Poder Público e o regulado (alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações)”*; (ii) *“mecanismos que interferem nos serviços disponibilizados aos usuários (alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais)”*; e (iii) *“mecanismos que interferem no contexto do mercado regulado (alteração de prazo contratual)”*. Acrescentou, ainda, que *“a alteração de prazo é a forma mais gravosa à disposição do Poder Concedente para se alcançar o reequilíbrio contratual”*, uma vez que ela *“traz imprevisibilidade ao Setor Portuário, dificultando o planejamento dos possíveis concorrentes, e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios”*. E concluiu, por fim, como visto acima, que, por isso, a prorrogação por reequilíbrio possui caráter suplementar em relação às demais formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário, podendo ser utilizada *“apenas em situações excepcionais, quando demonstrada a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram na relação entre o Poder Público e o regulado e, subsequentemente, de mecanismos que interferiram nos serviços disponibilizados aos usuários”*. A nosso sentir, a suplementariedade entre os mecanismos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro estabelecida pelo Tribunal de Contas da União não encontra nenhum fundamento legal e/ou regulamentar consistente, constituindo, pois, manifesta violação do princípio da separação dos poderes (CRFB/88, art. 2.º). Com efeito, entendemos que o Poder Concedente decide, discricionariamente (não arbitrariamente), sobre o(s) mecanismo(s) de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a ser(em) utilizado(s) no caso concreto, salvo disposição legal, regulamentar e/ou contratual em sentido contrário (Exemplo: cláusula contratual que estabeleça que determinado evento de desequilíbrio econômico-financeiro será compensado pela utilização de certo mecanismo de reequilíbrio).

por reequilíbrio se destina a “manter o equilíbrio do contrato” (“direito do concessionário”), sem, contudo, “agravar os usuários com o aumento das tarifas” nem “implicar ônus algum para o Poder Público” (ou melhor, para o “erário público”), sendo realizada – independentemente de “previsão permissiva em lei” e/ou “no edital ou no contrato” – por prazo suficiente para que a concessionária “possa haurir, compensatoriamente, o equivalente ao que perceberia em um lapso temporal menor, se as tarifas houvessem sido reajustadas”.

Antônio Carlos Cintra do Amaral⁶⁰ leciona que a prorrogação por reequilíbrio busca “corrigir eventual desequilíbrio econômico-financeiro” do contrato de concessão, tendo lugar – “independentemente de constar do contrato cláusula de prorrogação” – em razão de “desequilíbrio econômico-financeiro” causado pela concretização de “risco contido na álea extraordinária”, pelo prazo “estritamente necessário ao reequilíbrio”. **Jacinto Arruda Câmara**⁶¹ expõe que a prorrogação por reequilíbrio (que o autor chama de “extensão do prazo contratual”) visa a “equilibrar a equação econômica fixada em sua origem”, sendo realizada – mesmo sem “autorização do edital e do contrato para a prorrogação” – em razão do “acréscimo dos ônus do concessionário” (“com o conseqüente desequilíbrio econômico-financeiro”), pelo “período necessário à recomposição da equação econômico-financeira inicialmente pactuada”. **Maurício Portugal Ribeiro**⁶² explica que a finalidade da “extensão de prazo para reequilíbrio” consiste em “reparar o desequilíbrio econômico-financeiro” da concessão, e que ela é realizada – mesmo que não esteja prevista “em lei específica, em regulamento ou no contrato” – em caso de “evento de desequilíbrio, de responsabilidade do Poder Concedente, que impactou, negativamente, o contrato de concessão ou PPP”, pelo prazo necessário à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial – o qual pode ser,

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias*: artigos, decisões e pareceres jurídicos. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 57-65.

⁶⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*: novas tendências. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. passim. Cf., ainda: Idem. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88-90.

⁶¹ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*: licitação e contratos administrativos. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346-348. Cf., ainda: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e conseqüências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina*: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-44.

⁶² RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário... Disponível em: <https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017. p. 14-15.

inclusive, “*mais longo que o prazo máximo permitido de prorrogação*” (pois “*os limites de prazo da prorrogação dos contratos de concessão e PPP não são limites à extensão de prazo para o reequilíbrio do contrato*”). E **Rodrigo Valgas dos Santos**⁶³ esclarece que a prorrogação por reequilíbrio é uma das “*formas de se recompor, internamente, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos*” – ao lado do “*reajuste contratual*”, da “*revisão de preços*” e da “*redução dos encargos do concessionário*”, podendo ser realizada diante de “*álea administrativa ou álea econômica*”, por prazo “*suficiente para que se restaurem as condições originais do contrato*”, mas “*compatível com os termos contratuais*”.

2.2.1 DEVOLUÇÃO DE PRAZO

Ao tratar do prolongamento do prazo da concessão, **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁶⁴ distingue os institutos jurídicos da “*prorrogação do prazo*”, “*extensão do prazo*” e “*devolução do prazo de delegação*”.

Especificamente em relação à devolução de prazo, o autor ensina que ela tem lugar, quando “*fator inimputável ao particular*” – por exemplo, o “*atraso no licenciamento ambiental*” causado, exclusivamente, pelo Poder Público – impede a “*regular fluência do prazo inicial*” da concessão, “*reduzindo o prazo previsto para sua exploração pelo concessionário*”; e acrescenta: nesse caso, o prolongamento de prazo é realizado “*de modo linear*”, restabelecendo-se o prazo da concessão “*na mesma proporção do evento de desequilíbrio*”⁶⁵.

A nosso sentir, a devolução de prazo constitui, apenas, uma subespécie da prorrogação por reequilíbrio, tendo em vista que ela também visa a recompor a relação inicial entre os

⁶³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo... *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006. passim.

⁶⁴ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-168.

⁶⁵ Aparentemente, ao elaborar o instituto jurídico da devolução de prazo, **Floriano de Azevedo Marques Neto** inspirou-se na Lei 8.666/93, a qual estabelece: (i) em seu art. 57, § 1.º, V e VI, que os prazos contratuais podem ser prorrogados em caso de “*impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração*” ou por “*omissão ou atraso de providências a cargo da Administração*”; e (ii) em seu art. 79, § 5.º, que o “*cronograma de execução*” do contrato administrativo “*será prorrogado automaticamente por igual tempo*” em caso de “*impedimento*” da execução do ajuste.

encargos e a remuneração da concessionária, rompida pela redução do prazo de exploração econômica do serviço público pela contratada.

Em verdade, o próprio **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁶⁶ parece concordar com nossa conclusão ao afirmar que “*a devolução de prazo se assemelha à hipótese anterior (extensão)*”, uma vez que ela “*cumpr também a função de recompor a equação inicial*”.

Por fim, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade do instituto jurídico da devolução de prazo. Com efeito, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta SEP/PR, o Plenário do Tribunal de Contas da União reconheceu a possibilidade de “*devolução do prazo*” dos contratos de arrendamento portuário “*nos casos em que a arrendatária tiver sido impossibilitada de operar, ficando inativa por determinado período, em razão de fato provocado pelo Poder Público, ou devido a evento superveniente extraordinário e imprevisível*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, constante do Acórdão TCU n.º 774/2016-Plenário; *verbis*:

Por fim, excepcionalmente, nos casos em que a arrendatária tiver sido impossibilitada de operar, ficando inativa por determinado período, em razão de fato provocado pelo Poder Público, ou devido a evento superveniente extraordinário e imprevisível, considero possível a devolução do prazo de paralisação à arrendatária, a partir de situação de fato verificada e justificada pela Administração. (grifo nosso)

2.3 Prorrogação por interesse público

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, desde que estejam presentes os pressupostos específicos da medida e a concessionária aceite determinadas condições propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, o contrato de concessão é prorrogado pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 168.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras:

- (i) na Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 19 c.c 25, que, “*visando a garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados*”, o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço de “*geração de energia elétrica*” poderá ser prorrogado por “*até vinte anos*”, desde que a concessionária em questão aceite as condições estabelecidas nessa Lei; a saber: a inclusão, no respectivo contrato de concessão, de: (a) “*cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei n.º 8.987, de 1995*”; e (b) “*cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico*”;
- (ii) na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações será, no “*máximo*”, de “*vinte anos*”, podendo ser prorrogado “*uma única vez, por igual período*”, desde que a concessionária “*tenha cumprido as condições da concessão*” e aceite os “*condicionamentos*” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), tendo em vista as condições vigentes à época – dentre outros, o “*pagamento*” pelo prolongamento da outorga do “*direito de exploração do serviço*” e do “*direito de uso das radiofrequências associadas*”; e
- (iii) na Lei 12.815/13, a qual prevê, em seu art. 57, que o Poder Concedente poderá, a seu critério, antecipar a prorrogação do prazo de vigência dos “*contratos de arrendamento*” portuário celebrados sob a vigência da Lei federal n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, desde que tais contratos contenham previsão expressa de prorrogação “*ainda não realizada*”, e a arrendatária aceite a obrigação de “*realizar investimentos*” na infraestrutura portuária, segundo plano de investimentos por ela própria elaborado, mas aprovado pelo Poder Concedente.

Como vimos na introdução a este trabalho, nosso objetivo na presente dissertação consiste em apresentar os principais aspectos da prorrogação por interesse público. É o que faremos, mais detalhadamente, na segunda parte deste trabalho.

Todavia, por uma questão meramente didática – já que estamos tratando das espécies de prorrogação, também apresentaremos, aqui, nesta primeira parte do trabalho, dedicada aos

aspectos gerais do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, as subespécies de prorrogação por interesse público.

2.3.1 SUBESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO

Conforme o momento em que é realizada, a prorrogação por interesse público pode ser classificada em: (i) prorrogação comum; e (ii) prorrogação antecipada⁶⁷. Ademais, uma e outra podem ter, ou não, caráter premial.

Vejam, então, no que consiste cada uma delas.

2.3.1.1 *Prorrogação comum*

Prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão. Nela, não ocorre a antecipação do vencimento da concessão e, conseqüentemente, dos efeitos da prorrogação. Por isso, ela opera a partir do termo final original do prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 4.º, I, que a prorrogação comum dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário (que o ato normativo chama de “*prorrogação contratual*”) é aquela realizada ao “*término da vigência do ajuste*”.

Por fim, vale ressaltar que o momento para a formulação do pedido de prorrogação comum varia caso a caso. Exemplo:

⁶⁷ Algumas leis setoriais utilizam as expressões “*prorrogação contratual*” e “*prorrogação antecipada*” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13, art. 57. Todavia, a nosso sentir, a expressão “*prorrogação contratual*” merece crítica. É que, tanto a “*prorrogação não antecipada*”, quanto a “*prorrogação antecipada*” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “*prorrogação contratual*”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos fazer uso das expressões “*prorrogação comum*” e “*prorrogação antecipada*” para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, as quais, a nosso sentir, denotam, mais corretamente, seu objeto.

- (i) a Lei 9.074/95, art. 4.º, § 4.º, estabelece que o pedido de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica a que se refere deverá ser formulado “*até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato*”;
- (ii) a Lei 9.427/97, art. 99, dispõe que o pedido de prorrogação comum das concessões do serviço público de telecomunicações deverá ser apresentado “*pelo menos, trinta meses antes de sua expiração*”; e
- (iii) a Lei 12.783/13, art. 5.º, § 1.º, prevê que o pedido de prorrogação dos contratos de concessão do serviço de geração de energia termelétrica deverá ser protocolado “*com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) meses do termo final do respectivo contrato de concessão*”.

2.3.1.2 Prorrogação antecipada

Prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão⁶⁸. Nela, ocorre a antecipação do vencimento da concessão e, conseqüentemente, dos efeitos da prorrogação, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ajuste. Por isso, ela opera a partir do termo final antecipado do prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público, e não do termo final original.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras:

- (i) na Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 12, que o Poder Concedente poderá “*antecipar os efeitos da prorrogação*” dos contratos de concessão do serviço

⁶⁸ A tratarem da prorrogação comum e da prorrogação antecipada, **Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Gaggiano** ensinam que “[a] *distinção entre elas é mais cronológica do que de essência*”, sendo certo que “[o] *que distingue as duas medidas é o momento de implementação*”: “[n]um caso, isso se avalia por ocasião da extinção do vínculo”; “[n]outro, isso se dá antes do término do lapso temporal avençado, daí chamar-se tal modalidade de antecipada” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 12.). No mesmo sentido, **Mário Saadi e Raul Dias dos Santos Neto** conceituam a “*prorrogação antecipada*” como a que tem lugar “*quando ainda há relativo distanciamento temporal entre o momento da vida contratual em que ela é realizada e a data em que o contrato efetivamente expiraria*” (SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016. p. 80.).

público de energia elétrica, respeitado o limite máximo de antecipação de “até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual”;

- (ii) na Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, que o Poder Concedente poderá realizar a “*prorrogação antecipada*” dos contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei 8.630/93; e
- (iii) na Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 4.º, II c.c 6.º, § 1.º, que a “*prorrogação antecipada*” dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada “*antes do término da vigência do ajuste*”, respeitado o limite máximo de antecipação de “50% (cinquenta por cento) [...] do prazo originalmente estipulado”⁶⁹.

A nosso sentir, a prorrogação antecipada é plenamente compatível com a Constituição da República. Com efeito, na seção 1.1.2.3 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, deixou ao legislador ordinário um amplo poder discricionário para a conformação do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, não fixando, por exemplo, o momento em que tal prolongamento de prazo pode ser realizado. Assim sendo, entendemos que essa matéria ficou submetida à conveniência e oportunidade política – respeitado, porém, sempre, o caráter excepcional do instituto da prorrogação⁷⁰.

Entretanto, como veremos, mais detalhadamente, na seção 13.2 abaixo, para ser compatível com a Constituição da República, a prorrogação antecipada precisa ser realizada com a antecipação do vencimento da concessão. De fato, as características básicas do regime

⁶⁹ Como visto, o limite máximo de antecipação varia caso a caso, conforme a(s) finalidade(s) específica(s) da prorrogação antecipada, sendo sua fixação balizada, apenas, pelo princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º; e Lei 9.784/99, art. 2.º). De fato, **Gaston Jèze** ensina que “[e]l número de años [leia-se: de anos de antecipação da prorrogação] depende de la naturaleza del servicio público y de las mejoras posibles” na concessão (JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo...* Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 313.).

⁷⁰ Sobre o ponto, **Mário Saadi e Raul Dias dos Santos Neto** ensinam que “a Constituição Federal e a legislação geral a respeito de concessões no País não indicam que haja única solução relativa ao tema da extensão de prazos contratuais, tampouco de inviabilidade de prorrogação antecipada das outorgas como garantia de realização de novos investimentos”; e, a seguir, concluem: “as disposições constitucionais [CRFB/88, art. 175, par. ún., I] e legais [Lei 8.987/95, art. 23, XII] acima ampar[a]m, em nossa visão, a possibilidade de prorrogação antecipada de contratos de concessão” (SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016. p. 83, 85 e 105.).

político brasileiro – notadamente, o caráter republicano, democrático, representativo, presidencialista e pluralista de nossa ordem política (CRFB/88, art. 1.º e 76) – implicam a eleição periódica (em prazo curto) do Presidente da República⁷¹ (CRFB/88, art. 60, § 4.º, II; 77; e 82) e a proteção aos direitos da minoria política (CRFB/88, art. 1.º, V; 17; 45; e 58, § 1.º) e, conseqüentemente, possibilitam, realmente, de tempos em tempos, a alteração da política de governo, especificamente em relação à prorrogação por interesse público das concessões de serviço público (a oposição do passado pode tornar-se a situação do futuro)⁷². Dessa forma, se a prorrogação antecipada não operar a partir do termo final antecipado do prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público, mas, sim, do termo final original, os ocupantes do governo ao tempo da assinatura do termo aditivo de prorrogação antecipada terão usurpado, inegavelmente, dos ocupantes do governo ao tempo em que tal prorrogação se tornar eficaz, isto é, dos ocupantes do governo ao tempo da prorrogação comum, a competência para decidir sobre a prorrogação por interesse público, sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida administrativa.

De outra parte, a finalidade da prorrogação antecipada consiste em permitir que o Poder Concedente obtenha, imediatamente, certos benefícios que ele só lograria ao final da concessão, com a nova licitação pública ou a prorrogação comum. Exemplo: (i) auferir receitas públicas com o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) reduzir o valor da tarifa proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) promover novos investimentos na concessão⁷³; (iv) adequar os contratos de concessão ao ordenamento jurídico

⁷¹ Representante político com competência para aprovar o plano e os programas de governo e dirigir a Administração Pública (CRFB/88, art. 84, II; e DL 200/67, art. 15).

⁷² AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002. passim.; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. Atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011. passim.; FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. v. 1, 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1962. passim.; JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1970. passim.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. passim.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. passim.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. passim.

⁷³ **César de Barros Pinto**, Diretor Executivo da Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica (“ABRATE”), fala, francamente, sobre a política de investimento das concessionárias de serviço público nos últimos anos da concessão; *verbis*: “Para uma transmissora, é fundamental saber, com antecedência de alguns anos, se as concessões serão prorrogadas, ou não, uma vez que as políticas de investimento e de manutenção são diferentes conforme o caso. Pode-se afirmar, com segurança, que saber se as concessões serão, ou não, prorrogadas em 2015 é fundamental, hoje, com 7 anos de antecedência, para a definição da estratégia de cada empresa. Não considerar este fator pode ser classificado como gestão temerária, no mínimo” (PINTO, César de Barros. A indústria de transmissão de energia elétrica... *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 26-32, dez. 2008. p. 32.).

em vigor; e/ou (v) solucionar grandes conflitos administrativos setoriais. De fato, a perspectiva da extensão de prazo tende a convencer a concessionária a consentir com os benefícios que se fizerem necessários ao interesse público.

Para tornar mais clara a finalidade da prorrogação antecipada, convém apresentarmos os objetivos buscados com a antecipação da prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica, portuário e rodoviário/ferroviário, constantes das exposições de motivos das Medidas Provisórias n.º 579, 595 e 752, respectivamente, de 11 de setembro de 2012, 6 de dezembro de 2012, e 24 de novembro de 2016, posteriormente convertidas nas Leis 12.783 e 12.815/13 e 13.448/17. Senão vejamos:

- (i) da EMI n.º 37/MME/MF/AGU, de 11 de setembro de 2012 (que acompanhou a MP 579/12), consta que a finalidade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica consiste em *“viabilizar a redução do custo da energia elétrica”*, mediante a *“antecipação da captura do benefício da amortização dos investimentos”* em bens reversíveis, *“buscando, assim, não apenas promover a modicidade tarifária [...] como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo”*;
- (ii) da EMI n.º 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012 (que acompanhou a MP 595/12), depreende-se que o objetivo da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário é *“garantir novos investimentos”* no Setor Portuário, com vistas a promover a *“redução dos custos”* e, conseqüentemente, a *“expansão [...] da competitividade do País”* no *“cenário internacional”*; e
- (iii) da EMI n.º 00306/2016 MP/MTPA, de 7 de novembro de 2016 (que acompanhou a MP 752/16), extrai-se que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário busca, por um lado, *“viabilizar a realização imediata de novos investimentos”* *“em importantes setores de infraestrutura”*, investimentos que são *“condição sine qua non para a retomada do crescimento econômico no Brasil”*, e, por outro lado, *“modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento”*, aprimorando, assim, o *“nível de serviço prestado à população”*.

Neste momento, vale ressaltar que, conquanto seja uma tendência legislativa relativamente recente no Brasil, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação antecipada dos contratos de concessão de serviço público. Com efeito, como veremos, mais detalhadamente, na seção 4.2 abaixo, no julgamento dos TC 024.882/2014-3 e 003.379/2015-9, que trataram, respectivamente, da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário e dos contratos de distribuição de energia elétrica, o Plenário do Tribunal de Contas da União considerou constitucionais tais prorrogações, porque entendeu caracterizada, em ambos os casos, situação de exceção apta a justificar a não realização de nova licitação pública⁷⁴. A propósito, vale lembrar que o Tribunal de Contas da União é competente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público (Súmula 347/STF; Lei 8.443/92, art. 66; e RITCU, art. 16, VI), o que, como visto, não aconteceu nos casos concretos.

Por fim, diversos doutrinadores de escol afirmam, aqui e alhures, a legitimidade da prorrogação antecipada como mecanismo de antecipação dos benefícios da prorrogação por interesse público.

Com efeito, no Brasil, em parecer sobre a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica, **Caio Tácito**⁷⁵ informa, primeiro, que, nos termos do Decreto federal n.º 41.079, de 26 de fevereiro de 1957 (“Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica”), as referidas concessões de serviço público poderiam ser prorrogadas a critério do Poder Concedente, desde que a concessionária requeresse a prorrogação “*até seis meses antes de findar a vigência da concessão*” (art. 80, par. ún.); mas opina, em seguida, que “[a] particularidade de que a renovação, na lei antiga, deveria ser postulada no período final da concessão não é intrinsecamente relevante”, já que, “[s]e é válida a competência para prorrogar as concessões em vésperas de concluir-se, mais ainda se fundamenta o uso [antecipado] da medida como prevenção do risco de insuficiência ou interrupção na disponibilidade de geração”. E, no mesmo sentido, analisando a legitimidade da prorrogação de contrato de arrendamento portuário, **Tércio Sampaio Ferraz Júnior**⁷⁶ considerou “*válido*

⁷⁴ Cf. Acórdãos TCU n.º 2.200/15-Plenário e n.º 2.253/15-Plenário.

⁷⁵ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1291-1292. Cf. ainda: Idem. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1317-1322.

e eficaz” um termo aditivo de prorrogação celebrado entre a “Codeba” e a “Intermarítima Terminais Ltda.”, relativo à “área do Porto de Salvador”, “mesmo [aquele] tendo sido assinado muito antes do final do primeiro prazo de 10 (dez) anos” do contrato (o termo aditivo foi assinado cerca de 6 [seis] anos antes do termo final do prazo de vigência do ajuste), porque “[o] expediente não contraria [...] a vontade das partes de que o contrato poderia ter prorrogado seu prazo findo o prazo antes estipulado”, e tendo em vista o “interesse [da Codeba] em garantir o tempo adequado”, o “prazo suficiente” à “Intermarítima” para o retorno de “vultosos investimentos” a serem realizados pela arrendatária no terminal portuário; e o autor ainda acrescentou que, nesse contexto, “[n]ada obsta que a Codeba [...] tivesse entendido ser adequada uma prorrogação”, que, ademais, obedeceu “a lógica de uma boa administração”.

De outra parte, na França, **Clément Colson**⁷⁷ ensinava, já em 1910, que “une Compagnie qui n’a plus devant elle une durée suffisante cesse nécessairement de se préoccuper des besoins futurs, et c’est là un grand mal”, sendo certo que, para contê-lo, “il est sage de proroger les concessions 15 ou 20 ans avant qu’elles expirent” (admitindo-se, inclusive, as “prorogations périodiques”); por fim, o autor ainda acrescentava: “l’offre d’une prorogation est, à toute époque, un excellent moyen d’obtenir l’extension ou l’amélioration du service, comme on en voit actuellement de nombreux exemples pour les tramways municipaux”. Em Portugal, **Diogo Freitas do Amaral e Lino Torgal**⁷⁸ lecionam, ao tratarem do “momento

-
- ⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Porto, arrendamento, cessão e prorrogação do contrato. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, ano 10, n. 26, p. 144-152, 1999. p. 145 e 151. Cf., ainda: CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 8, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4111.; FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 179-181.; FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 296-298.; PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. passim.; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 12.; SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. passim.
- ⁷⁷ COLSON, Clément. *Cours d’économie politique*... v. 6, 2^e éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. p. 419. Cf., ainda: JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*... Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 312-313.; LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. v. 2, 1^{re} éd. Paris: LGDJ, 1983. p. 685.
- ⁷⁸ AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino.

temporal” da prorrogação por interesse público, que “[m]ostra, ainda, a experiência em matéria de concessões que tende a diminuir, consideravelmente, nos últimos anos de exploração, o volume dos investimentos dos concessionários com a conservação e a actualização do estabelecimento da concessão”, motivo pelo qual “a prorrogação, decidida com alguma antecedência, dissipando incertezas dos concessionários interessados em prosseguir a exploração [...] poderá, porventura, contribuir para a melhoria da performance financeira da concessão”. Os autores ainda exemplificam que, em uma concessão de “35 anos”, parece razoável a prorrogação “sete anos antes do termo do prazo, e 28 anos depois do seu início”. E, na Argentina, **Héctor Jorge Escola**⁷⁹ expõe que os contratos de concessão de serviço público podem ser renovados ou prorrogados, e que “[e]sa renovación o prórroga puede ser convenida por las partes durante la vigencia del contrato y antes de su vencimiento [prorrogação antecipada], o una vez producido éste [prorrogação comum]”.

2.3.1.3 Prorrogação-prêmio ou premial

Ao tratarem da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, alguns autores fazem referência à chamada “*prorrogação-prêmio*” ou “*premial*”, ou seja, aquela realizada para premiar a concessionária que alcançou determinados níveis de qualidade (excelentes) na prestação do serviço público, definidos, objetivamente, no contrato de concessão⁸⁰.

Tendo em vista a finalidade da prorrogação-prêmio (qual seja: induzir a concessionária a prestar serviço público de qualidade excelente aos usuários), entendemos que ela constitui, apenas, uma subespécie de prorrogação por interesse público, na qual o Poder Concedente manifesta, antecipadamente, a vontade de prorrogar o contrato de concessão, mais precisamente

Estudos sobre concessões e outros actos da Administração. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002. cap. 9. p. 547-549.

⁷⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos...* v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 141. Cf., ainda: Idem. *Compendio de Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 756.

⁸⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 219-220.; GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 597-598.; NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 57 e 60.

no momento da celebração do ajuste (e da fixação das condições para a prorrogação-prêmio). De fato, o próprio **Lino Torgal**⁸¹ – autor da expressão “*prorrogação premial*” – ensina que essa espécie de prolongamento de prazo consubstancia, “*em parte, uma contrapartida pela execução meritória do contrato pelo concessionário*”, mas é consentida, sobretudo, “*por tal ser conforme ao interesse público*”.

De qualquer forma, é preciso destacar que a prorrogação-prêmio possui uma característica específica que a distingue da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) sem cunho premial; a saber: ao passo que esta tem caráter discricionário, aquela possui cunho vinculado. Desse modo, preenchidas as condições objetivas previstas no contrato de concessão, o Poder Concedente tem o dever jurídico de prorrogar o ajuste, e a concessionária de serviço público, o direito subjetivo à prorrogação.

Sobre o tema, **Alexandre Santos de Aragão**⁸² ensina que a “*prorrogação-prêmio*” pressupõe a fixação de “*critérios objetivos*” no contrato de concessão (Exemplo: o “*adiantamento de metas*”), sendo certo que, satisfeitos esses critérios, surge “*o direito da concessionária à prorrogação*”. **Rafael Wallbach Schwind**⁸³ leciona que, na prorrogação de “*natureza premial*”, o contrato de arrendamento portuário estabelece, “*antecipadamente, de maneira precisa e objetiva*”, as condições para a prorrogação, razão pela qual, “[o]bservados os critérios que conduzem à continuidade do contrato, a sua prorrogação é um direito subjetivo do contratado”. **Rafael Vêras de Freiras e Leonardo Coelho Ribeiro**⁸⁴ expõem que “[a] prorrogação contratual premial é aquela por meio da qual o pacto concessório estabelece, ex ante, os critérios que orientarão a Administração Pública na decisão de ampliar o vínculo contratual”; e acrescentam: ela constitui “*ato administrativo vinculado*”, motivo pela qual,

⁸¹ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 230-231.

⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 555. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 430.

⁸³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 502-504.

⁸⁴ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 296. Cf., ainda: FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 178-179.

“[p]reenchidos os requisitos, o concessionário passará a ter direito subjetivo à prorrogação”. **Flavio Amaral Garcia**⁸⁵ explica que, na “*prorrogação premial*”, “a própria entidade adjudicante voluntariamente impõe limites à sua discricionariedade e se autovincula para assegurar eventual extensão do prazo do contrato”, de modo 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”; em uma palavra: o contratado terá não apenas “*expectativa de direito*”, mas, sim, “*direito adquirido à extensão do prazo contratual*”. E **Carlos Fernando do Nascimento**⁸⁶ esclarece que a prorrogação-prêmio (que o autor chama de “*prorrogação condicionada*”) é “*um incentivo conferido ao concessionário pelo cumprimento de condições previamente estabelecidas no contrato*” – “*por exemplo [...] a antecipação de resultados*”, as quais, “*se cumpridas, vincularão o Concedente à prorrogação*”; em uma palavra: “[c]umpridas as condições, o direito à prorrogação se consolida líquido e certo”, cabendo “*indenização por descumprimento pelo Concedente*”.

Exemplo de prorrogação premial podemos encontrar, dentre outras, na Lei municipal n.º 7.018, de 18 de novembro de 2002, do Município de Ponta Grossa/PR, cujo art. 2.º estabelece que a concessão do serviço público de transporte coletivo urbano naquele ente federativo terá o “*prazo de 10 (dez) anos, renovável por igual período*”, sendo certo que a concessionária terá o “*direito à renovação*” da outorga, se, cumulativamente: (i) “*tiver operado as linhas objeto da concessão, durante seu prazo inicial, com índice de eficiência igual ou superior a 98% (noventa e oito por cento) da quilometragem mensal programada*”; e (ii) “*tiver renovado a frota operante conforme os critérios definidos nesta Lei, durante o prazo da concessão*”⁸⁷.

⁸⁵ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 597-598. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 419-420.

⁸⁶ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 24 e 57-59.

⁸⁷ Ao analisar, especificamente, a regra jurídica supracitada, **Clèmerson Merlin Clève** observa que “[o]s requisitos cumulativos, veiculados nos incisos transcritos, são de ordem objetiva, não dão azo à atuação discricionária do Poder Concedente na deliberação a respeito da prorrogação do contrato por igual período de 10 anos”, tratando-se, “portanto, de dispositivo legal que define, com precisão e objetividade, as exigências que precisam ser atendidas para que o contrato de concessão seja prorrogado” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo... *Revista dos Tribunais online*, São Paulo, v. 2, p. 239-288, ago. 2012. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016>>

Neste momento, vale ressaltar que a Lei 7.018/02, art. 2.º, foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E que, no julgamento da AI 484.439-9/Ponta Grossa, o Órgão Especial da Corte de Justiça paranaense afirmou que a “*autorização para prorrogação da concessão contratada por 10 anos, por uma vez, se preenchidos os requisitos objetivos previstos*” não é inconstitucional, já que “*a concessionária só terá direito à prorrogação do contrato, caso demonstre eficiência para continuar prestando os serviços*”⁸⁸.

De qualquer modo, parece-nos que, na prorrogação-prêmio ou premial, o direito ao prolongamento de prazo é um direito fraco, ou melhor, imperfeito, já que, por razões de interesse público, o Poder Concedente sempre pode (licitamente) dar por extinta a concessão, indenizando a concessionária. Com efeito, **Miguel Ángel Berçaitz**⁸⁹ ensina que, “*producidas circunstancias de hecho que hacen imposible la vigencia del contrato y la satisfacción de las necesidades públicas colectivas, la primera cede a las segundas [...]: salus populi, suprema lex esto*”; mas acrescenta: “[t]odo [...] *sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan deberse según las circunstancias especiales del caso*”.

Não fosse o bastante, alguns doutrinadores de escol entendem que a cláusula de prorrogação não obriga o Poder Concedente, se este decidir prestar, diretamente, o serviço público. É o caso, dentre outros, de **Rafael Bielsa**⁹⁰, para quem “[l]a cláusula de prórroga [...] *obliga a la Administración Pública, sino manteniendo el sistema de concesión*”, de modo que, se ela decide pelo “*establecimiento de un sistema de servicio público distinto del de concesión, como lo es el de prestación directa*”, a cláusula de prorrogação “*no tiene aplicación ni valor alguno*”.

3e82dc58438bb43d2&docguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&hitguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=297&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 20.). Por fim, o autor conclui que o dispositivo é constitucional.

⁸⁸ TJ/PR, AI 484.439-9/Ponta Grossa, Órgão Julgador: Órgão Especial, Relator(a): Desembargador Jesus Sarrão, j. 21/08/2009.

⁸⁹ BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2. ed. actual. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 305. Cf., ainda: SILVA, Antonio Marcello da. *Contratações administrativas...* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 113.; MARTINS, Ives G. da Silva. Inteligência do art. 42, parágrafo 1., da Lei n. 8.987/95... In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 157.

⁹⁰ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. v. 2, 5 ed. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 271-272.

Por fim, cumpre destacar que, no recente julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deixou dito que a “*prorrogação*” dos contratos de concessão “*pressupõe atendimento ao interesse público*”, o qual “*pode sofrer modificação entre a data de formalização do ajuste e a data de sua eventual prorrogação*” (“*critério volátil*”, portanto), sendo, pois, “*incongruente com a sua natureza [ou seja, da prorrogação] a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

É da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao **interesse público**, o que, evidentemente, se perfaz sob margem de discricionariedade administrativa.

[...]

Trata-se, ressalte-se, de **critério volátil, que pode sofrer modificação entre a data de formalização do ajuste e a data de sua eventual prorrogação, o que pode, desse modo, também justificar a opção pela não prorrogação do contrato.**

[...]

É incongruente com a natureza da prorrogação contratual, portanto, a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é **incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual** (como pretende o impetrante demonstrar ser o caso de seu ajuste).

Prorrogação é instrumento autorizado pela lei, nunca imposto; e sua realização, porque **pressupõe atendimento ao interesse público (apreciação, como dito, sujeita à variação no tempo), não poderia, sob qualquer hipótese, ser antecipada, máxime ao ato inicial de formalização do contrato.** (STF, RMS 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 21/11/2017, DJe 19/03/2018) (grifo nosso)

Vistos os aspectos gerais da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, passemos, agora, à análise específica da prorrogação por interesse público.

Parte 2
Aspectos específicos
da prorrogação por interesse público

1 Terminologia

Para denominar a prorrogação por interesse público, a legislação ordinária utiliza, ora, simplesmente, a palavra “*prorrogação*”, ora expressões como “*prorrogação da outorga*”, “*prorrogação da concessão*”, “*prorrogação do prazo da concessão*”, “*prorrogações de prazo*” e “*prorrogação do contrato*”.

A título ilustrativo, vale mencionar:

- (i) a Lei 10.233/01, a qual estabelece, em seu art. 34-A, que as “*prorrogações*” realizadas pela ANTT poderão ter, ou não, caráter de exclusividade quanto a seu objeto;
- (ii) a Lei 9.074/95, a qual dispõe, em seu art. 25, que as “*prorrogações de prazo*” dependerão da aceitação expressa, pelas concessionárias do serviço público de energia elétrica, da inclusão, nos respectivos contratos de concessão, de cláusula de desempenho técnico, vinculada a penalidades proporcionais; e
- (iii) a Lei 9.472/97, a qual prevê, em seu art. 99, § 1.º, que a “*prorrogação do prazo da concessão*” do serviço público de telecomunicações dependerá do pagamento pelos direitos de exploração do serviço e de uso das radiofrequências associadas, bem como da aceitação, pela concessionária, dos novos condicionamentos propostos pela ANATEL por ocasião da prorrogação.

Nada obstante, as denominações legais supracitadas não permitem distinguir, com clareza, a prorrogação por interesse público das demais espécies de prorrogação – nomeadamente, a prorrogação por emergência e a prorrogação por reequilíbrio.

É verdade que algumas leis setoriais mais recentes vêm utilizando as expressões “*prorrogação contratual*” e “*prorrogação antecipada*” para designar as espécies de prorrogação por interesse público. É o caso, dentre outras:

- (i) da Lei 12.815/13, a qual estabelece, em seu art. 57, § 4.º, que o indeferimento da “*prorrogação antecipada*” dos contratos de arrendamento portuário não implicará, necessariamente, a negativa da “*prorrogação contratual*” de tais ajustes; e
- (ii) da Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 4.º, I e II, que “*prorrogação contratual*” é aquela realizada no término da vigência do contrato de parceria, ao passo que a “*prorrogação antecipada*”, a efetuada antes do término da vigência do ajuste.

Entretanto, essas leis também não resolvem o problema terminológico, pois as expressões “*prorrogação contratual*” – que, a nosso sentir, merece crítica⁹¹ – e “*prorrogação antecipada*” distinguem, apenas, as subespécies básicas de prorrogação por interesse público, mas não servem para diferenciá-la das demais espécies de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público.

Por sua vez, a doutrina percebeu o problema e tentou solucioná-lo; mas ainda existe grande divergência terminológica (“de rótulo”) sobre a matéria. Com efeito:

- (i) para denominar a prorrogação realizada para garantir a continuidade do serviço público concedido, quando, próximo ao final do contrato de concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público nem tempo suficiente para realizar licitação pública para nova outorga da atividade, **Rafael Munhoz de Mello**⁹² utiliza a expressão “*prorrogação para garantir a continuidade do serviço*”; **Marcos Juruena Villela Souto**⁹³, a expressão

⁹¹ Toda prorrogação de contrato de concessão de serviço público – ou seja, a prorrogação por emergência, a prorrogação por reequilíbrio e a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) – é, ao fim e ao cabo, uma “*prorrogação contratual*”. Por isso, essa expressão não serve para distinguir a prorrogação comum das demais espécies de prorrogação.

⁹² MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 212.

⁹³ SOUTO, Marcos J. Villela. *Direito Administrativo contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 404-406.

“*prorrogação emergencial*”; **Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Melhado Araujo Lima**⁹⁴, a expressão “*prorrogação circunstancial*”; **Alice Gonzalez Borges**⁹⁵, a expressão “*prorrogação excepcional*”; e **Carlos Fernando do Nascimento**⁹⁶, a expressão “*prorrogação extraordinária*”;

- (ii) para designar a prorrogação realizada para recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente, **Rafael Wallbach Schwind**⁹⁷ faz uso da expressão “*prorrogação-reequilíbrio*”; **Márcio Alceu Pazeto**⁹⁸, da expressão “*prorrogação de prazo como meio de reequilíbrio*”; **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁹⁹, da expressão “*extensão de prazo para fins de reequilíbrio*”; **Marçal Justen Filho**¹⁰⁰, da expressão “*prorrogação-ampliação*”; **Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Peçanha Guzela**¹⁰¹, da expressão “*prorrogação extraordinária*”; e **Lino Torgal**¹⁰², da expressão “*prorrogação correctora*”; e

⁹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. As modificações no Setor de Energia Elétrica... In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 339.

⁹⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Arrendamento de áreas portuárias, contrato de prorrogação... *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n. 11, p. 858-863, nov. 2001. p. 861.

⁹⁶ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 56.

⁹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 495.

⁹⁸ PAZETO, Márcio Alceu. Prorrogação de prazo como forma de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão... *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 12, n. 48, p. 223-245, abr./jun. 2012. p. 224.

⁹⁹ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 129.

¹⁰¹ CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 212.

¹⁰² TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 232.

- (iii) para nomear a prorrogação realizada para promover a prestação adequada do serviço público, desde que presentes os pressupostos específicos da medida e a concessionária aceite determinadas condições propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação em relação às alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade, **Jacinto Arruda Câmara**¹⁰³ lança mão da expressão “*prorrogação em si*” ou, simplesmente, “*prorrogação*”; **Letícia Queiroz de Andrade**¹⁰⁴, da expressão “*prorrogação por motivos de conveniência e oportunidade*”; **Maximino Gonçalves Fontes Neto**¹⁰⁵, da expressão “*prorrogação por motivos plausíveis*”; **Marçal Justen Filho**¹⁰⁶, da expressão “*prorrogação-renovação*”; **Carlos Fernando do Nascimento**¹⁰⁷, da expressão “*prorrogação ordinária*”; **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**¹⁰⁸, da expressão “*prorrogação regular*”; **Fernando Albi**¹⁰⁹, da expressão “*prórrogas normales*”; e **Lino Torgal**¹¹⁰, da expressão “*prorrogação premial*”.

Quanto a nós, propomos, por sua relativa clareza e concisão, as expressões prorrogação por emergência, prorrogação por reequilíbrio e prorrogação por interesse público (comum ou antecipada, com ou sem caráter premial) para denominar as espécies de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público.

Por fim, cumpre destacar que elaboramos a expressão “*prorrogação por interesse público*” – a qual, reconhecemos, não é ideal, mas, apenas, utilitária¹¹¹ – a partir da lição de

¹⁰³ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 348.

¹⁰⁴ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 215-216.

¹⁰⁵ FONTES NETO, Maximino Gonçalves. Prorrogação de permissões. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 38-41, jun. 2009. p. 38.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 130.

¹⁰⁷ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 53.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 170-171.

¹⁰⁹ ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. 1. ed. Madrid: Aguilar, 1960. p. 643.

¹¹⁰ TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 230.

eminentes administrativistas, tais como **Themístocles Brandão Cavalcanti**¹¹², para quem a prorrogação dos contratos administrativos “*será, portanto, legítima, se [...] por motivo de relevante interesse público*”. **Caio Tácito**¹¹³, para quem a prorrogação das concessões de serviço público “*visa a atender a interesse público qualificado, presente e atual*”, sendo realizada “*à luz de um juízo discricionário de conveniência administrativa*”. **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**¹¹⁴, para quem o fundamento da “*prorrogação ou renovação das contratações públicas*” reside no “*interesse público, vinculado à necessidade da obra ou serviço*”. **Maria Sylvia Zanella di Pietro**¹¹⁵, para quem a prorrogação das concessões de serviço público pode ser realizada “*para atender ao interesse público*”. E **Flavio Amaral Garcia**¹¹⁶, para quem “[a] *decisão que prorroga o prazo de um contrato de infraestrutura de longa duração é fruto de uma ponderação realizada pelo gestor, que considera concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação, e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública*”.

Apresentada a questão terminológica, vejamos, agora, os institutos jurídicos semelhantes à prorrogação por interesse público, ou institutos afins.

¹¹¹ Com efeito, toda prorrogação de contrato de concessão de serviço público visa a promover o interesse público – ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo.

¹¹² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 264.

¹¹³ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1321-1323.

¹¹⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 334-335.

¹¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública...* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116.

¹¹⁶ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593.

2 Institutos afins

Ao dispor sobre a competência material exclusiva da União Federal, a CRFB/88, art. 21:

- (i) confere, expressamente, a esse ente federativo, a titularidade sobre diversos serviços públicos; e
- (ii) estabelece que, em alguns casos, esses serviços públicos só podem ser prestados pela própria União Federal – por seus órgãos ou entidades (Exemplo: o correio aéreo nacional), ao passo que, em outros, eles podem ser explorados, direta ou indiretamente, por ela, nesta hipótese mediante concessão, permissão ou autorização (Exemplo: o serviço de transporte ferroviário).

De outra parte, nos casos em que autoriza (ou mesmo determina¹¹⁷) que um serviço público seja explorado, indiretamente, pela União Federal, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, recorre aos institutos jurídicos da “*prorrogação*” e da “*renovação*” para tratar do prolongamento dos respectivos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente¹¹⁸.

Conquanto alguns doutrinadores de escol entendam que não existe diferença entre os referidos institutos jurídicos¹¹⁹, a interpretação gramatical e sistemática da Constituição da

¹¹⁷ De fato, a CRFB/88, art. 223, estabelece, com vistas a garantir a diversidade de informação, que a prestação do serviço público de radiodifusão observará o “*princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal*”, o qual determina, segundo **Ricardo Marcondes Martins**, que a União Federal deve: (i) prestar, diretamente, o referido serviço público por meio de seus órgãos ou entidades (sistema estatal); (ii) contratar, sem outorga, a prestação desse serviço público junto a particulares (sistema público); e (iii) outorgar a prestação do serviço público de radiodifusão a particulares mediante concessão ou permissão (sistema privado) (MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime jurídico da televisão brasileira... *Revista Colunistas de Direito do Estado*, Salvador, n. 280, 19 out. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/regime-juridico-da-televisao-brasileira-a-luz-da-constituicao>>. Acesso em: 5 dez. 2016.).

¹¹⁸ Ao tratar da “*prorrogação*” e da “*renovação*”, **Ives Gandra da Silva Martins** ensina que “*os institutos, embora distintos, implicam no alargamento do contrato*” (MARTINS, Ives G. da Silva. Contratos prorrogados à luz do Direito que os regia... In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 77.).

¹¹⁹ JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*... Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 313.; TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro:

República revela, claramente, que o legislador constituinte originário atribuiu regimes jurídicos distintos a eles. Senão vejamos:

- (i) a renovação aplica-se, exclusivamente, ao serviço público de radiodifusão¹²⁰, ao passo que a prorrogação por interesse público se aplica aos demais serviços públicos. É o que extraímos da análise em conjunto das normas constitucionais contidas:
 - a. na CRFB/88, art. 223, que estabelece que compete ao Poder Executivo “*renovar*” a concessão do “*serviço de radiodifusão de sons e de sons e imagens*”; e
 - b. na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, que prevê que a lei disporá sobre “*o regime [jurídico] das concessionárias [...] de serviço público*”, notadamente sobre a “*prorrogação*” de seus contratos;
- (ii) a renovação é um ato administrativo composto, ao passo que a prorrogação por interesse público, um ato administrativo simples¹²¹. É o que extraímos da análise em conjunto das normas constitucionais contidas:
 - a. na CRFB/88, art. 49, XII c.c 223, *caput* e §§ 1.º a 3.º, que estabelece que compete ao “*Poder Executivo*” decidir sobre a renovação das concessões de radiodifusão e ao “*Congresso Nacional*” aprovar tal deliberação, atribuindo-lhe “*efeitos legais*”; e

Renovar, 1997. p. 1321-1322.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 185-186.

¹²⁰ **Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto** ensina que radiodifusão é o “*serviço de telecomunicação*” destinado, “*livremente*”, ao “*público em geral*”, compreendendo a “*transmissão de sons*” (rádio) ou “*de sons e imagens*” (televisão) (PINTO, Luciana M. R. Sardinha. *A radiodifusão no Direito brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 16, 32 e 54.).

¹²¹ No mesmo sentido, **Alexandre de Moraes** entende que a renovação das concessões de radiodifusão é um “*ato administrativo composto*” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. até a EC n. 55/07 São Paulo: Atlas, 2007. p. 2180.). Em sentido contrário, **Luiz Pinto Ferreira** afirma que, tal como a outorga da concessão de radiodifusão, a renovação tem natureza jurídica de “*ato complexo*” (FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 7, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 262.).

- b. na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, que não prevê a participação do Poder Legislativo no processo de prorrogação das concessões dos demais serviços públicos – do que extraímos que o Poder Executivo possui competência exclusiva sobre a matéria; e
- (iii) a renovação pode ser realizada por períodos sucessivos, ao passo que a prorrogação por interesse público não pode. É o que extraímos da análise em conjunto das normas constitucionais contidas:
- a. na CRFB/88, art. 223, § 2.º, que estabelece que a “*não renovação*” das concessões de radiodifusão depende da aprovação de, “*no mínimo, dois quintos*” do Congresso Nacional, por “*votação nominal*” – quórum e processo de votação qualificados que, no âmbito do já complexo procedimento de renovação, transformam o prolongamento da outorga em algo natural e corriqueiro¹²²; e
 - b. na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, que prevê que a “*prorrogação*” das concessões dos demais serviços públicos possui “*caráter especial*” (ou excepcional) em relação à “*licitação*” pública – que constitui a regra geral.

A distinção entre os institutos jurídicos da renovação e da prorrogação por interesse público é importante para o presente trabalho, porque, como o legislador constituinte originário recorre a institutos jurídicos distintos para tratar do prolongamento do prazo dos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade, atribuindo, coerentemente, regimes jurídicos distintos a tais institutos, entendemos que as características específicas do regime jurídico da renovação – nomeadamente: (i) a aplicação exclusiva ao serviço público de radiodifusão; (ii) a intervenção do Congresso Nacional no processo de renovação; e (iii) a possibilidade de renovações sucessivas – não podem ser replicadas nas leis que disciplinam a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), sob pena de igualar-se aquilo que a Constituição da República diferencia¹²³.

¹²² **Ives Gandra da Silva Martins** deixa claro que, para a renovação da outorga, “*a maioria simples é suficiente*” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives G. da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil...* v. 8, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 873.).

Neste momento, vale a pena fazer uma brevíssima digressão para dizer que, a nosso sentir, a possibilidade de prolongamentos sucessivos das concessões de radiodifusão – ademais, prevista, expressamente, na Lei federal n.º 4.117, de 29 agosto de 1962 (“Código Brasileiro de Telecomunicações”), art. 33, § 3.º, e no Decreto federal n.º 52.795, de 31 de outubro de 1963 (“Regulamento do Serviço de Radiodifusão”), art. 111 – só foi admitida pelo legislador constituinte de 1988 (que amargara o autoritarismo da ditadura militar) em razão da especial relevância do serviço público de radiodifusão para o exercício da cidadania (CRFB/88, art. 1.º, II). De fato, a radiodifusão é relevante para a cidadania, porque ela possibilita a transmissão de informações políticas e sociais de interesse geral com penetração social (em número e variedade de público) maior do que qualquer outro meio de comunicação; e a renovação sucessiva é relevante para a radiodifusão, porque, ao estabilizar a outorga, ela possibilita a transmissão livre e veraz dessas informações. Assim sendo, a possibilidade de renovações sucessivas das outorgas de radiodifusão faz parte de um microssistema jurídico de proteção da liberdade de informação (leia-se: liberdade de informar e de ser informado), o qual busca evitar que as emissoras de televisão e de rádio que transmitam informações ou manifestem pontos de vista contrários aos interesses dos poderosos em geral sejam afastadas, facilmente, do Setor de Radiodifusão, em prejuízo da sociedade.

De fato, ao tratar do tema, **Miguel Seabra Fagundes**¹²⁴ ensina que, embora tenham o mesmo “nome”, a concessão do serviço público de radiodifusão e as concessões dos demais serviços públicos não podem sujeitar-se aos mesmos “cânones”, tendo em vista o significado “especialíssimo” da televisão e do rádio – “os mais poderosos instrumentos de difusão do pensamento político postos pela técnica a serviço do homem” – para o “sistema democrático”,

¹²³ A propósito, **Márcio Iorio Aranha** ensina que a Constituição da República “houve por bem definir a divisão de competências incidentes sobre o processo administrativo de prestação indireta dos serviços de radiodifusão entre os Poderes da República”. Com efeito, a CRFB/88, art. 223, estabelece que: (i) ao Poder Executivo, compete “outorgar e renovar concessão, permissão ou autorização para o serviço de radiodifusão”; (ii) ao Congresso Nacional, “apreciar o ato de outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização [...] emitido pelo Poder Executivo”; e (iii) ao Poder Judiciário decidir sobre “o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o prazo”. E, em seguida, o autor conclui: “[a]o distribuir entre os Poderes Legislativo e Executivo funções específicas próprias ao processo administrativo de prestação e controle dos serviços de radiodifusão, e ao Judiciário a reserva do cancelamento da concessão ou permissão de tais serviços, o regime jurídico-constitucional da radiodifusão tornou-se único no modelo brasileiro de prestação indireta de serviços públicos” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2064-2065 e 2070.). É precisamente esse caráter “único” que, a nosso sentir, faz com que as características específicas do regime jurídico da renovação não possam ser replicadas nas leis que disciplinam a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) – sob pena de igualar-se aquilo que a Constituição da República diferenciou.

¹²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. O regime legal do rádio e da televisão em face da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 49-63, jul./set. 1961. passim.

sendo, pois, a “*liberdade de radiodifusão*” vital para tal forma de governo. **Alexandre Ditzel Faraco**¹²⁵ leciona que, nas “*sociedades democráticas contemporâneas*” (nas quais os cidadãos não têm condições de se reunir em uma “*praça*” ou em um “*parque*” para discutir, de modo “*direto*” e “*em tempo real*”, os “*assuntos de interesse geral*”), os “*meios de comunicação social de massa*” instrumentalizam um “*espaço público de diálogo e interação entre os cidadãos*”, “*não controlado pelo Estado*”, com “*uma abrangência e alcance maior do que qualquer outra forma de divulgação de informações*”, servindo, assim, para a formação da “*opinião pública*” e para a “*fiscalização da ação dos governantes*” a partir de “*fontes não estatais*”; e, em seguida, o autor conclui que as normas jurídicas que regulam o serviço de radiodifusão (dentre outras, as que tratam da renovação da outorga) não podem “*eliminar a independência que os meios de comunicação devem ter em relação ao Estado*”. **Jacinto Arruda Câmara**¹²⁶ expõe que, por força da CRFB/88, art. 223, § 2.º, a Constituição não só autorizou a renovação “*sucessiva*” das concessões de radiodifusão, mas estimulou, incentivou, optou, “*claramente*”, pela “*continuidade do vínculo*”, sendo certo que a “*regra especial*” visa a conferir “*segurança jurídica*” às concessionárias de radiodifusão, evitando que elas sejam “*substituídas, com maior facilidade, pelo Poder Executivo por questões conjunturais, de ordem ideológica ou política*”. **Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes**¹²⁷ explica que o serviço de radiodifusão é “*fundamental*” para o “*sistema democrático*”, uma vez que está relacionado com a “*liberdade [...] de imprensa*” e o “*controle da sociedade sobre esse [ou seja, o Estado]*”; dessa forma, a disciplina jurídica desse serviço público “*deve estar devidamente adaptada a tais especificidades*” para possibilitar o “*livre fluxo de informações*”; e, nesse contexto, a competência do Congresso Nacional para aprovar a decisão do Poder Executivo de não renovar a outorga do serviço de radiodifusão é uma “*regra oportuna e consentânea com o regime democrático*”, já que ela evita uma “*interferência estatal indevida na comunicação social*”. **Otávio Luiz Rodrigues Junior**¹²⁸ esclarece que o serviço público de radiodifusão possui um “*status diferenciado no regime jurídico contemporâneo*”, porque ele é instrumento para a

¹²⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação...* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39-40 e 43.

¹²⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351-352. Cf., ainda: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013. p. 64-65.

¹²⁷ LOPES, Vera Maria de O. Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 152-161; e 285.

¹²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Da renovação das concessões e permissões de serviços de radiodifusão... *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 241-249, abr./jun. 2005. p. 245-246.

“*comunicação social*”; e acrescenta: a finalidade da atuação do “*Congresso Nacional*” no processo de renovação das concessões do serviço de radiodifusão consiste em “*estabilizar as outorgas, restringindo a interferência estatal em seu exercício*” – podendo-se, inclusive, extrair, da CRFB/88, art. 223, *caput* e §§ 1.º a 4.º, um “*princípio da mínima intervenção nas concessões de radiodifusão*”, fruto do “*compromisso histórico do constituinte de 1988 com os valores democráticos*”.

Feito o digresso, retomamos o rumo principal para dizer que não concordamos com o entendimento daqueles doutrinadores que distinguem os institutos jurídicos da renovação e da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público com base na possibilidade/impossibilidade de alteração de outras cláusulas contratuais, além daquela relativa ao próprio prazo de vigência do ajuste. É o caso, dentre outros, de **Hely Lopes Meirelles**¹²⁹, para quem a “*prorrogação*” é o prolongamento do contrato “*com o mesmo contratado e nas mesmas condições*”; e a “*renovação*”, o prolongamento contrato com a “*inovação, no todo ou em parte, do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial*”; por isso, a primeira “*independe de nova licitação*”, enquanto a segunda depende, ressalvado “*seu enquadramento numa das hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação*”. **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**¹³⁰, para quem a prorrogação estende o “*tempo jurídico do ajuste*”, mas as “*condições e cláusulas não se alteram, isto é, fica integralmente preservado o contrato primitivo*”; já a renovação altera “*cláusulas conforme a natureza do serviço ou o interesse público*”, “*vale como um novo acordo, deixando o anterior de viger, menos na finalidade*”. **Arnoldo Wald**¹³¹, para quem, na prorrogação dos contratos de concessão, “*se estabelece novo prazo, mantidas todas as cláusulas contratuais*”, ao passo que, na renovação desses ajustes, “*além da modificação do tempo de duração do mesmo, ocorrem outras alterações negociadas pelas partes*”; em uma palavra: na primeira, é “*mantido o contrato*

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 218-219. Cf., ainda: Idem. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 78-79 e 82.; Ibidem, v. 3, 1981, p. 47-48.; Ibidem, v. 5, 1981, p. 114-127.; Idem. *Licitação e contrato administrativo...* Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 227.

¹³⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 335 e 338.

¹³¹ WALD, Arnoldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 185-187. Cf., ainda: Idem. Prorrogação de contrato de arrendamento de mina... In: WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 207.

inicial”; na segunda, “*se discute o contrato na sua totalidade*”. **Marçal Justen Filho**¹³², para quem a prorrogação é a “*pura e simples modificação do termo final da vigência de um contrato*”, com a “*manutenção de todas as demais condições pactuadas*”; e a “*renovação*”, a “*pactuação de um novo contrato*”, instaurando “*nova relação jurídica entre as partes*”. E **Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas**¹³³, para quem “*a prorrogação do contrato de concessão [...] não se confunde com a renovação contratual*”: na primeira, “*a alteração contratual abarca, apenas, o seu prazo de vigência*”; na segunda, “*a entidade contratante leva a efeito alterações mais abrangentes, mantido, porém, seu objeto inicial*”.

A nosso sentir, essa distinção não encontra fundamento, nem na Constituição da República, que, como vimos acima, não proíbe a alteração do conteúdo dos contratos de concessão por ocasião de sua renovação ou prorrogação, nem na legislação ordinária, que autoriza, expressamente, tal modificação.

A título de exemplo, vale citar:

- (i) a Lei 5.785/72, a qual estabelece, em seu art. 3.º, que a “*renovação*” das concessões do serviço público de radiodifusão sonora poderá ser condicionada “*à adaptação da concessionária [...] às condições técnicas estabelecidas no Plano Nacional de Radiodifusão ou normas técnicas dele decorrentes*”; e
- (ii) a Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seus art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º, § 1.º, I, V e VII; 9.º, § 1.º; 21; 22; e 25, *caput* e §§ 1.º e 2.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário poderá ser condicionada, conforme o caso: (i) ao “*pagamento*” pela prorrogação da outorga; (ii) à inclusão de “*novos investimentos*” nos contratos prorrogados, notadamente para o “*aumento de capacidade instalada*”; (iii) à adoção das “*melhores práticas regulatórias*” nos contratos prorrogados, especialmente mediante a previsão de “*parâmetros de qualidade do serviço*” e de “*mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional*”

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 127-131.

¹³³ OLIVEIRA, Rafael C. Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015. p. 153.

de outorga”; (iv) à extinção do “*caráter de exclusividade quanto a seu objeto*”, com a “*garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros*”; (v) à “*reconfiguração da malha ferroviária*”, com o “*desmembramento de parte da faixa de domínio*” e a “*incorporação*” de trechos ferroviários “*resultantes da cisão de outros contratos*”; (vi) à incorporação de “*novas tecnologias e serviços*” nos contratos prorrogados; e/ou (vii) à “*desafetação de bens*” da concessão, com a “*extinção dos serviços*” relacionados a eles – todas as condições com reflexo inexorável no conteúdo do contrato de concessão.

Em verdade, essa distinção contraria a própria lógica da prorrogação por interesse público. Com efeito, para a medida fazer algum sentido sob o ponto de vista do interesse coletivo, a concessionária de serviço público deve dar uma contrapartida ao Poder Concedente em troca do prolongamento do prazo da concessão – por exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a redução das tarifas proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) a realização de novos investimentos na concessão; (iv) a extinção do caráter de exclusividade da outorga; e/ou (v) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão. E essa contrapartida resultará, inexoravelmente, na alteração do conteúdo do contrato de concessão.

De outra parte, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que a prorrogação por interesse público pode ser realizada com a alteração do conteúdo do contrato de concessão. De fato, no recente julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deixou dito que tal espécie de prorrogação “*pode se dar sob novos termos, se assim definido na lei*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

Não se pode perder de vista que todo contrato possui um prazo definido e é sobre ele que se perfaz o equilíbrio da relação contratual, não havendo que se cogitar de sua incidência na **prorrogação contratual**, que **pode se dar sob novos termos, se assim definido em lei**. (STF, RMS 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 21/11/2017, DJe 19/03/2018) (grifo nosso)

Não fosse o bastante, diversos doutrinadores de escol entendem que, tal como a renovação, a prorrogação por interesse público pode ser realizada com a alteração de outras cláusulas do contrato de concessão, além daquela relativa ao prazo de vigência do ajuste. É o

caso, dentre outros, de **Cármen Lúcia Antunes Rocha**¹³⁴, para quem “*a prorrogação pode ensejar a modificação da concessão*” (por exemplo, para a extinção do caráter de “*exclusividade*” da outorga), mas tal modificação “*não pode mascarar uma nova concessão*”, pois isso caracteriza “*burla à característica ora examinada [a saber: a temporalidade da concessão] ou a outros princípios e processos obrigatórios [...] inclusive de escolha impessoal da concessionária*”. **Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**¹³⁵, para quem “*a possibilidade de remodelação da execução do serviço é conveniente e importante para o sucesso da concessão*”, notadamente “*em Setor onde a evolução tecnológica ao longo do tempo de vigência do contrato pode trazer novos desafios, muitas vezes imprevisíveis no momento da contratação*” (os autores têm em vista o Setor de Telecomunicações), razão pela qual a “*dogmática*” tradicional deve sofrer “*adaptação*”, passando a admitir a “*possibilidade de alteração*” das “*regras da concessão no contrato*” por ocasião da prorrogação, desde que tal alteração: (i) seja necessária à satisfação do “*interesse público*”; e (ii) não modifique o “*objeto da concessão (passar, por exemplo, de STFC para móvel)*”. **Floriano de Azevedo Marques Neto**¹³⁶, para quem a prorrogação pode ser realizada com a alteração do conteúdo do contrato de concessão, desde que tal alteração não configure uma “*novação completa da concessão*” nem a “*ampliação do seu objeto*”, pois isso feriria “*o dever de preceder a concessão de certame licitatório*”. **Egon Bockmann Moreira**¹³⁷, para quem o prolongamento de prazo pode ser realizado “*com as adaptações que deem causa ou resultem da prorrogação*”; “[*m*]as a ampliação do prazo não pode implicar outro contrato, que desrespeite o objeto e o conteúdo do contrato original”. E **Luiz Antonio Rolim**¹³⁸, para quem, “[*o*]correndo prorrogação de um contrato de concessão, nele poderão ser inseridas alterações, desde que não modifiquem, substancialmente, o contrato inicial ou seu objeto”.

¹³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 60.

¹³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004. p. 222-225.

¹³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 168-169. Cf., ainda: Idem. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Florian de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 912-914.

¹³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132. Cf., ainda: Idem. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015. p. 917.

¹³⁸ ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo...* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 239.

Neste momento, é preciso destacar que a possibilidade de alteração do conteúdo dos contratos de concessão por ocasião da prorrogação por interesse público não é infinita, encontrando limite precisamente no princípio da isonomia e no instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta. Assim sendo, tal alteração não pode alcançar, a nosso sentir, o objeto original do ajuste – ou seja, o serviço público concedido¹³⁹. Exemplificamos.

Conforme visto acima, a Lei 13.448/17, art. 3.º; 6.º; 22; e 25, *caput* e § 2.º, II, estabelece que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário pode ser condicionada à incorporação de “*novas tecnologias e serviços*” nos contratos prorrogados. Todavia, essa incorporação não pode alterar o objeto original dos referidos ajustes, sob pena de violação do princípio da isonomia e do instituto jurídico da licitação pública. Por isso, a partir de uma interpretação conforme à Constituição¹⁴⁰ das regras jurídicas supracitadas, entendemos que “*serviços principais*” não podem ser incorporados aos contratos de concessão do serviço público ferroviário por ocasião da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) desses ajustes, mas, apenas, “*serviços acessórios*”. Em termos mais concretos: por ocasião da prorrogação por interesse público, o serviço de transporte ferroviário (serviço principal) não pode ser incorporado a um contrato de concessão do serviço público ferroviário cujo objeto original seja, apenas e tão somente, a administração da infraestrutura ferroviária (manutenção, operação e exploração comercial dessa infraestrutura¹⁴¹); mas os serviços de condução, manobra, pesagem, abastecimento e reparo de veículos ferroviários de terceiros (serviços acessórios) podem sê-lo – incorporações efetuadas, sempre, com vistas a satisfazer o interesse público.

De fato, debruçando-se sobre situação semelhante no âmbito do Setor Elétrico, **Francisco Campos**¹⁴² chegou à igual conclusão em parecer jurídico. Com efeito, o autor afirma que “*a obrigação de renovar o contrato com a mesma concessionária não pode, à vontade do*

¹³⁹ A propósito, **João Pacheco de Amorim** ensina que, por ocasião da prorrogação, “*a Administração pode alterar as obrigações do cocontratante no que respeita à sua quantidade, modelo, qualidade, condições técnicas e jurídicas de execução, mas não lhe pode ordenar que passe a prestar uma atividade diferente daquela a que se comprometera*” (AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 70.).

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 517-524.

¹⁴¹ CASTILLO, María Isabel Rivas. *Régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias*. 1. ed. Sevilla: IAAP, 2007. p. 191-201.

¹⁴² CAMPOS, Francisco. Concessão de serviço público... In: CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 239-240.

Município, envolver, apenas, uma parte do serviço, ou seja, a distribuição de energia elétrica”, devendo, “ao contrário, exercer-se em toda a plenitude ou sobre todo o objeto do contrato, compreendidos, portanto, não somente a distribuição de energia elétrica, como o fornecimento da corrente de alta tensão [leia-se: a geração de energia elétrica]”; e acrescenta: “Não é lícito à Municipalidade desmembrar o serviço concedido, para outorgar, novamente, à mesma concessionária, tão somente, uma parte dele”, pois isso significa, “evidentemente, quebrar a unidade do serviço que havia sido objeto da primitiva concessão”.

Por fim, vale ressaltar que, no julgamento do RMS 24.118/PR, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a “nulidade” de “termo aditivo” de prorrogação que “não representou simples prorrogação do prazo contratual”, mas, sim, “novo contrato”, visto que produziu alteração “substancial” no conteúdo do contrato administrativo, tendo estabelecido “condições novas e inéditas” que “não guardavam nenhuma relação de dependência com o processo licitatório original”, ou melhor, “com o objeto do edital original”; em suma: tratou-se de “novo contrato, não derivado da licitação primitiva”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Teori Zavascki; *verbis*:

3. [...] O fundamento decisivo para o reconhecimento da **nulidade** é, no meu entender, o que diz com a natureza do **termo aditivo** firmado: muito **mais que renovar ou prorrogar o prazo do contrato primitivo, ele operou uma inovação muito mais substancial na situação jurídica**. Tecnicamente, **o aditivo representou uma novação contratual**, que, celebrada à base de **condições novas e inéditas**, fruto de negociação entre as partes, já **não guardava nenhuma relação de dependência com o processo licitatório original** e nem era compatível com os preceitos normativos, constitucionais e infraconstitucionais, que condicionam a validade de atos dessa natureza à observância de prévio processo licitatório. Com efeito, veja-se.

[...]

6. **Em suma: o Termo Aditivo (a) não representou simples prorrogação de prazo contratual; (b) não guardou qualquer vínculo de dependência ou de relação com o objeto do edital original e (c) [...]. Assim, por se tratar de novo contrato, não derivado da licitação primitiva**, sua celebração dependia de prévio processo licitatório, no âmbito do qual é que seria possível avaliar, mediante competição, se a contraprestação pelo objeto contratual oferecido pelo Estado (exclusividade na manutenção das suas contas) foi, ou não, a mais vantajosa para o interesse público. A falta de licitação constitui, por si só, causa de nulidade do Aditivo. (STJ, RMS 24.118/PR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Teori Albino Zavascki, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008) (grifo nosso)

De outra parte, no julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que a prorrogação configura uma “*repactuação*” dos contratos de concessão, podendo

ser realizada com a alteração de outras “*cláusulas contratuais*”, além daquela relativa ao prazo de vigência desses ajustes, desde que tais “*alterações*” não sejam “*de tal monta que acabem por transfigurar os contratos originais, configurando, assim, burla à licitação*”. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200-35/15-Plenário; *verbis*:

52. Convém, então, discorrer sobre os **principais riscos envolvidos na antecipação das prorrogações dos arrendamentos portuários em vigor**. Tendo em vista a evolução do marco regulatório no sentido de privilegiar a eficiência das operações portuárias, é de se esperar que os contratos de arrendamento portuário cuja prorrogação ora se discute sejam distintos do que os que virão a ser celebrados após a promulgação da nova lei e a edição de sua regulamentação. Há, em tese, o risco de que **a repactuação desses contratos**, para compatibilizá-los aos novos regramentos, **implique alterações de tal monta que acabem por transfigurar os contratos originais, configurando, assim, burla à licitação**. (grifo nosso)

Em síntese: entendemos que, tanto a renovação, quanto a prorrogação por interesse público, podem ser realizadas com a alteração do conteúdo do contrato de concessão de serviço público, respeitado, porém, sempre, mas apenas, o objeto original do ajuste^{143e144}.

¹⁴³ Ao distinguir as cláusulas regulamentares ou econômicas dos contratos de concessão de serviço público, **Letícia Queiroz de Andrade** ensina que a cláusula contratual relativa ao objeto da concessão tem natureza jurídica de cláusula regulamentar, pelo que ela pode ser alterada, unilateralmente, pelo Poder Concedente, desde que o objeto original da outorga não seja completamente desnaturado – o que significa dizer: desde que não seja possível estruturar uma concessão de serviço público independente com o mesmo objeto da alteração contratual; nas palavras da autora: “*parece-nos que um bom critério para aquilatar a validade de tais modificações é a viabilidade técnica e econômica de ser aberta outra licitação para outorga de concessão que tivesse por objeto a execução das modificações desejadas*” (ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 114-115.). Aplicando essa lição ao instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, nós podemos concluir que, para a autora, o objeto original da outorga pode ser amplamente alterado por ocasião do prolongamento de prazo, contanto que não haja “*viabilidade técnica e econômica*” de estruturação de uma concessão do serviço público independente com o mesmo objeto da alteração contratual. Retomando nosso exemplo do serviço público ferroviário supracitado, o serviço de transporte ferroviário poderia ser incorporado a uma concessão do serviço público cujo objeto original fosse, apenas, a administração da infraestrutura ferroviária, desde que não fosse viável estruturar uma outorga independente com o mesmo objeto da alteração contratual. Nesse sentido, sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, a nosso sentir, o limite estabelecido por ela aplica-se, perfeitamente, mas tão somente, à prorrogação por reequilíbrio (mais especificamente, àquela motivada pelo exercício do *ius variandi* do Estado), mas não à prorrogação por interesse público. De fato, não nos parece que, no último ano de uma concessão de serviço público de 30 (trinta) anos, o Poder Concedente possa impor, unilateralmente, a uma concessionária, uma alteração contratual que dê causa a uma prorrogação por reequilíbrio pelo prazo de outros 30 (trinta) anos, pena de burla ao instituto jurídico da licitação pública. Nada obstante, a mesma alteração contratual afigura-se-nos plenamente possível no âmbito de uma prorrogação por interesse público, porque e precisamente porque tal espécie de prorrogação está sujeita a pressupostos muito mais estritos que a prorrogação por reequilíbrio, como veremos, mais detalhadamente, na seção 10 abaixo – *exempli gratia*: a autorização legislativa, a previsão no edital de licitação e o consenso entre as partes.

¹⁴⁴ **Lucas Navarro Prado e Luis Felipe Valerim Pinheiro** distinguem os institutos jurídicos da prorrogação e da renovação com base em outro critério; a saber: a extensão do prolongamento de prazo. Nesse sentido, a prorrogação seria “*a extensão do prazo da concessão por período inferior ao originalmente estabelecido*”; e

3 Conceito

A essa altura, já nos sentimos aptos a apresentar nosso próprio conceito do instituto jurídico da prorrogação por interesse público, o qual, acreditamos, está de acordo com a Constituição da República; a saber: *prorrogação por interesse público é o prolongamento do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público em geral – exceto dos contratos de concessão do serviço público de radiodifusão, realizado, exclusivamente, pelo Poder Executivo, 1 (uma) única vez, pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste, desde que presentes os pressupostos específicos da medida e a concessionária aceite/cumpra determinadas condições caracterizadoras da vantagem da prorrogação vis-à-vis as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade.*

Neste momento, vale citar, a título de exemplo, alguns conceitos de prorrogação por interesse público apresentados pela doutrina. Nesse sentido, **Caio Tácito**¹⁴⁵ ensina que a prorrogação é “*a dilação no tempo de um nexo anterior*”. **Adilson Abreu Dallari**¹⁴⁶ leciona que a prorrogação é “*a possibilidade de – após o término do prazo contratualmente estabelecido, mediante um novo ajuste – assegurar-se a continuidade da prestação do mesmo serviço, pelo mesmo concessionário, por um novo prazo determinado*”. **Cármem Lúcia Antunes Rocha**¹⁴⁷ expõe que “[a] prorrogação é, assim, a continuidade permitida da vigência da concessão, após o período inicialmente combinado”. **Jacinto Arruda Câmara**¹⁴⁸ explica que a prorrogação é a “*ampliação voluntária e discricionária do vínculo*” – “*nos termos fixados no próprio contrato*”. **Florianio de Azevedo Marques Neto**¹⁴⁹ esclarece que a

a renovação, tal extensão por “*igual período ao originalmente estabelecido*”. Contudo, os próprios autores reconhecem que essa distinção não encontra fundamento em nenhuma “*definição legal*” (PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 413.).

¹⁴⁵ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1318. Idem. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1289.

¹⁴⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 83-84.

¹⁴⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

¹⁴⁸ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 348-349.

“[p]rorrogação é a previsão de um novo prazo de concessão que projeta o plexo de direitos e obrigações subjacentes a ela para um novo período, igual ou inferior ao inicial”. **Luiz Antonio Rolim**¹⁵⁰ ensina que a prorrogação “[é] a continuidade da vigência da concessão mesmo depois do prazo originalmente fixado [...] desde que presente relevante interesse público”. **Rafael Munhoz de Mello**¹⁵¹ leciona que “[e]ntende-se por prorrogação a ampliação do prazo de duração do contrato de concessão, que tem sua vigência estendida para além do termo inicialmente fixado” – “sendo possível imaginar situações em que a prorrogação do prazo de vigência do contrato venha acompanhada de alguma outra alteração no ajuste”. **Massimo Severo Giannini**¹⁵² expõe que a “proroga” “è un atto modificativo della durata del rapporto (se ne muta il termine)”. **Jaime F. Rodriguez-Arana**¹⁵³ explica que “la prórroga de los contratos administrativos es un acuerdo administrativo de ampliación del plazo contractual, decretado por la Administración, cuando concurren una serie de requisitos, y orientado, siempre, hacia la satisfacción del interés público”. E **Pedro Gonçalves**¹⁵⁴ esclarece que “[a] prorrogação do contrato de concessão consiste no prolongamento da sua vigência, que determina o protelamento do termo da concessão”.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167. Cf., ainda: Idem. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 913.

¹⁵⁰ ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo...* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 238.

¹⁵¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 210.

¹⁵² GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. v. 2, 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. p. 283.

¹⁵³ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos...* 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 40.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos...* 1. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 328.

4 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial

Apresentado o conceito de prorrogação por interesse público, cumpre destacar, agora, que tal espécie de prorrogação recebe o apoio de boa parte da doutrina e da jurisprudência, que a considera uma medida administrativa legítima. Senão vejamos.

4.1 Posicionamento doutrinário

No âmbito doutrinário, diversos doutrinadores de escol reconhecem, aqui e alhures, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente.

4.1.1 DOCTRINA ESTRANGEIRA

Na França, **André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Devolvé**¹⁵⁵ ensinam que, “*dans les contrats à durée déterminée, l’accomplissement de cette durée mettait fin au contrat et éteignait les obligations des parties*”. Nada obstante, “[l]a concession, comme l’affermage, peut être renouvelée ou sa durée peut être prolongée au-delà du terme initialement prévu” por meio “*d’un nouvel accord des parties sous la forme d’un avenant*” – devendo a manifestação de vontade do Poder Concedente “*émaner des autorités qualifiées por conclure le contrat*”. Por fim, os autores acrescentam que “[l]e renouvellement ou la prorogation peuvent être décidés en cours d’exécution du contrat [prorrogação antecipada] ou au moment de son expiration [prorrogação comum]”; *verbis*:

¹⁵⁵ LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. v. 2, 1^{re} éd. Paris: LGDJ, 1983. p. 635-638 e 685-687. Cf., ainda: COLSON, Clément. *Cours d’économie politique...* v. 6, 2^e éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. p. 419.; JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo...* Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 317-319.; BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 13^e éd. Paris: A. Rousseau, 1933. p. 718.; ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 6^e éd. Paris: Dalloz, 1937. p. 107.; MALÉZIEUX, Raymond. *Manuel de Droit Administratif*. 1^{re} éd. Paris: Cujas, 1954. p. 177-178.; WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6^e éd. Paris: Sirey, 1950. p. 381.; Idem. *Droit Administratif*. 8^e éd. Paris: Sirey, 1958. p. 587.; RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 13^e éd. Paris: Dalloz, 1990. p. 591-592.; RICHER, Laurent. *Les contrats administratifs*. 1^{re} éd. Paris: Dalloz, 1991. p. 95-98.; Idem. *Droit des contrats administratifs*. 10^e éd. Paris: LGDJ, 2016. p. 248.

1444 – Renouvellement et prorogation de la durée de la concession ou de l’affermage – **La concession, comme l’affermage, peut être renouvelée ou sa durée peut être prolongée au-delà du terme initialement prévu.**

[...]

Le renouvellement ou la prorogation peuvent être décidé en cours d’exécution du contrat ou au moment de son expiration. Ils résultent, alors, d’un **nouvel accord des parties sous la forme d’un avenant.** Naturellement, l’intention de renouveler ou de proroger le contrat doit avoir été formellement exprimée par les parties et, en ce qui concerne l’Administration, émaner des **autorités qualifiées pour conclure le contrat.** (grifo nosso)

Na Itália, **Arturo Lentini**¹⁵⁶ leciona que a “*concessione di pubblici servizi*” é o “*contratto di diritto pubblico*” por meio do qual o Poder Concedente “*trasmette ad un’impresa privata la esecuzione di un servizio pubblico*” – exemplo: “*illuminazione pubblica, fornitura di acqua potabile, servizio tramviario*” etc.; que a “*concessione-contratto*” extingue-se, normalmente, pela “*scadenza*”, que “*è conseguenza giuridica immediata dello spirare del termine per la cui concessione fu fatta*”; contudo, o Poder Concedente tem a “*facoltà*” de “*rinnovazione*” da concessão, “*sempre che ne persistano i fini e non ostino ragioni di pubblico interesse*”; *verbis*:

13. Ma il **modo normale** con cui le concessioni [de fornecimento de água potável] si estinguono, è quello proprio di tutte le concessioni, e, cioè, la **scadenza**. [...]

La cessata legislazione aveva ammesso l'**istituto dell'insistenza**, che costituiva **un diritto alla rinnovazione della concessione. Questo diritto, nel pubblico interesse, è stato ora trasformato in una facoltà per la P.A.** Le concessioni grandi o piccole vengono rinnovate, **sempre che ne persistano i fini e non ostino ragioni di pubblico interesse**, e salvo quelle modificazioni che il decorso del tempo e l'avvenuto uso della concessione possono consigliare nel pubblico interesse. (grifo nosso)

Na Espanha, **Jaime F. Rodriguez-Arana**¹⁵⁷ expõe que a “*prórroga*” dos contratos de concessão de serviço público é autorizada, expressamente, pela “*Ley de Contratos de Estado*”

¹⁵⁶ LENTINI, Arturo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. v. 1, 1. ed. Milão: Editrice, 1939. p. 189, 214 e 597-606. Cf., ainda: ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Amministrativo*... 3. ed. Padova: CEDAM, 1937. p. 240 e 286.; ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Traducción por Héctor Masnatta y actualizada por Francisco Humberto Picone. v. 1, 1. ed. Buenos Aires: Arayú, 1954. p. 382-383.; VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*. v. 1, 4. ed. Torino: Torinese, 1954. p. 435-436.; BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni*... 1. ed. Milão: Giuffrè, 1974. p. 216-220.; RENZO, Francesco di. *I contratti della Pubblica Amministrazione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1975. p. 23-24.; GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1981. p. 300-302.; Idem. *Diritto Amministrativo*. v. 2, 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. p. 282-284.; IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. 1. ed. reimp. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 608-613.; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il provvedimento. In: CASSESE, Sabino (Coord.). *Tratato di Diritto Amministrativo: Diritto Amministrativo generale*. v. 1, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2003. p. 930-933.

¹⁵⁷ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos*... 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. passim. Cf., ainda: ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. 1.

(“LCE”), classificando-se em “*prórroga excepcional*”, “*correctora*” e “*normal*”: a primeira realizada para garantir a “*continuidad de los servicios públicos*”; a segunda, para restaurar o “*equilibrio financiero*” da concessão; e a terceira, para satisfazer o “*interés público*”, em situações variadas. Por fim, especificamente em relação à “*prórroga normal*” (que nós chamamos de prorrogação por interesse público), o autor acrescenta que o Poder Concedente decide sobre a matéria com “*amplio margen de discrecionalidad*”, podendo realizá-la – respeitado o “*tope legal*” (leia-se: o prazo máximo previsto em lei), desde que: (i) “*así lo aconseje la realización del interés público*”; e (ii) “*hasta ese momento, pueda afirmarse que ha existido una buena marcha en la ejecución del contrato*”. Mas adverte: tal prorrogação não pode constituir uma “*novación en sentido estricto*” do contrato de concessão, o que “*no es posible en Derecho Administrativo, porque daría lugar a abrir una nueva licitación*”; *verbis*:

En primer lugar, **la prórroga, por constituir una excepción** al principio del *contractus lex* y, sobre todo, **al principio de publicidad y concurrencia, sólo es aceptable, cuando venga exigida por razones fundadas en el interés del servicio**, y lo exija la continuidad del mismo, por la concurrencia de circunstancias imprevisibles o **por la urgencia de una remodelación de aquél u otras razones similares**. (grifo nosso)

Em Portugal, **Lino Torgal**¹⁵⁸ afirma, primeiro, a partir de referências normativas portuguesas e europeias, que “*parece seguro assentar na proposição segundo a qual a prorrogação do prazo de duração dos contratos de concessão [...] é uma vicissitude juridicamente possível, conquanto limitada*”. Em seguida, o autor assevera que, “*atendendo à respectiva causa*”, podem ser distinguidas “*duas espécies diferentes de alongamento do prazo de vigência de concessões*”: (i) a “*prorrogação correctora*” (que nós chamamos de prorrogação por reequilíbrio); e (ii) a “*prorrogação premial*” (que designamos de prorrogação por interesse público). Por fim, ele acrescenta especificamente em relação à prorrogação premial que: (i) ela está prevista no “*Código dos Contratos Públicos*” (“*CCP*”), “*artigo*

ed. Madrid: Aguilar, 1960. p. 642-645.; FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 2, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. p. 365-366.; PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. v. 1, 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 369-375.; MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo...* 5. ed. Madrid: Tecnos, 2009. p. 578 e 583-584.

¹⁵⁸ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. passim. Cf., ainda: CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. 2, 10. ed. 7. reimp. rev. e actual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1141.; AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002. cap. 9. p. 544-545.; GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos...* 1. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 326-329.; AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 25.

410.º”, “n.º 2”; (ii) visa à “*prossecução do interesse público*”; e (iii) pode ser realizada, desde que: (a) a outorga tenha sido antecedida de “*procedimento concorrencial*”; (b) haja “*habilitação contratual*” – pois “*a prorrogação premial do prazo, sem correspondência em disposição pré-contratual (previamente disponibilizada) e contratual, equivaleria a ‘burlar o princípio da licitação’*”; (c) exista “*um histórico positivo de cumprimento de obrigações legais e contratuais pelo concessionário*”, pelo que o prolongamento de prazo não terá lugar, “*quando haja, nesse histórico, sinais claros e impressivos de incumprimento (ou de cumprimento deficiente) do contrato*”; (d) “*se verifique um conjunto de circunstâncias excepcionais, em determinado sector de actividade, que deponha, credivelmente, no sentido de ser mais vantajoso – económico-financeiramente e/ou socialmente – que a Administração estenda o prazo da concessão, em vez de reassumir directamente a actividade em causa ou de promover a organização de um novo procedimento concorrencial, dirigido à celebração de um novo contrato*”; e (e) exista um “*acordo de vontades entre concedente e concessionário – modificativo do acordo originário quanto ao respectivo prazo de validade – formado nos termos contratualmente previstos*” – ou seja, “*não são admissíveis prorrogações forçadas do prazo do contrato por acto unilateral do Concedente*”; *verbis*:

6. [...] Antecipando a resposta, **parece-nos que haverá que distinguir, atendendo à respectiva causa, duas espécies diferentes de alongamento do prazo de vigência de concessões.**

7. A prática contratual evidencia que, por vezes, no seguimento de uma manifestação de vontade do concessionário **em momento próximo do termo do contrato**, a Administração se declara favorável ao desenvolvimento, **por um período suplementar limitado**, das actividades concedidas.

Consensualiza-se, desse modo, a modificação (ampliativa) do prazo de validade contratual primitivamente estipulado, formalizando-se tal alteração [...] mediante a redução a escrito de um termo de acordo assinado pelos contraentes.

A declaração negocial da Administração que integra este acordo envolve, tipicamente, uma ponderação autónoma acerca da existência, ou não, de interesse em permitir ao concessionário o exercício dos direitos outorgados pelo contrato por um período de tempo adicional. **O juízo administrativo resultante de uma tal ponderação só será positivo, se se verificar, desde logo, que a actuação pretérita do co-contratante justifica um renovado voto de confiança e, sobretudo, se se estimar que, tudo ponderado, essa solução prossegue, mais cabalmente, o interesse público do que as alternativas de exercício pela Administração das actividades em causa ou de abertura de um procedimento concorrencial visando à escolha de uma nova proposta para o efeito.**

Na hipótese mencionada, portanto, **a Administração não se encontrará constituída em qualquer dever contratual de emitir uma declaração de prorrogação da relação contratual além do prazo originário**, mas, apenas, de ponderar, autonomamente, se, em face das circunstâncias do caso concreto, se justifica (e em que termos) a produção daquele efeito ampliativo da esfera jurídica do co-contratante.

Ao particular, em contrapartida, assistirá não um direito à prorrogação, mas a mera possibilidade de a requerer, à luz dos pressupostos contratualmente fixados.

É precisamente a este tipo de prorrogações que alude o já citado **n.º 2, do artigo 410.º, do CCP**, o qual faz depender – segundo nos parece – a respectiva ocorrência de **previsão contratual**. Sem essa habilitação expressa, não poderá ser requerida (nem ser aceite) uma tal prorrogação do prazo do contrato.

Por mera comodidade da exposição, **poderemos chamar-lhe prorrogação premial**, expressão que enfatiza o aspecto de essa medida consubstanciar, em parte, uma contrapartida pela execução meritória do contrato pelo concessionário. Reitere-se, contudo, que **tal prorrogação é, ainda (ou melhor, principalmente), consentida por tal ser conforme ao interesse público**.

[...]

A esta situação, de prorrogação do prazo do contrato com fundamento na necessidade de **correção do respectivo desequilíbrio económico-financeiro**, chamaremos, também por comodidade, **prorrogação correctora**. (grifo nosso)

Na Argentina, **Héctor Jorge Escola**¹⁵⁹ explica que a “*forma normal*” de extinção dos contratos de concessão de serviço público é a “*expiración del término de duración en él establecido*”. “*El contrato de concesión, no obstante, puede ser renovado o prorrogado*”, sendo certo que essa renovação ou prorrogação pode ocorrer “*durante la vigencia del contrato y antes de su vencimiento o una vez producido éste*” (respectivamente, a prorrogação antecipada e a prorrogação comum), desde que haja um “*nuevo consentimiento*” (“*expreso*”) das partes nesse sentido. Por fim, o autor acrescenta que a prorrogação por interesse público poderá ser prevista no contrato de concessão “*como un derecho otorgado a una de las partes, generalmente el concesionario*”; *verbis*:

El contrato de concesión, no obstante, **puede ser renovado o prorrogado**, con lo que su duración se extenderá más allá del plazo originalmente previsto. Esa renovación o prórroga puede ser convenida por las partes durante la vigencia del contrato y **antes de su vencimiento, o una vez producido este**, pero, en ambos casos, se requerirá la existencia de un **nuevo consentimiento de las partes**, manifestado en

¹⁵⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos...* v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 140-144. Cf., ainda: Idem. *Compendio de Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 756.; GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. v. 3, 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. p. 221-222.; BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. v. 2, 5 ed. Buenos Aires: Depalma, 1955. p. 271-272 e 293.; DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Omeba, 1965. p. 543-544 e 571.; Ibidem, v. 3, p. 295-296.; FIORINI, Bartolome A. *Derecho Administrativo*. v. 1, 2. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 610.; BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2. ed. actual. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 303.; CENCIO, Jorge A. Silva. La concesión de servicio público. In: PLATE, Luis E. Chase et. al. *Contratos administrativos: contratos especiales*. v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 141.; CANASI, José. *Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 588-589.; GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesión de servicios públicos*. 1. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 134.

ese sentido, que siempre habrá de ser **expreso**, en especial el del órgano administrativo con competencia para celebrar el contrato de concesión de que se trate.

Pero la renovación o la prórroga pueden haber sido previstas por las partes, en el mismo contrato de concesión, y, en ese caso, se habrán de aplicar las cláusulas en que se lo hubiera hecho. En tal supuesto, es frecuente que la renovación o la prórroga estén contempladas como un **derecho** otorgado a una de las partes, generalmente el concesionario, de modo que sólo se requerirá la manifestación de voluntad de esa parte, expresada en tiempo y en la forma que hayan sido estipuladas. (grifo nosso)

No Uruguai, **Enrique Sayagués Laso**¹⁶⁰ esclarece que “[l]a Administración y el concesionario pueden acordar una prórroga de la concesión, salvo que disposiciones legales lo impidan”; de fato, o autor vai além e afirma que, “[s]i existiera opción de prórroga en beneficio del concesionario, basta la declaración de éste para que aquélla opere”; *verbis*:

El vencimiento del plazo constituye el modo normal de extinción de las concesiones de servicio público. El vínculo contractual finaliza su ciclo de vida. En consecuencia, el concesionario cesa en la explotación del servicio, y la Administración reasume su ejercicio, por sí o mediante cualquiera de los otros procedimientos admitidos.

La Administración y el concesionario pueden acordar una prórroga de la concesión, salvo que disposiciones legales lo impidan. Si existiera opción de prórroga en beneficio del concesionario, basta la declaración de éste para que aquélla opere. (grifo nosso)

Por fim, no México, **Luis José Béjar Rivera**¹⁶¹ ensina que, “dentro de los medios normales de extinción de una concesión, encontramos el cumplimiento del plazo (cuando el concesionario decida no solicitar su renovación)”; e acrescenta: “siempre y cuando no se hayan violentado las condiciones bajo las cuales se obtuvo la concesión, y la autoridad administrativa, en razón de oportunidad no haya determinado su terminación, no hay razón para que jurídicamente sea válido negar la renovación de la concesión”. No Chile, **Ariel Gonzales Vergara**¹⁶² leciona que a concessão de serviço público se extingue, normalmente, pelo vencimiento do prazo; todavia, “[n]o existiendo prohibición expresa en la ley, puede ser procedente la prórroga de la concesión, la que podrá ser acordada en aquellos casos en que la Administración no se encuentre en condiciones de atender, directamente, el servicio concedido, y siempre, por cierto, que ella se efectúe antes de expirado el plazo de concesión”.

¹⁶⁰ LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1, 4. ed. Montevidéo: [s.n.], 1974. p. 76-77 e 574.

¹⁶¹ RIVERA, Luis José Béjar. La concesión en México. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno. *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. 1. ed. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 32-33.

¹⁶² VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. 1. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965. p. 90-91.

Na Colômbia, **Pedro Antonio Lamprea Rodríguez**¹⁶³ expõe que os contratos administrativos – dentre eles, os de concessão de serviço público – admitem “*prórroga*”, sendo certo que “[c]ualquier ampliación de término [...] requiere la aprobación del organismo directivo de la entidad administrativa” e deve ser formalizada mediante “*contrato adicional*”. E, no Perú, **Dante A. Cervantes Anaya**¹⁶⁴ admite as “*prórrogas de los plazos*” (inclusive, as “*prórrogas sucesivas*”), observadas “*las condiciones del contrato*”.

4.1.2 DOCTRINA NACIONAL

No Brasil, a prorrogação por interesse público também recebe o apoio da doutrina, que a considera compatível com a Constituição da República.

Com efeito, **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹⁶⁵ ensina que os contratos de concessão de serviço público podem ser prorrogados “*tendo em vista a sustentação do equilíbrio econômico-financeiro da relação*” ou “*por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo*”, neste caso, desde que haja: (i) “*previsão legal autorizadora*”; (ii) “*possibilidade [...] acolhida no edital*”; (iii) “*bom desempenho do concessionário*”; e (iv) “*interesse de ambos na continuidade daquele vínculo*”; *verbis*:

Cumpre, desde logo, notar que **são situações claramente distintas as de prorrogações contratuais efetuadas por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo (diante, sobretudo, do bom desempenho do concessionário e do interesse de ambos na continuidade daquele vínculo)**, das que sejam efetuadas tendo em vista a sustentação do equilíbrio econômico-financeiro da relação. Na primeira hipótese, nada há, do ponto de vista jurídico, que incite o Estado à prorrogação. Questões de conveniência que o atraiam para tanto não se confundem com reclamos jurídicos que o levem a dilatar o período contratualmente previsto e estipulado. Assim, **para as prorrogações suscitadas por mero interesse administrativo em dilatar o prazo da concessão para além de seu termo normal, é óbvio que seria necessária previsão legal autorizadora**. A ser de outro modo, a Administração estaria agindo por fora das balizas normativas e, ademais, incorrendo em burla ao princípio da licitação, **já que outros, se soubessem antecipadamente de tal possibilidade aberta pela lei e acolhida no edital, poderiam ter ocorrido ao certame ou, os que acorreram, poderiam ter feito oferta distinta da que fizeram**. (grifo nosso)

¹⁶³ RODRÍGUEZ, Pedro Antonio Lamprea. *Contratos administrativos...* 1. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Jurídica, 1979. p. 91 e 300.

¹⁶⁴ ANAYA, Dante A. Cervantes. *Manual de Derecho Administrativo*. 7. ed. Lima: Rodhas, 2016. p. 336.

¹⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 57. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 685.

Hely Lopes Meirelles¹⁶⁶ leciona que a prorrogação dos contratos administrativos – dentre eles, os contratos de concessão de serviço público – “*é admitida em nosso direito*”, desde que: (i) haja “*expressa previsão*” no edital de licitação – a qual “*é necessária à correta formulação das propostas*”; (ii) exista “*interesse para o serviço público*”; e (iii) haja “*concordância das partes*”; *verbis*:

5. Prorrogação do contrato é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratante e nas mesmas condições anteriores. **Essa extensão do prazo de vigência do ajuste é admitida em nosso direito, dependendo, para que se efetive, de expressa previsão, concordância das partes e existência de interesse para o serviço público.** Obedecidos esses requisitos, a prorrogação do contrato, que não se confunde com a prorrogação dos prazos contratuais em razão de incidente na execução, a exclusivo critério da Administração [...] dispensa nova licitação, porque pressupõe o mesmo contratante e as mesmas condições do contrato original. (grifo nosso)

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁶⁷ expõe que as prorrogações das concessões de serviço público podem ser realizadas “*para amortização dos investimentos*” ou “*para atender ao interesse público*”, neste caso, desde que: (i) estejam previstas “*no edital e no contrato*”; (ii) observem “*os critérios e as condições em que a prorrogação será possível*”; e (iii) sejam “*devidamente motivadas pelo Poder Concedente*”; *verbis*:

Quanto à **prorrogação do contrato**, ela é possível, desde que prevista no edital e no contrato, ainda que a Lei n.º 8.987 só contenha a menção a essa exigência no art. 23, inciso XII, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão. [...] **Nesse instrumento é que a Administração deverá estabelecer os critérios e as condições em que a prorrogação será possível.**

[...] Como os prazos das concessões são, em regra, bastante longos, **a prorrogação somente se justifica** em situações excepcionais, **para atender ao interesse público devidamente justificado** ou mesmo na hipótese em que o prazo originariamente estabelecido se revele insuficiente **para amortização dos investimentos.** [...]

[...]

À parte a questão da inconstitucionalidade, há que se observar que, **embora a lei esteja autorizando as prorrogações, as mesmas somente serão válidas, se, além de obedecerem aos requisitos estabelecidos em lei, forem devidamente motivadas pelo Poder Concedente.** (grifo nosso)

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47-48. Cf., ainda: *Ibidem*, v. 1, 1971, p. 81.; *Ibidem*, v. 8, 1984, p. 207 e 210-211.; *Ibidem*, v. 10, 1988, p. 153-154 e 160-161.; *Idem*. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 218-219.; *Idem*. *Licitação e contrato administrativo...* Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 226-228.

¹⁶⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública...* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115-117 e 172. Cf., ainda: *Idem*. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 246.; *Idem*. *Direito Administrativo: pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 280-281.

Jacinto Arruda Câmara¹⁶⁸ distingue os institutos jurídicos da “*extensão de prazo*” (“*forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão*”) e da “*prorrogação em si*” (que chamamos de prorrogação por interesse público). E, com relação a esta última, o autor explica que: (i) seu fundamento reside na “*CF, art. 175, parágrafo único, I*”; (ii) ela “[*d*]estina-se a manter o serviço público em mãos de quem tenha demonstrado capacidade e idoneidade para dele cuidar, evitando os riscos de uma transição desastrosa para um novo prestador”, pelo que “[*s*]ua justificativa [...] é o interesse público”; (iii) “é medida consensual”, ocorrendo “com base na pura e simples conveniência das partes” – embora o contrato de concessão possa prever que, satisfeitas certas condições, a prorrogação é um “direito” da concessionária, e não uma “mera expectativa de direito”; (iv) é realizada pelo “período predefinido contratualmente”; e (v) precisa estar prevista “previamente no contrato e no edital”; *verbis*:

Situação distinta da **prorrogação em si** – aqui, tomada como hipótese de **extensão do prazo contratual por igual período, nos termos fixados no próprio contrato** – é a do aumento de prazo como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

[...]

A diferença entre as **formas de ampliação do prazo** pode ser assim explicada:

[...]

A prorrogação ou renovação da concessão é medida consensual, aceita pelo Estado com base em poder discricionário que lhe é conferido constitucionalmente (CF, art. 175, parágrafo único, I). Destina-se a manter o serviço público em mãos de quem tenha demonstrado capacidade e idoneidade para dele cuidar, evitando os riscos de uma transição desastrosa para um novo prestador. Sua justificativa é, portanto, o interesse público, não o direito de o concessionário completar a amortização do capital investido. Embora se devam respeitar os termos e condições oriundos da licitação e do contrato original, a prorrogação é quase um contrato derivado, com relativa autonomia. (grifo nosso)

¹⁶⁸ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346-349. Cf., ainda: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013. p. 61-71.; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 43-44.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁶⁹ diferencia as figuras da “*extensão do prazo*” (“*para fins de reequilíbrio*”), da “*devolução do prazo*” (“*diante de situações que tenham impedido a regular fluência do prazo inicial*”) e da “*prorrogação do prazo*” (que nós denominamos de prorrogação por interesse público). E, no que tange a esta última figura, esclarece que ela é realizada com base em “*juízo meramente discricionário*” do Poder Concedente (conquanto, “[s]e o contrato trazer previsão da possibilidade de prorrogação vinculada ao cumprimento de certas condições [...] satisfeitas essas condições [...] o concessionário terá adquirido o direito à prorrogação”), por prazo “*igual ou inferior ao inicial*”, mas, não, por prazo superior ou indeterminado nem por períodos sucessivos (o que equivaleria ao “*trespasse definitivo*” do serviço público), desde que: (i) esteja “*prevista no pacto original*”; (ii) haja interesse público na medida; e (iii) “*coincida com uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial*” (porquanto “[e]la é, em si, um fator de desequilíbrio contratual”), o que pode ser feito, por exemplo, “*incluindo-se novos aportes, incrementando obrigações ou exigindo contrapartidas*”; *verbis*:

33. A necessidade de definição de prazo para vigência da concessão nos remete ao tema da prorrogação do prazo concessório. Diga-se, desde logo, que **a prorrogação não se confunde com a extensão do prazo para fins de reequilíbrio, nem com a devolução do prazo de delegação diante de situações que tenham impedido a regular fluência do prazo inicial.**

33.1 Prorrogação é a previsão de um novo prazo de concessão que projeta o plexo de direitos e obrigações subjacentes a ela para um novo período, igual ou inferior ao inicial. Ela é, em si, um fator de desequilíbrio contratual, e não de reequilíbrio. Explico. A presunção subjacente à concessão é que o particular satisfaça sua perspectiva de ganho explorando o objeto concedido pelo prazo originalmente pactuado. Circunstâncias alheias a seu plexo de responsabilidades e de riscos que não permitem essa satisfação no prazo original colocam o tema da recomposição do balanço inicial. Presumindo, porém, que a exploração se deu de modo suficiente a atingir a perspectiva original do particular, **a prorrogação traz para ele a possibilidade de prosseguimento na exploração da utilidade concedida, o que certamente acarreta a necessidade de novos dispêndios** (custos operacionais, custos de reposição, custos de formação de excedentes para atendimento de demanda acrescida), **mas também o alargamento do seu potencial de ganhos. Daí ser adequado que a prorrogação coincida com uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, incluindo-se novos aportes, incrementando obrigações ou exigindo contrapartidas. Isso, insisto, não autoriza a novação completa da concessão ou a ampliação do seu objeto** e deve vir, desde o início, com suas premissas e procedimentos delimitados no contrato que dá ensejo à concessão.

¹⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-171. Cf., ainda: Idem. Aspectos regulatórios a serem considerados... In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Serviços públicos e poder de polícia*. v. 5, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 852-853.; Idem. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 907-908 e 914.

[...]

A prorrogação não desafia o caráter necessariamente aprazado da concessão, contanto que seja prevista desde o pacto inicial (previsão contratual) e seja limitada. Tampouco pode ser considerada obrigatória para toda concessão. [...] Se o contrato trazer previsão da possibilidade de prorrogação vinculada ao cumprimento de certas condições e à observância de determinados procedimentos, temos que, satisfeitas essas condições e atendidos os procedimentos da prorrogação, o concessionário terá adquirido o direito à prorrogação. [...] Ou seja, se o contrato contiver cláusula de prorrogação, descabe falar em juízo meramente discricionário do Poder Concedente em ampliar, ou não, o prazo inicial.

[...]

De outro bordo, **parece-me incompatível com o instituto da concessão a prorrogação ilimitada do seu prazo de vigência.** [...] Caso contrário, novamente, **tem-se o trespassse, em definitivo, da atribuição de disponibilizar a utilidade e do direito de explorá-la.** [...] Por essa razão, **defendo que a prorrogação (i) deve star prevista no pacto original e (ii) não pode ser indeterminada e nem se repetir indefinidamente, devendo, preferentemente, ocorrer uma única vez ou até o limite do prazo original da concessão.** (grifo nosso)

Alexandre Santos de Aragão¹⁷⁰ afirma que a prorrogação pode ser realizada para a *“recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”* da concessão ou por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente – inclusive, com a alteração do conteúdo do contrato de concessão (Exemplo: o *“pagamento de eventual nova outorga”*, a redução do *“valor da tarifa”* e/ou a inclusão de *“novos investimentos”*), neste caso, desde que: (i) a possibilidade de prorrogação esteja prevista no *“contrato originário”*; (ii) *“a prorrogação seja mais vantajosa do que a abertura de uma nova licitação”*; e (iii) sejam satisfeitas *“as condições em que a prorrogação poderá ser efetivada”*; *verbis*:

c) A Lei n.º 8.987/95 não fixa prazo máximo para os contratos de concessão, mas eles devem ter prazos determinados, sendo inconstitucional a sua prorrogação diretamente por lei, e, ainda que feita pela Administração, **exige-se que a prorrogação seja mais vantajosa do que a abertura de uma nova licitação.** [...]

[...]

O que não se admite é uma autorização contratual vazia à prorrogação, uma carta-branca à autoridade administrativa para, no fim do contrato, prorrogá-lo ou não. 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 de eventual nova outorga.

[...]

¹⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 428-430. Cf., ainda: Idem. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 552-555.

O contrato pode, assim, prever, originariamente, o direito da concessionária à prorrogação, desde que fixe critérios objetivos para tanto (p. ex., prorrogação-prêmio em razão de adiantamento de metas, da redução das tarifas etc.).

Também pode haver o direito à prorrogação, se essa for o instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, inclusive para a amortização de bens reversíveis não realizada no prazo ordinário do contrato. (grifo nosso)

Maurício Portugal Ribeiro¹⁷¹ discrimina as categorias jurídicas da “*extensão de prazo*” e da “*prorrogação de prazo*” (que nós designamos, respectivamente, de prorrogação por reequilíbrio e prorrogação por interesse público); e, quanto a esta última, assevera que a prorrogação de prazo “*é ato discricionário*”, podendo ser realizada, desde que o Poder Concedente demonstre, por meio de um “*estudo de custo/benefício*”, “*as vantagens da prorrogação [...] em relação à realização de nova licitação*”; *verbis*:

É importante também notar que existe, ainda, entre nós, confusão entre os regimes da **prorrogação ou prorrogação antecipada de contrato** e a extensão de prazo de contratos para seu reequilíbrio.

A extensão de prazo para reequilíbrio do contrato é forma de compensação pelo Poder Concedente ao concessionário para reparar o desequilíbrio econômico-financeiro aferido no contrato. [...]

[...]

A prorrogação de prazo do contrato é ato discricionário da Administração Pública. Evidentemente que a Administração Pública pode estabelecer nos contratos ou em lei condições para exercício dessa prerrogativa.

[...]

Na MP, exigiu-se a realização de **estudos de viabilidade** para a realização da prorrogação antecipada. Exigiu-se, ademais, que **o órgão competente para definir a prorrogação demonstre as vantagens da prorrogação antecipada em relação à realização de nova licitação**. Por um lado, é importante haver **justificativa** para a decisão de prorrogação. Por outro lado, é preciso entender essa exigência de **justificação** dentro dos limites que a técnica impõe. **Trata-se, a rigor, de um estudo de custo/benefício para o Poder Concedente/usuário, que compara as opções de prorrogar o contrato em curso com a opção de realizar a nova licitação.** (grifo nosso)

¹⁷¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário... Disponível em: <https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017. p. 14-15. Cf., ainda: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP*... 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.

Flavio Amaral Garcia¹⁷² também estabelece a diferença entre a prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro e a prorrogação por razões de conveniência e oportunidade. E, especificamente quanto a esta última, ensina que ela visa a promover o “*interesse público*”, podendo ser realizada pelo “*prazo suficiente*” (ou seja, “*aquele estritamente necessário para assegurar o legítimo direito da contratada na amortização dos seus investimentos e na percepção do lucro justo*”), desde que: (i) a possibilidade de prorrogação esteja prevista, “*expressamente*”, no “*instrumento convocatório da licitação*” e no “*contrato*” de concessão, “*de modo a permitir que todos os operadores econômicos tenham ciência de que, futuramente, o prazo do contrato poderá ser prorrogado*”; (ii) seja atestado o “*cumprimento das obrigações [...] contratuais*” da concessionária, bem assim “*a ausência de infrações consideradas graves ou gravíssimas, que podem impedir a extensão do prazo*”; (iii) a concessionária tenha cumprido todas “*as condições objetivas e subjetivas autorizadoras da prorrogação*”, previstas na lei e no contrato de concessão; (iv) o Poder Concedente considere, a partir de uma “[a]valiação [...] de índole discricionária” (de uma “*ponderação*” de valores), “*estar concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação do prazo, e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública*”; e (v) a decisão sobre a prorrogação seja objeto de “*fundamentação [...] clara, congruente e suficiente*”; *verbis*:

A decisão que prorroga o prazo de um contrato de infraestrutura de longa duração é fruto de uma ponderação realizada pelo gestor, que considera concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação, e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública, o que produz, como consequência imediata, o diferimento quanto à operacionalização do princípio da concorrência.

Não se vislumbra uma prevalência absoluta do princípio da concorrência sobre outros valores ou interesses públicos, mormente quando se trata da prorrogação de prazo em contratos de infraestrutura duradouros, que estruturam projetos de elevado interesse público. Podem entrar em confronto com a concorrência princípios como o da universalização e continuidade do serviço público ou, mesmo, a modicidade tarifária, a justificar que a ponderação se realize a partir das circunstâncias e elementos fáticos, sem uma prévia sobreposição valorativa de um princípio sobre o outro.

O que ora se sustenta é que essa decisão (prorrogação ou realização de nova licitação) submeta-se a uma racionalidade jurídica, que imponha ao ente público e seus gestores a busca da melhor solução segundo os critérios de imparcialidade, proporcionalidade e justiça, desse modo, não podendo formar a sua vontade a partir de voluntarismos subjetivistas que resvalam para o arbítrio. (grifo nosso)

¹⁷² GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 416-426.

Mariana Dall’Agnol Canto e Rafaella Peçanha Guzela¹⁷³ lecionam que a prorrogação dos contratos de concessão pode ser classificada em: (i) “*prorrogação ordinária*”; e (ii) “*prorrogação extraordinária*” (que é “*medida de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*”). E, com relação à prorrogação ordinária (que nós chamamos de prorrogação por interesse público), acrescentam que ela é deferida no exercício de “*competência discricionária*” (portanto, com base em “*juízo de mera conveniência e oportunidade*” do Poder Concedente), respeitada a “*limitação legal ou contratual [...] do período a ser prorrogado*”, desde que: (i) encontre “*amparo contratual*”; (ii) seja verificada a “*ausência de interesse da Administração Pública na retomada do serviço para si*”; (iii) tenham sido “*todas as obrigações bem adimplidas pelas partes*”; (iv) seja detectada a “*vantajosidade ao interesse público que a permanência daquele concessionário expressa*”; e (v) sejam cumpridas “*as condições necessárias para tal renovação contratual*” – sendo certo que, se o “*edital*” e o “*contrato*” estabelecerem, de antemão, tais condições, seu atendimento “*torna a prorrogação ordinária um direito adquirido do concessionário*”; *verbis*:

Para bem compreender o tema da **prorrogação dos contratos de concessão**, faz-se necessário pontuar que o regime das prorrogações como meio de reequilíbrio (**prorrogações extraordinárias**) não equivale àquele próprio da renovação do contrato (**prorrogação ordinária**). Ainda que ambos versem sobre a dilação do prazo contratualmente definido, **tais prorrogações apresentam racionalidade distinta** e são tuteladas por preceitos normativos diversos, com *ratio* dissemelhantes. **São, portanto, institutos diferentes: prorrogações ordinárias e prorrogações extraordinárias não se confundem.**

As **prorrogações ordinárias** fundamentam-se no **juízo de conveniência e oportunidade** da Administração, que, valendo-se da **competência discricionária** que lhe foi conferida pela legislação, detém poderes para optar, disciplinar e coordenar esta espécie de dilação de prazo. Aqui, **a prorrogação ocorrerá na medida em que o contrato esteja equilibrado e todas as obrigações bem adimplidas pelas partes**. A renovação contratual se justificaria, dentre outros fatores associados à **ausência de interesse da Administração Pública na retomada do serviço para si**, pela detecção objetiva de que a eficiência seria prestigiada, antes, pela prorrogação do que por um novo certame, pela economicidade oriunda da ausência de necessidade da instalação do custo processo de licitação e na **vantajosidade ao interesse público que a permanência daquele concessionário expressa**.

Tal espécie de prorrogação **deverá encontrar amparo contratual**, seja na existência de cláusula que admita a prorrogação ou na inexistência de cláusula que expressamente a vede, pois a disciplina da matéria configura dispositivo essencial ao contrato (Lei n.º 8.987/1995, art. 23, inc. XII). Tal essencialidade decorre de sua previsibilidade ao tempo da elaboração do instrumento – tal espécie de prorrogação não advém de intempéries futuras, tampouco é oriunda de imprevisibilidades que

¹⁷³ CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. passim.

afetem o regular curso do contrato. Pelo contrário, aliás. Assim, caso a prorrogação ordinária mostre-se harmônica com o instrumento contratual, poderá ser implementada mediante **termo aditivo devidamente motivado, técnica e juridicamente**.

Em relação à possibilidade de a Administração optar e especificar, no momento da contratação, **as condições necessárias para tal renovação contratual, algumas considerações são importantes**. Isso porque, mediante edital que **antecipe condições em que ocorrerá a prorrogação ordinária e contrato** que as delimite criando *triggers* para o concessionário, **o atendimento destas condições e o atingimento destes *triggers* torna a prorrogação ordinária um direito adquirido do concessionário**. (grifo nosso)

E **Carlos Fernando do Nascimento**¹⁷⁴ afirma que as espécies de prorrogação dos contratos de concessão são: (i) a “*prorrogação condicionada*”, realizada para incentivar o “*cumprimento de condições previamente estabelecidas no contrato*”, de tal modo que “*seja superado, em larga escala, o serviço adequado*” (que nós chamamos de prorrogação premial); (ii) a “*prorrogação extraordinária*”, efetuada “*para evitar descontinuidade na prestação do serviço concedido quando, ao fim do contrato vigente, ainda não tiver sido escolhido o novo concessionário*” (que nós denominamos de prorrogação por emergência); e (iii) a “*prorrogação ordinária*” (que nós designamos de prorrogação por interesse público)¹⁷⁵. Especificamente em relação à prorrogação ordinária, o autor explica que ela visa a promover o “*interesse público*”, podendo ser realizada – independentemente de “*previsão contratual*” (pois, mesmo sem previsão, “*a prorrogação do contrato pode ser legítima e melhor adequada ao interesse público*”), desde que: (i) a celebração do contrato de concessão tenha sido “*precedida de licitação*”; (ii) a prorrogação produza seus efeitos “*antes do término da vigência do ajuste*” (“*pois não há prorrogação de contrato após a sua vigência ter se encerrado*”); (iii) o “*comportamento pretérito*” do concessionário “*em relação ao cumprimento de seus deveres contratuais*” (leia-se: em relação à prestação de “*serviço adequado*”) indique que “*vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário*”; e (iv) um “*estudo técnico*” (“*nos moldes de uma análise de impacto*”) demonstre, de maneira “*suficiente*”, “*a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação*”, isto é, que a prorrogação “*atende melhor ao interesse público*”, que “*a melhor decisão é prorrogar*”, que a prorrogação “*é, naquele determinado momento, melhor que a licitação*”, enfim, “*que há vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de*

¹⁷⁴ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 50-60.

¹⁷⁵ O autor entende que a “*prorrogação para reequilíbrio [...] não é espécie de prorrogação*”, mas, simplesmente, uma “*modalidade de reposição do equilíbrio contratual*” (Ibidem, p. 48).

nova licitação”. Por fim, o autor acrescenta que a prorrogação ordinária é realizada pelo “*prazo [...] determinado pela [referida] análise de impacto*”, observados os limites máximos estabelecidos “*pela lei e pelo contrato*”; *verbis*:

Uma controvérsia sempre presente no que se refere à prorrogação é sua suposta contraposição à obrigatoriedade de licitação, imposta pelas constituições brasileira e portuguesa, e a agressão ao chamado princípio da concorrência. Neste trabalho, não pretendo me aprofundar ou tentar resolver esta querela. Apenas assumirei, como corolário, que, **ao final 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 público e verificável, seja possível analisar e, com algum grau de confiança, antecipar e comparar os resultados de uma e de outra, objetivando decidir qual delas, relativamente à outra, atende melhor ao interesse público.** (grifo nosso)

No mesmo sentido, vale conferir, ainda, as lições de **Augusto Tavares de Lyra Filho**¹⁷⁶, **Francisco Campos**¹⁷⁷, **Miguel Reale**¹⁷⁸, **Caio Tácito**¹⁷⁹, **Themístocles Brandão Cavalcanti**¹⁸⁰, **Osvaldo Aranha Bandeira de Melo**¹⁸¹, **José Cretella Júnior**¹⁸², **Mário Masagão**¹⁸³, **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**¹⁸⁴, **Clèmerson Merlin Clève**¹⁸⁵, **Celso**

¹⁷⁶ LYRA FILHO, Augusto Tavares de. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: T. V. Pontes, 1941. p. 135-136.

¹⁷⁷ CAMPOS, Francisco. Concessão de serviço público... In: CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 239-240.

¹⁷⁸ REALE, Miguel. Serviços públicos concedidos. In: REALE, Miguel. *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 101-109.

¹⁷⁹ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1287-1288 e 1292-1293. Cf., ainda: Idem. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1317-1323.

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo...* v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956. p. 379. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. refund. e atual. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1961. p. 334.; Idem. *Teoria dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 263-264.

¹⁸¹ MELO, Osvaldo A. Bandeira de. Aspectos jurídico-administrativos da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-18, jan./mar. 1950. p. 5-6.

¹⁸² CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo...* v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 163. Cf., ainda: Idem. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 8, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 4109 e 4111.; Idem. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo perante os tribunais*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. cap. 9. p. 159, 168 e 180.; Idem. *Contratos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 164.; Idem. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 411.; Idem. Concessão de serviço público: sucessão e subconcessão. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Serviços públicos e poder de polícia*. v. 5., 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1020.

¹⁸³ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 277.

¹⁸⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 334-341.

¹⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo... *Revista dos Tribunais online*, São Paulo, v. 2, p. 239-288, ago. 2012. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000163e82dc58438bb43d2&docguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&hitguid=Icd5752d0e82d11e1b70f0>>

Ribeiro Bastos¹⁸⁶, Adilson Abreu Dallari¹⁸⁷, Antonio A. Queiroz Telles¹⁸⁸, Nelson Schiesari¹⁸⁹, Rosah Russomano e Nailê Russomano de Mendonça Lima¹⁹⁰, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁹¹, Carlos Roberto Siqueira Castro¹⁹², Ives Gandra da Silva Martins¹⁹³, Arnaldo Wald¹⁹⁴, Toshio Mukai¹⁹⁵, Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁹⁶, Diogenes

1000000000&spos=1&epos=1&td=297&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 13, 30 e 31.

- ¹⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 311-322, out./dez. 2002. p. 317-320. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135-136.
- ¹⁸⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 83-88.
- ¹⁸⁸ TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 239.
- ¹⁸⁹ SCHIESARI, Nelson. *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Hemeron, 1975. p. 82.
- ¹⁹⁰ RUSSOMANO, Rosah; LIMA, Nailê R. de Mendonça. *Lições de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1972. p. 281.
- ¹⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Porto, arrendamento, cessão e prorrogação do contrato. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, ano 10, n. 26, p. 144-152, 1999. p. 144-145 e 151. Cf., ainda: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004. p. 220-227.
- ¹⁹² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Parecer para o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Município do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS... In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 1185 e 1203. Cf., ainda: Idem. Parecer acerca da situação das empresas permissionárias do serviço público de transporte coletivo por ônibus... In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 555.
- ¹⁹³ MARTINS, Ives G. da Silva. Legalidade de renovação contratual prevista em concessão anterior à Lei n. 8.987/95... *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, ano 15, n. 8, p. 483-495, ago. 2002. p. 488-492. Cf., ainda: Idem. Concessão de serviço público: existência de cláusula contratual que prevê renovação... *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, v. 3, n. 6, p. 33-39, jun. 1999. p. 37.; Idem. Inteligência do art. 42, parágrafo 1., da Lei n. 8.987/95... In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 156-157 e 163.
- ¹⁹⁴ WALD, Arnaldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 181-191. Cf., ainda: Idem. Prorrogação de contrato de arrendamento de mina... In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 207.; WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*... 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 106-107 e 202-204.
- ¹⁹⁵ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 458-459. Cf., ainda: Idem. *Concessões e permissões de serviços públicos*... 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 46, 48 e 86.
- ¹⁹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público*... 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 57-63.

Gasparini¹⁹⁷, Clovis Beznos¹⁹⁸, Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁹⁹, Odete Medauar²⁰⁰, Fernando Dias Menezes de Almeida²⁰¹, Reis Friede²⁰², José dos Santos Carvalho Filho²⁰³, Luiz Alberto Blanchet²⁰⁴, Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar²⁰⁵, Marcos Juruena Villela Souto²⁰⁶, Egon Bockmann Moreira²⁰⁷, Fernando Vernalha Guimarães²⁰⁸, Elena Landau²⁰⁹, Walter Douglas Stuber²¹⁰, Letícia Queiroz de Andrade²¹¹, Roberto Caldas²¹², Luiz Antonio Rolim²¹³, Sidney Bittencourt²¹⁴, José Carlos

-
- ¹⁹⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atualizado por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 419-420, 479 e 770-780. Cf., ainda: Idem. Visão geral das parcerias público-privadas. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de. *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: MP, 2006. p. 50.
- ¹⁹⁸ BEZNOS, Clovis. Concessão de serviço público, prorrogação, vícios do edital de licitação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 263-271, jan./mar. 1991. p. 265.
- ¹⁹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 221. Cf., ainda: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. As modificações no Setor de Energia Elétrica... In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 332, 333 e 339.
- ²⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 254 e 385.
- ²⁰¹ ALMEIDA, Fernando D. Menezes de. Comentários ao art. 5. In: POZZO, Augusto N. Dal et. al. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação a setores de infraestrutura*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 79-80.
- ²⁰² FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Administrativo...* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 78-80.
- ²⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 185, 345 e 381.
- ²⁰⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos...* 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 125, 228-229 e 231-232. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 59.
- ²⁰⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 92 e 100-102.
- ²⁰⁶ SOUTO, Marcos J. Villela. *Direito Administrativo contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 404-406.
- ²⁰⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133. Cf., ainda: Idem. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015. p. 917-918.
- ²⁰⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341.
- ²⁰⁹ LANDAU, Elena. Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar? In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do Setor Elétrico*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 114-125.
- ²¹⁰ STUBER, Walter Douglas. *O financiamento de projetos no Brasil e a Lei de Concessões*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 74.
- ²¹¹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 215-216.
- ²¹² CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas...* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 193-194.
- ²¹³ ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as concessionárias e permissionárias em júízo...* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 238-239.
- ²¹⁴ BITTENCOURT, Sidney. *Parceria público-privada...* 1. ed. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2007. p. 55. Cf., ainda: Idem. *Contratos da Administração Pública*. 1. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015. p. 55.

de Oliveira²¹⁵, Edson Jacinto da Silva²¹⁶, José Cretella Neto²¹⁷, Renato Poltronieri²¹⁸, Carlos Pinto Coelho Motta²¹⁹, Rafael Carvalho Rezende Oliveira²²⁰, Geraldo Pereira Caldas²²¹, Clever Mazzone Campos²²², Alejandra Herrera²²³, Lucas de Souza Lehfeld²²⁴, João Carlos Mariense Escobar²²⁵, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas²²⁶, Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro²²⁷, Roberto Ribeiro Bazilli²²⁸, Fernando Antônio Dusi Rocha²²⁹, Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira²³⁰, Lucas Rocha Furtado²³¹, Edimur Ferreira de Faria²³², Mauro Sérgio dos Santos²³³, Fernanda Marinela²³⁴, Gustavo Scatolino e João Trindade²³⁵, Matheus Carvalho²³⁶, Lucas Navarro Prado e Luis Felipe Valerim Pinheiro²³⁷, Rafael Vêras de Freiras e Leonardo

-
- ²¹⁵ OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos...* 1. ed. Bauru: Edipro, 1996. p. 72-75 e 84.
- ²¹⁶ SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão no serviço público.* 1. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2004. p. 148.
- ²¹⁷ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parceria Público-Privadas – PPPs.* 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 55.
- ²¹⁸ POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas...* 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2005. p. 131-132.
- ²¹⁹ MOTTA, Carlos P. Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias.* 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 175.
- ²²⁰ OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor.* 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 266-267. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo.* 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 168-169.
- ²²¹ CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica...* 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 147-148 e 156-159.
- ²²² CAMPOS, Clever Mazzone. *Curso básico de Direito de Energia Elétrica.* 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 28-30.
- ²²³ HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil.* 1. ed. São Paulo: Singular, 2001. p. 90.
- ²²⁴ LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do Sistema de Telecomunicações...* 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76.
- ²²⁵ ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações...* 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53.
- ²²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; DE FREITAS, Rafael Vêras. *A nova regulação portuária.* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 85.
- ²²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias.* 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 144-146, 150, 167-171 e 177.
- ²²⁸ BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos.* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 71-76.
- ²²⁹ ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *Regime jurídico dos contratos da Administração...* 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 174-175 e 181-182.
- ²³⁰ VIEIRA, Evelise P. T. Prado. *Direito Administrativo.* 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 518.
- ²³¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo.* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 572-575.
- ²³² FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo.* 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98 e a Medida Provisória n. 1.795/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 385.
- ²³³ SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 674-675.
- ²³⁴ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 629 e 641.
- ²³⁵ SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo.* 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2014. p. 695.
- ²³⁶ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo.* 2. ed. rev. ampl. e atual. 3. tirag. Salvador: JusPodium, 2015. p. 638.

Coelho Ribeiro²³⁸, Rafael Munhoz de Mello²³⁹, Renan Marcondes Facchinatto²⁴⁰, Mário Saadi e Raul Dias dos Santos Neto²⁴¹, Rodrigo da Fonseca Chauvet e Reinaldo de Araújo Arlêo Japiassú²⁴², Maria D’Assunção Costa e Natalia Felipe Lima Bonfim²⁴³, Gustavo Justino de Oliveira e Danilo Leal Montes²⁴⁴, Dilermando Gomes de Alencar²⁴⁵, Romário de Oliveira Batista²⁴⁶, Ricardo Martins Sant’Anna²⁴⁷, André de Avellar Torres²⁴⁸, Maria

²³⁷ PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 434 e 443.

²³⁸ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300. Cf., ainda: FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 176-183.

²³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 211-212 e 218-220.

²⁴⁰ PESTANA, Marcio; FACCHINATTO, Renan Marcondes; CORTEZE, Mario. Atualidades nas concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo da Infraestrutura*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 269-282, abr./jun. 2018. p. 277-278.

²⁴¹ SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016. p. 83, 85, 87-89 e 105.

²⁴² CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; JAPIASSÚ, Reinaldo de A. Arlêo. Parcerias público-privadas: prazo razoável de duração dos contratos. In: GALVÃO, Ciro di Benatti; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; DUARTE, Luciana G. Melquíades Duarte (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 49-55.

²⁴³ COSTA, Maria D’Assunção; BONFIM, Natalia Felipe Lima. Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 197-210, jan./mar. 2009. p. 207 e 210.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica... *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, p. 75-95, out./dez. 2011. p. 76.

²⁴⁵ ALENCAR, Dilermando Gomes de. Marco legal referente às prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 208-210 e 225. Cf., ainda: Idem. Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público. *A&C Revista de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, v. 8, n. 34, p. 229-241, out./dez. 2008. p. 241.

²⁴⁶ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 164-165 e 172-173.

²⁴⁷ SANT’ANNA, Ricardo Martins. A ausência de critérios objetivos para a prorrogação de concessões... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 178-199.

²⁴⁸ TORRES, André de Avellar. Da outorga ao contrato: prorrogação versus relicitação das concessões de energia elétrica... *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 13, n. 13, p. 279-305, nov. 2016. p. 287 e 290 e 303.

Celeste Morais Guimarães²⁴⁹, César de Barros Pinto²⁵⁰, Márcio Iorio Aranha²⁵¹, Madian Luana Bortolozzi²⁵², Rafael Wallbach Schwind²⁵³, Carlos Afonso Rodrigues Gomes²⁵⁴, Lirismar Campelo²⁵⁵, Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Gaggiano²⁵⁶, Maximino Gonçalves Fontes Neto²⁵⁷, Darci Norte Rebelo²⁵⁸, demonstrando que a prorrogação por interesse público encontra, realmente, apoio de boa parte da doutrina nacional.

Por fim, é preciso destacar que alguns doutrinadores de escol entendem que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público não pode ser prorrogado por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, mas, apenas, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. É o caso, dentre outros, de **Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁵⁹**, para quem os contratos de concessão de serviço público podem ser prorrogados, apenas, para “*restabelecer seu equilíbrio econômico-financeiro*”, e pelo prazo “*estritamente necessário a assegurar o reequilíbrio*”. **Sílvio Luís Ferreira da Rocha²⁶⁰**, para quem a prorrogação pode ser realizada “*excepcionalmente*”, somente “*quando comprovado que os investimentos realizados não foram integralmente amortizados, e o Poder Público prefira, ao invés de indenizar o concessionário, prorrogar o prazo de vigência do negócio jurídico*”. **Marçal**

²⁴⁹ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Prorrogação das concessões do Setor Elétrico: o caso Cemig. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 154, p. 46-50, jun. 2013. passim.

²⁵⁰ PINTO, César de Barros. A indústria de transmissão de energia elétrica... *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 26-32, dez. 2008. p. 31-32.

²⁵¹ ARANHA, Márcio Iorio. Renovação dos contratos de concessão da telefonia fixa no Brasil. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 225-238, jan./jun. 2006. passim.

²⁵² BORTOLOZZI, Madian Luana. Concessão de serviço público de telecomunicações. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 205-206.

²⁵³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 496-505.

²⁵⁴ GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Novo modelo de concessão portuária... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 36, p. 43-73, out./dez. 2011. p. 68-71.

²⁵⁵ CAMPELO, Lirismar. Arrendamento de instalação portuária: condições para a prorrogação do contrato. *Revista Jurídica Consulex*, [S.l.], v. 16, n. 368, p. 14, mai. 2012. p. 14.

²⁵⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 14-15.

²⁵⁷ FONTES NETO, Maximino Gonçalves. Prorrogação de permissões. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 38-41, jun. 2009. p. 38.

²⁵⁸ REBELO, Darci Norte. Para que o natural não fique imutável. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 106, p. 26-29, mai. 2009. passim.

²⁵⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: novas tendências*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 30. Cf., ainda: Idem. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 118-121.; Idem. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88-90.

²⁶⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 550.

Justen Filho²⁶¹, para quem a prorrogação por interesse público não possui, nem “*fundamento jurídico*” (porque viola o “*princípio da isonomia*”, que “*assegura a todos os particulares disputarem a outorga de uma concessão*”), nem “*fundamento econômico*” (“*porque o concessionário já foi satisfeito ao longo do prazo da concessão*”), razão pela qual tal espécie de prorrogação do prazo da concessão “*deve ser reputada como inconstitucional, não sendo albergada sequer pela alusão explícita existente no art. 175, parágrafo único, inc. I*”. Em verdade, o autor entende que a prorrogação pode ser realizada, apenas e tão-somente, para “*assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro*”, quando, durante a concessão, o Poder Concedente optar pela não “*elevação de tarifas*”, ou quando, ao final da concessão, ele “*não dispuser de condições ou optar por não realizar a indenização*” “*prévia pelas perdas e danos incorridos*” pelo concessionário. **Karina Houat Harb**²⁶², para quem a “*prorrogação do prazo*” constitui “*hipótese excepcional*” (“*sob pena de ‘eternização’ da concessão do serviço público*” e, conseqüentemente, de “*burla ao princípio constitucional de obrigatoriedade de licitação*”), podendo ser realizada – com fundamento no princípio da “*modicidade tarifária*” – somente “*para restabelecimento da equação econômico-financeira da concessão*”, pelo “*tempo necessário à amortização dos investimentos que não restaram amortizados ao final do prazo inicialmente contratado*”. E **Noel Antônio Baratieri**²⁶³, para quem “*a prorrogação contratual é uma hipótese excepcional*”, que “*somente pode ser justificada no caso de recomposição dos direitos devidos ao concessionário*”, sendo “*completamente inconstitucional a previsão originária do direito da concessionária à prorrogação, ainda que sejam fixados, antecipadamente, critérios objetivos para a sua consumação*”.

Como visto, os autores supracitados fundamentam seu entendimento no caráter especial (ou excepcional) da prorrogação em relação à licitação pública, concluindo que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é o único caso de utilização legítima daquele instituto jurídico.

²⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 268-270 e 402-406. Cf., ainda: Idem. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 130.

²⁶² HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 107-117.

²⁶³ BARATIERI, Noel Antônio. *Serviço público na Constituição Federal*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 167.

Sem desprestigiá-lo, de modo algum, tão eminentes administrativistas, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

De fato, na seção 1.1.2.3 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún, I, é uma norma constitucional definidora de princípio programático; que ela deixou um amplo poder discricionário ao legislador ordinário para a conformação do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público; e que, por isso, não é arbitrário concluir, com base no princípio da máxima efetividade, que o conceito de prorrogação constante da CRFB/88, art. 175, par. ún., I, compreende as 3 (três) espécies básicas de prorrogação reguladas, atualmente, na legislação ordinária; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público.

4.2 Posicionamento jurisprudencial

No âmbito judicial, existem diversas decisões sobre o tema da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público. Entretanto, a grande maioria consagra, fundamentalmente, uma única tese; qual seja: contratos de concessão celebrados, sem prévia licitação pública – ainda que anteriormente à CRFB/88, não podem ser prorrogados^{264e265}.

Em verdade, as decisões mais substanciais sobre o tema da prorrogação por interesse público foram proferidas, até o momento, pelo Tribunal de Contas da União.

Com efeito, no TC 024.882/2014-3, a Corte de Contas tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário (os quais muito se assemelham a contratos de

²⁶⁴ STF, ARE 869.007/DF-ED-AgR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 05/05/2017, DJe 26/05/2017.; STJ, EREsp 1.079.126/RS, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Hamilton Carvalhido, j. 13/12/2010, DJe 06/05/2011.; TRF/1, AGTAG 0005950-10.2009.4.01.0000/DF, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo (Conv.), e-DJF1 17/02/2012.; TRF/3, AC 0002934-70.2008.4.03.6000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Nery Junior, j. 21/05/2015, e-DJF3 28/05/2015.; TRF/4, EINF 2006.70.00.002121-4/PR, Órgão Julgador: Segunda Seção, Relator(a): Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, D.E. 17/10/2013.; TRF/5, AC 523.824/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Conv.), j. 17/05/2016, DJE 20/05/2016.

²⁶⁵ Em geral, as Cortes de Justiça enfrentaram a seguinte situação fática: contratos de concessão ou de permissão do serviço público de transporte coletivo de passageiros celebrados, sem licitação pública, antes da CRFB/88, e prorrogados por longos períodos (em geral, por 15 anos) após 5 de outubro de 1988. Nesses casos, os Tribunais declararam, reiteradamente, a nulidade dessas prorrogações.

subconcessão de serviço público²⁶⁶), realizada pela extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (“SEP/PR”) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”), nos termos da Lei 12.815/13, art. 57. Nesse processo, o Plenário do Tribunal de Contas da União decidiu que a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário não afronta o princípio constitucional da licitação pública, desde que: (i) tais ajustes tenham sido precedidos de regular processo licitatório; e (ii) a prorrogação esteja condicionada à realização de novos investimentos pelas arrendatárias. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200/15-Plenário; *verbis*:

8. A prorrogação antecipada, objeto deste acompanhamento, tem previsão no art. 57, da Lei 12.815/2013 (destaques acrescidos):

[...]

12. Nesse contexto, preliminarmente à análise de mérito do relatório de acompanhamento, em face da relevância e ineditismo da matéria sob exame, três **questões jurídicas fundamentais** suscitaram o envio deste processo para manifestação do Ministério Público junto ao TCU: i) **a constitucionalidade da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento**; ii) a regulamentação do art. 57, da Lei dos Portos, por meio de portaria da Secretaria de Portos; e iii) a atribuição de competências à ANTAQ a partir da referida norma infralegal.

13. O MPTCU, além de endossar as propostas consignadas pela SeinfraHidroferrovias, manifestou-se, **favoravelmente**, às questões jurídicas suscitadas, ao concluir que:

- **o art. 57, da Lei n.º 12.815/2013** – que dispõe sobre a possibilidade de antecipação das prorrogações dos contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei n.º 8.630/1993 e precedidos de regular procedimento licitatório, desde que condicionada à realização de novos investimentos –, **não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos**;

[...]

14. Destarte, ao **anuir, integralmente, às razões fundamentadas no parecer do MPTCU**, passo ao exame da matéria de fundo dos trabalhos de fiscalização. (grifo nosso)

De outra parte, no TC 003.379/2015-9, o Tribunal de Contas da União cuidou da prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, realizada pelo Ministério de Minas e Energia (“MME”) e pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), nos termos da Lei 12.783/13, art. 7.º. E, nesse processo, o Plenário da Corte de Contas considerou constitucional a prorrogação de todas as

²⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 265.

concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica pelo prazo de 30 (trinta) anos (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela ANEEL), porque entendeu caracterizada situação de exceção que justificava a não realização de licitação pública. De fato, os Ministros concordaram que a licitação simultânea de todas as concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 [ou seja, de 43 (quarenta e três) concessões de distribuição, que atendiam, em conjunto, 18 (dezoito) Estados da Federação, fornecendo energia elétrica a cerca de 50 (cinquenta) milhões de unidades consumidoras, e movimentando, diretamente, em torno de R\$ 60 (sessenta) bilhões, o que representava, no ano de 2014, aproximadamente de 50% (cinquenta por cento) do mercado e da receita de distribuição nacionais], na conjuntura econômica e política do País existente àquela época (ou seja, em um contexto de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontrava o segmento de distribuição), traria riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do País do que a opção pela prorrogação. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/15-Plenário; *verbis*:

16. Ao analisar os argumentos do MME e da ANEEL que justificam a opção pelo modelo escolhido, a SeinfraElétrica concluiu que a prorrogação dos contratos em comento, nas condições em que está sendo feita, fere o art. 175, da CF/1988, que prevê a obrigatoriedade de realização de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos, conforme a seguir: [...]

17. Diante disso, propõe determinar ao MME que promova a licitação de todas as concessões abrangidas no art. 7.º, da Lei 12.783/2013, prorrogando-se os contratos apenas durante o período necessário para a preparação dos procedimentos licitatórios e assunção de nova concessionária.

18. A conclusão pela necessidade de realização de licitação considera que não foram apresentados estudos suficientemente detalhados para justificar a opção pela prorrogação dos contratos. Para a unidade técnica, faltaram informações consistentes, indicando vantagens e desvantagens de prorrogar ou licitar, que pudessem ser levadas em conta para a melhor tomada de decisão, não restando também devidamente demonstrados os riscos que a licitação poderia trazer ao atendimento dos critérios da lei.

[...]

26. Quanto à carência de informações para justificar a decisão, realmente, não se encontram nos autos parâmetros e variáveis que demonstrem, com precisão, que a prorrogação seria a melhor solução. Não obstante, **vejo que os argumentos e dados apresentados são bastantes para se concluir que a realização da licitação de todas as concessões na atual conjuntura econômica e política traz riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do que a opção pela prorrogação.**

27. Note-se que a SeinfraElétrica não deu por inconstitucional o art. 7.º, da Lei 12.783/2013, o que o coloca em situação diferente da do art. 1.º, da Lei 10.577/2002, que previa a manutenção de contratos de exploração de serviços postais celebrados pela ECT e foi considerado inconstitucional pelo TCU, por contrariar o art. 175, da CF/1988, conforme Acórdão 574/2006-Plenário. [...].

28. **Também tenho por constitucional o art. 7.º, da Lei 12.783/2013.** Todavia, ao admitir como juridicamente aceitável a opção ali conferida, tomo por base não o simples fato de terem sido fixadas condições para a prorrogação, mas o reconhecimento implícito da importância estratégica do serviço de distribuição de energia elétrica e da gravidade que pode advir da descontinuidade no seu fornecimento, mais ainda quando estão envolvidos contratos que atendem, em seu conjunto, por volta de 50 milhões de unidades consumidoras e representam cerca de 50% do mercado cativo do País, significando que, nesse caso específico, tão severas podem ser as consequências dos riscos, que existe margem para **situações de exceção** que justifiquem a não realização da licitação.

29. Nessa linha, tanto mais em se tratando de um serviço que demanda vultosos investimentos para a sua prestação adequada e para o atendimento à necessidade de permanente expansão da rede, penso que faltou nas análises a **ponderação** do contexto atualmente vigente de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontra o segmento de distribuição em face de modificações em curso no modelo tarifário, que, em prol da transparência dos valores pagos pelos consumidores, passa a admitir uma maior volatilidade das tarifas e transfere para as distribuidoras as incertezas na remuneração.

[...]

42. Portanto, diante dos riscos envolvidos na realização das licitações neste momento, e não vislumbrando, no caso concreto, incompatibilidades entre os motivos apresentados pelo Poder Concedente e a discricionariedade conferida pela legislação, **considero justificada a opção pela prorrogação das concessões conferida no art. 7.º, da Lei 12.783/2013**, desde que atendidos os critérios ali estabelecidos²⁶⁷. (grifo nosso)

Por fim, vale lembrar que o Tribunal de Contas da União é competente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público (Súmula 347/STF; Lei 8.443/92, art. 66; e RITCU, art. 16, VI), o que, como visto, não aconteceu nos casos supracitados.

Visto que a prorrogação por interesse público encontra o apoio de boa parte da doutrina e da jurisprudência, que a considera compatível com a CRFB/88, analisemos, agora, sua natureza jurídica.

²⁶⁷ Embora seja rica em doutrina, esta decisão do Tribunal de Contas da União ainda será objeto de críticas ao longo deste trabalho, notadamente na seção 10 abaixo.

5 Natureza jurídica

Com a expressão “*natureza jurídica*”, os juristas querem significar o que determinado objeto “é” no chamado “*mundo jurídico*”²⁶⁸ Por exemplo, um peixe, antes de pescado, é, no mundo jurídico (ou, o que dá no mesmo, tem natureza jurídica de), uma *res nullius*, ou seja, uma coisa sem dono, porque jamais apropriada por alguém.

Nesse sentido, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão de serviço público tem natureza jurídica de um ato administrativo *lato sensu*, mais precisamente de um negócio jurídico administrativo, isto é, de uma declaração de vontade destinada a produzir os efeitos jurídicos queridos pelos declarantes (Poder Concedente e concessionária) e reconhecidos e protegidos pelo ordenamento jurídico – no caso, a modificação da relação jurídica concessória²⁶⁹.

Nada obstante, os negócios jurídicos administrativos ainda podem ser classificados segundo diversos critérios, sendo os mais relevantes no caso concreto: (i) o número de partes; (ii) a reciprocidade de direitos e deveres; (iii) os efeitos jurídicos; (iv) a causa da atribuição patrimonial; (v) a relação de equivalência entre as prestações; (vi) a forma; e (vii) o modo de existência.

Nesse sentido, podemos classificar a prorrogação por interesse público como um negócio jurídico administrativo bilateral, sinalagmático, patrimonial, de efeito modificativo, a título oneroso, comutativo, formal e acessório, com o que queremos significar que:

- (i) a prorrogação por interesse público se forma pela síntese (consenso) de 2 (duas) declarações de vontade sobre o mesmo objeto, emitidas por 2 (duas) partes com interesses opostos – a primeira composta pelo Poder Concedente, e a segunda, pela concessionária de serviço público;

- (ii) ela cria direitos e deveres recíprocos para as partes;

²⁶⁸ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 550.

²⁶⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 165-169 e 202-213.

- (iii) dá origem a direitos e deveres de conteúdo econômico, isto é, que podem ser avaliados pecuniariamente, destinando-se, direta e imediatamente, à modificação da relação jurídica pré-existente entre o Poder Concedente e a concessionária de serviço público – sem importar na criação de outra nova (novação);
- (iv) a causa da prestação de uma parte é a contraprestação da outra, existindo, pois, uma relação de causalidade entre as atribuições patrimoniais;
- (v) as prestações das partes são certas e subjetivamente equivalentes entre si;
- (vi) o acordo de vontades deve revestir a forma prescrita em lei; e
- (vii) ele não tem existência própria, pressupondo a do negócio jurídico principal (no caso, a concessão de serviço público), e seguindo a sorte deste^{270e271}.

Sobre o ponto, consideramos relevante realçar as consequências jurídicas do caráter bilateral e oneroso da prorrogação por interesse público.

²⁷⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajust. ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 223-226.; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 287-289.; DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232-244.; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 142-195.; GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. e notas por Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 269-273 e 297-363.; GONÇALVES, Carlos. *Direito Civil brasileiro...* v. 1, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 275-299.; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil...* v. 1, 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 295-325.

²⁷¹ A partir do dogma jurídico de que o acessório segue o principal (“*accessorium sequitur principale*”), José **Cretella Júnior** extrai conclusão interessante acerca do efeito jurídico da prorrogação da concessão de serviço público sobre a subconcessão de serviço público a ela vinculada. Com efeito, o autor entende que, “[p]rorrogando-se o prazo da concessão, estão a salvo os direitos do concessionário e, ‘*ipso facto*’, os do subconcessionário, já que o acessório segue o principal”; em uma palavra: “[d]ilatado o prazo da concessão, está dilatado, igualmente, o prazo da subconcessão” (CRETELLA JÚNIOR, José. Concessão de serviço público: sucessão e subconcessão. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Serviços públicos e poder de polícia*. v. 5., 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1023 e 1030.). Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. A nosso sentir, diferentemente da subcontratação, a subconcessão instaura uma relação jurídica direta entre o Poder Concedente e a subconcessionária (Lei 8.987/95, art. 26, § 2.º), de modo que a prorrogação da concessão de serviço público não implica, *ipso facto*, a da subconcessão a ela relacionada.

5.1 Negócio jurídico administrativo bilateral

Na seção 5 acima, vimos que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) tem natureza de negócio jurídico administrativo bilateral, formando-se, pois, a partir do acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público.

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 19 c.c 24, que os contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica poderão ser prorrogados, *“desde que requerida a prorrogação pelo concessionário”*, sendo certo que, *“em caso de não apresentação do requerimento”*, a concessão extinguir-se-á *“no vencimento do prazo”*;
- (ii) da Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações poderá ser prorrogado, *“desde que a concessionária manifeste expresse interesse na prorrogação”*, sendo certo que a ANATEL decidirá sobre a matéria a seu *“critério [...] tendo em vista as condições vigentes à época”*; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 4.º, que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário será realizada *“a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado”*.

De outra parte, a jurisprudência também reconhece que a prorrogação por interesse público possui caráter bilateral. Com efeito, no julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal afirmou que a *“bilateralidade”* é uma *“característica”* da prorrogação por interesse público, pelo que existe, sempre, *“a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação”*. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

No caso dos autos, por escolha governamental, se definiu novo rumo ao sistema de fornecimento de energia elétrica por meio da MP n.º 579/12, posteriormente convertida na Lei n.º 12.783/13. Essa legislação trouxe novas disposições para as **concessões de energia elétrica**, a serem observadas pela Administração Pública no

momento de avaliar a **renovação dos contratos de concessão**. A lei era expressa nesse sentido. Também a mesma lei estipulou a **necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação** nas novas bases legais, **respeitando-se, assim**, não apenas a discricionariedade administrativa na renovação do contrato, mas também a **bilateralidade, igualmente característica dessa forma de ajuste** (STF, RMS 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 21/11/2017, DJe 19/03/2018) (grifo nosso)

E, no julgamento do REsp 524.811/CE, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público (para administração de “*estacionamento de veículos em aeroporto*”) “*compete, exclusivamente, ao juízo discricionário da Administração, ao qual deve se somar o interesse particular*”. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon; *verbis*:

No mérito, dois são os principais aspectos que se podem extrair para análise a partir da argumentação da recorrente:

[...]

2.º) **equivocou-se**, mais uma vez, [o **Tribunal Regional Federal da 5.ª Região**] ao **entender que**, além da transferência para a nova área, a **recorrente [a INFRAERO] estava obrigada a prorrogar o contrato**, de 01.07.98 a 30.06.2001, quando, na verdade, deveria ter buscado sua fixação no montante dos prejuízos suportados e, efetivamente, demonstrados, **havendo, portanto, afronta ao princípio da supremacia do interesse público**. (STJ, REsp 524.811/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, j. 14/12/2004, DJ 11/04/2005)²⁷² (grifo nosso)

Por sua vez, a doutrina também afirma o caráter bilateral da prorrogação por interesse público. Com efeito, **Themístocles Brandão Cavalcanti**²⁷³ ensina que a “*prorrogação*” é realizada “*no interesse de ambos, Poder Concedente e concessionário*”. **José Cretella Júnior**²⁷⁴ leciona que a “*concessão de serviços públicos*” apresenta “*traços típicos*

²⁷² No mesmo sentido: TRF/1, AC 0013442-57.2003.4.01.3300/BA, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Desembargador Federal João Batista Moreira, e-DJF1 26/03/2010.; TRF/2, AC 2011.51.01.008425-0, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJ 22/02/2013.; TRF/3, AC 0008725-83.2009.4.03.6000, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Andre Nabarrete, e-DJ 25/05/2016.; TRF4, AG 5021381-73.2013.4.04.0000/RS, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a) para Acórdão: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 29/11/2013.; TRF/5, AG 2009.05.00.117235-3, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJE 05/03/2010.

²⁷³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo...* v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956. p. 379. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. refund. e atual. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1961. p. 334.; Idem. *Teoria dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 264.

²⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo perante os tribunais*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996. cap. 9. p. 168. Cf., ainda: Idem. *Tratado de Direito Administrativo...* v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 163.; Idem. *Contratos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 164.; Idem. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 411.

inconfundíveis”, dentre outros: “*a incumbência é feita por determinado tempo, que pode ser prorrogado, desde que aceite pelo Poder Público Concedente e pelo concessionário*”.

Jacinto Arruda Câmara²⁷⁵ expõe que, na prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, “[o] *interesse público, de um lado, e o interesse econômico da concessionária [de outro] deverão estar, mais uma vez, em sintonia para que a relação jurídica seja estendida por igual período*”. **Marçal Justen Filho**²⁷⁶ explica que “*o concessionário tem o direito de encerrar sua atuação no término do prazo contratual*”, razão pela qual a prorrogação da concessão será uma “*solução cabível (a ser examinada oportunamente)*”, “[s]e *houver concordância do concessionário*”. E **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**²⁷⁷ esclarecem que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público é realizada “*havendo interesse manifesto de ambas as partes*”, pelo que o prolongamento desses ajustes “*poderá ser feito, sempre de comum acordo com os concessionários*”.

Assim sendo, podemos concluir, com segurança, que o Poder Concedente não pode, com fundamento em seu poder de alteração unilateral dos contratos administrativos (*ius variandi*), prorrogar, unilateralmente, os contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade. Em uma palavra: o Poder Concedente não pode impor a prorrogação por interesse público à concessionária de serviço público.

Aliás, essa é, também, a conclusão da doutrina. Com efeito, **Diogenes Gasparini**²⁷⁸ ensina que “[a]s *prorrogações, quaisquer que sejam, são acordos, demandam, assim, consenso entre a Administração Pública contratante e o contratado*”, razão pela qual “*não podem ser impostas pela Administração, nem exigidas pelo contratado, mesmo quando previstas no instrumento convocatório*”. **Lucas Rocha Furtado**²⁷⁹ leciona que “[a] *prorrogação depende,*

²⁷⁵ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347-348. Cf., ainda: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 43.

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 270 e 574. Cf., ainda: Idem. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 57.

²⁷⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 145 e 165.

²⁷⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 770 e 779.

²⁷⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 575.

todavia, de que, além da necessária previsão contratual, as partes consensualmente consentam nesse sentido”; por isso, “[n]ão é lícito [...] ao Poder Público contratante obrigar o contratado a prorrogar o contrato contra sua vontade”. **Rafael Munhoz de Mello**²⁸⁰ expõe que “é necessário que o concessionário concorde com a prorrogação, não sendo possível impor ao particular a obrigação de seguir prestando o serviço para além do prazo originalmente entabulado”. **Flavio Amaral Garcia**²⁸¹ explica que a “prorrogação do prazo nas parcerias público-privadas” é “ato bilateral e convencional”, pressupondo, portanto, “acordo firmado consensualmente entre as partes”; e acrescenta: “[p]onto incontestado é que a prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pela Administração Pública ou, mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa”. E **Carlos Fernando do Nascimento**²⁸² esclarece que a prorrogação “não constitui um direito, nem um dever do concessionário”; por isso, ela “não pode ser reclamada pelo concessionário ao Concedente, nem imposta pelo Concedente ao concessionário”: “a concordância mútua quanto aos seus termos é imprescindível”.

A compreensão de que a prorrogação por interesse público não pode ser imposta, unilateralmente, à concessionária é importante, uma vez que, a nosso sentir, as demais espécies de prorrogação podem sê-lo: a prorrogação por emergência, com fundamento no princípio da continuidade dos serviços públicos (CRFB/88, art. 175, par. ún., IV; e Lei 8.987/95, art. 6.º, § 1.º)²⁸³; e a prorrogação por reequilíbrio, com base no princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º; e Lei 9.784/99, art. 2.º) – na vertente do cumprimento do dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão da maneira menos onerosa para o Poder Concedente.

²⁸⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 213.

²⁸¹ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 601-602 e 604. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 420 e 422.

²⁸² NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 55.

²⁸³ Mas garantido, sempre, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Com efeito, acerca da imposição unilateral da prorrogação por emergência, **Alcides Greca**²⁸⁴ ensina que “[u]na circunstancia no prevista en los contratos de concesión [...] es la que se presenta al vencimiento del plazo de la concesión, cuando los poderes públicos no han organizado un nuevo servicio, ya sea por realización directa o mediante una nueva concesión”; e acrescenta: “[e]n dicha circunstancia, la Administración Pública podrá exigir al concesionario que siga prestando el servicio en las mismas condiciones del contrato ya vencido y hasta tanto se instale un nuevo servicio”, sendo certo que “[e]llo tiene por fundamento que el servicio público no debe faltar en momento alguno, y que ha de ser prestado en forma regular y continua”²⁸⁵.

E, sobre o eventual caráter injuntivo da prorrogação por reequilíbrio, **Lino Torgal**²⁸⁶ leciona que, por força do “*principio constitucional da proporcionalidade*”, o Poder Concedente escolhe, discricionariamente, a “*via de reposição do equilíbrio contratual*” a ser utilizada no caso concreto, salvo disposição legal ou contratual em sentido contrário (Exemplo: cláusula contratual prevendo que determinado tipo de evento de desequilíbrio implica a utilização de certo mecanismo de recomposição); nesse sentido, a “*prorrogação correctora*” (que nós chamamos de prorrogação por reequilíbrio) pode ser imposta à concessionária por “*acto jurídico unilateral*” do Poder Concedente.

²⁸⁴ GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. v. 3, 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. p. 221. Cf., ainda: (i) no mesmo sentido: MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão... *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957. p. 447-457.; REALE, Miguel. Mutabilidade dos contratos administrativos. In: REALE, Miguel. *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 65.; RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos...* 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 134, 150 e 153.; e (ii) em sentido contrário: CAMPOS, Francisco. Concessão de serviço público... In: CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 243.; LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1, 4. ed. Montevideu: [s.n.], 1974. p. 76-77.

²⁸⁵ A propósito, vale ressaltar que, por meio do Decreto-lei n.º 3.366, de 25 de junho de 1941, o Presidente da República, com vistas a garantir a continuidade dos “*serviços de transporte coletivo*” no Município de São Paulo, prorrogou, unilateralmente, nas condições então vigentes, a concessão de serviço público outorgada à “*The São Paulo Tramway, Light and Power Co. Ltd.*” (prorrogação por emergência); e que, para fundamentar o exercício de seu “*direito de ordenar a [...] dilação no tempo*” da concessão de serviço público, o Chefe do Poder Executivo federal apresentou, basicamente, os seguintes motivos, constantes dos *consideranda* do referido ato normativo: (i) o serviço público deve ser prestado “*sem solução de continuidade*”; (ii) para tanto, “*é preciso [que, findo o prazo de concessão] esteja o Poder Público habilitado a assumir ou transferir, imediatamente, a outro concessionário os encargos da exploração*”; e (iii) “*dadas as dificuldades de ordem técnica e financeira criadas pela situação internacional [mais precisamente, pela Segunda Guerra Mundial], a municipalidade da capital do Estado de São Paulo não se acha habilitada a promover a exploração direta do serviço, nem a sujeitá-la à livre concorrência*”.

²⁸⁶ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 255-256.

5.2 Negócio jurídico administrativo a título oneroso

Na seção 5 acima, vimos que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) tem natureza de negócio jurídico administrativo a título oneroso, de modo que a causa da prestação de uma parte é a contraprestação da outra.

Disso decorre que, em troca do prolongamento do prazo de vigência do contrato de concessão (e, conseqüentemente, da possibilidade de continuar lucrando com a exploração da atividade econômica consubstanciada no serviço público), a concessionária deve dar, necessariamente, ao Poder Concedente, “*algo*” que caracterize a vantajosidade da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade. Em uma palavra: a prorrogação por interesse público deve ser, sempre, onerosa ou condicionada, e nunca gratuita ou pura – leia-se: baseada na simples prestação de serviço público adequado pela concessionária.

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seus art. 93, VI; e 99, *caput* e §§ 1.º e 3.º, que as concessões do serviço público de telecomunicações poderão ser prorrogadas, desde que a concessionária: (a) concorde com todas as “*condições*” estabelecidas no contrato de concessão, notadamente o “*pagamento [...] pelo direito de exploração do serviço e pelo direito de uso das radiofrequências associadas*”; e (b) aceite os “*novos condicionamentos*” propostos pela ANATEL por ocasião da prorrogação, “*tendo em vista as condições vigentes à época*”;
- (ii) da Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, § 1.º, que a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário “*dependerá da aceitação expressa*” da seguinte condição pela arrendatária: a “*obrigação de realizar [novos] investimentos*” na infraestrutura portuária, segundo “*plano*” de investimentos elaborado pela própria contratada, mas aprovado pelo Poder Concedente; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seus art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º, § 1.º, I, V e VII; 9.º, I, a III e §§ 1.º a 3.º; 21; 25, *caput* e §§ 1.º e 2.º; e 30, *caput* e §§ 2.º a 4.º, que a

prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário poderá ser condicionada: (a) ao “*pagamento*” pela prorrogação da outorga; (b) à inclusão de “*novos investimentos*” nos contratos prorrogados, “*em malha própria ou naquelas de interesse da Administração Pública*”; (c) à adoção das “*melhores práticas regulatórias*” nos contratos prorrogados, notadamente com a previsão de “*mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga*”; (d) à inclusão de novos “*parâmetros de qualidade dos serviços*” nos contratos prorrogados; (e) à incorporação de “*novas tecnologias e serviços*” nos contratos prorrogados; (f) à “*reconfiguração de malhas*”, com vistas a “*solucionar questões operacionais e logísticas*” “*para todo o sistema [...] ou por trecho ferroviário*”; (g) à extinção do “*caráter de exclusividade quanto a seu objeto*”; (h) à garantia de “*acesso à infraestrutura ferroviária e aos recursos operacionais do concessionário*” pelos demais operadores de transporte ferroviário (notadamente, o chamado “*operador ferroviário independente*”), mediante a definição de “*níveis de capacidade de transporte*” anuais pela “*ANTT*”, cabendo, ainda, à Agência Reguladora, fiscalizar o atendimento de tais níveis de capacidade pelo concessionário; e/ou (i) à solução de conflitos administrativos setoriais entre “*a União e os entes da Administração Pública federal indireta*”, de um lado, e os “*concessionários e subconcessionários*”, de outro lado, inclusive mediante a compensação de “*haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas*”.

Em verdade, entendemos que o caráter oneroso da prorrogação por interesse público decorre da própria Constituição da República. Explicamos.

Na seção 1.1.2.2 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, *caput* e par. ún., I, estabelece que a prorrogação possui “*caráter especial*” em relação à licitação pública, o que, no contexto da prorrogação por interesse público, significa que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prolongado, apenas e tão somente, diante de situação excepcional, caracterizadora da vantagem da prorrogação em relação à realização de licitação pública para nova outorga do serviço público.

De outra parte, a CRFB/88, art. 175, par. ún., IV, deixa claro que toda concessionária de serviço público tem a “*obrigação de manter serviço adequado*”. A nosso sentir, o simples

cumprimento dessa obrigação (básica para qualquer concessionária) constitui condição necessária, mas, não, suficiente para caracterizar a situação excepcional apta a justificar a prorrogação por interesse público. Em verdade, se uma concessionária de serviço público descumprir a obrigação de manter serviço adequado, o Poder Concedente deve aplicar-lhe as sanções cabíveis, notadamente a “*caducidade*” (CRFB/88, art. 175, par. ún., I), e jamais premiá-la com a prorrogação de seu contrato.

Assim sendo, podemos concluir, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, *caput* e par. ún., I e IV, que a concessionária de serviço público deve dar “*algo mais*” ao Poder Concedente em troca do prolongamento do prazo de vigência do contrato de concessão, que não a simples prestação de serviço público adequado aos usuários; e “*algo mais*” caracterizador da vantagem da prorrogação em relação à realização de licitação pública para nova outorga do serviço público – por exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a redução das tarifas proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) a realização de novos investimentos na concessão; (iv) a extinção do caráter de exclusividade da outorga; e/ou (v) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão.

Não fosse o bastante, também podemos chegar à mesma conclusão por outro caminho constitucional. Com efeito, a CRFB/88, art. 37, XXI, protege o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público. Um dos fatores determinantes desse equilíbrio é o prazo da concessão²⁸⁷. Ao final do prazo da concessão, presume-se que a concessionária recuperou todos os custos (*lato sensu*) e, ainda, obteve o lucro justo: a tarifa é calculada para esse fim²⁸⁸. Dessa forma, a simples prorrogação do prazo da concessão – às vezes, por 30 (trinta) anos – causaria um enorme desequilíbrio econômico-financeiro a favor da concessionária, que, durante o novo prazo da concessão (prazo prorrogado), continuaria a ser remunerada pela tarifa do antigo prazo da concessão (prazo original), só que, agora, com os investimentos em bens reversíveis totalmente amortizados. Para evitar essa situação manifestamente prejudicial aos usuários do serviço público, a relação entre os encargos e a remuneração da concessionária

²⁸⁷ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 12. ed. México: Porrúa, 1968. p. 278.

²⁸⁸ **Marçal Justen Filho** ensina que “[a] tarifa deve, em tese, propiciar o custeio das despesas, a amortização dos investimentos e a geração de lucro para o concessionário” (JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 473.).

precisa ser redefinida, por exemplo, por meio do pagamento pela prorrogação da outorga... E essas medidas reclamam, necessariamente, a prorrogação onerosa da concessão.

Eis as razões pelas quais entendemos que a Constituição da República admite, apenas, a prorrogação por interesse público onerosa ou condicionada, mas, não, a gratuita ou pura, baseada na simples prestação de serviço público adequado pela concessionária – a qual, a nosso sentir, viola o princípio da isonomia e o instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta.

Em verdade, a jurisprudência também já afirmou o caráter oneroso da prorrogação por interesse público. Com efeito, no julgamento da ADI 118 MC/PR, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar requerida pelo autor e suspendeu, até o julgamento final da ação, a eficácia da Constituição do Estado do Paraná, art. 146, § 3.º, a qual assegurava, às concessionárias do “*serviço de transporte coletivo de passageiros*”, “*o direito de darem continuidade aos mesmos serviços que vinham prestando, mediante prorrogações ou renovações das respectivas delegações*”, pelo simples fato de já os prestarem “*com tradição*”. De fato, a Suprema Corte entendeu que a prorrogação “*pura e simples*” dos contratos de concessão de serviço público viola o “*princípio da licitação*”, previsto no “*art. 175 da Constituição*”. Eis o trecho principal do voto do vogal, Ministro Carlos Madeira – que acompanhou o voto vencedor do Ministro Paulo Brossard; *verbis*:

Não creio que a prorrogação dos contratos de concessão de transportes, pura e simples, atenda ao princípio da licitação. Por isso, peço vênua ao Ministro Aldir Passarinho, para conceder a liminar. É meu voto. (ADI 118 MC/PR, Relator(a): Ministro Aldir Passarinho, Relator(a) p/ acórdão: Ministro Néri da Silveira, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, j. 25/10/1989, DJ 03/12/1993) (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, o Plenário do Tribunal de Contas da União: (i) após afirmar que: (a) as concessões de serviços públicos são “*negócios economicamente valiosos*”; (b) findo o prazo das concessões, o ordenamento jurídico determina “*a reversão desses negócios à União*”, surgindo, então, a “*oportunidade para que a União obtenha ganhos adicionais [...] com a licitação ou a prorrogação*”; e (c) “[n]ão parece razoável que a União simplesmente disponha desse patrimônio sem auferir, com ele, qualquer valor adicional em benefício próprio ou da sociedade”; (ii) concluiu que toda prorrogação por interesse público deve ser “*condicionada*” ou “*onerosa*”, “*em sentido estrito*”

(“pagamento ao Poder Concedente pela outorga”) ou em “sentido mais abrangente” (“uma contrapartida onerosa a ser dada pelo atual concessionário pela obtenção da concessão por mais trinta anos” – por exemplo: “aportes de investimentos e melhorias na qualidade do serviço prestado”). Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/2015-Plenário; *verbis*:

36. Nessa linha, atentando-se não apenas para a prorrogação das concessões atualmente vincendas, mas também ao precedente que isso poderá representar para todas as demais, **verifica-se que diversas empresas distribuidoras possuem ações negociadas em bolsa de valores e registram lucros elevados, com grande distribuição de dividendos, revelando possuírem negócios economicamente valiosos. A regra constitucional e contratual assegura, findo o prazo de concessão, a reversão desses negócios à União, cabendo ao concessionário exclusivamente as indenizações relativas aos bens não amortizados. Não poderia a União simplesmente dispor gratuitamente, em prol de interesses privados específicos, desses valores.** (grifo nosso)

De outra parte, diversos doutrinadores de escol também admitem, somente, a prorrogação condicionada, mas, não, a pura – baseada na mera prestação de serviço público adequado pela concessionária. Com efeito, **Floriano de Azevedo Marques Neto**²⁸⁹ ensina que a prorrogação por interesse público “*é, em si, um fator de desequilíbrio contratual*”, porquanto ela “*traz para ele [ou seja, para o concessionário] a possibilidade de prosseguimento na exploração da utilidade concedida, o que, certamente, acarreta custos [...] mas também o alargamento do seu potencial de ganhos*”, de modo que é “*adequado que a prorrogação coincida com uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial*”, o que pode ser feito, por exemplo, “*incluindo-se novos aportes, incrementando obrigações ou exigindo contrapartidas*”. **Alexandre Santos de Aragão**²⁹⁰ leciona que “*se presume que a concessão já foi totalmente amortizada no seu prazo inicial*”, de modo que a prorrogação pura (“*sem qualquer valor de outorga ou investimento significativo*”) daria, à concessionária de serviço público, “*a liberdade de continuar lucrando com a atividade já amortizada por mais alguns anos, com despesas apenas de sua manutenção*”; assim sendo, “*para evitar desequilíbrio econômico-financeiro favorável ao concessionário*”, a prorrogação por interesse público deve ser, sempre, onerosa ou condicionada; por exemplo: (i) ao “*pagamento de eventual nova outorga*”; (ii) à redução do “*valor da tarifa*” proporcionalmente ao nível de investimentos

²⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-168.

²⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 554-555. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 429-430.

amortizados; e/ou (iii) à realização de “*novos investimentos*” pela concessionária; sendo certo, ainda, que “*prorrogar concessão sem novos investimentos e sem eventual novo pagamento de outorga [...] constituiria violação ao princípio da moralidade, enquadrável na Lei de Improbidade Administrativa*”. **Maurício Portugal Ribeiro**²⁹¹ expõe que a prorrogação por interesse público “*gera valor adicional para o concessionário*” (que continua a explorar o serviço público pelo prazo prorrogado), razão pela qual ela “*tem sido realizada combinada com processos de reequilíbrio, de maneira a assegurar a manutenção das condições econômico-financeiras originárias do contrato*”. **Carlos Fernando do Nascimento**²⁹² explica que “*a simples boa conduta do concessionário não pode ser condição para a prorrogação, mas, sim, em todos os casos, um requisito para definir se vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário*” – pois o “*regular cumprimento do contrato [...] é obrigação própria da concessão*”; e acrescenta: por ocasião da prorrogação, devem ser realizadas aquelas “*alterações no contrato [...] necessárias para compensar o desequilíbrio em favor do concessionário em razão da ampliação do prazo*”. E **Romário de Oliveira Batista**²⁹³ descarta “*a possibilidade de uma prorrogação simples (modalidade na qual não se imponham ao concessionário encargos adicionais aos existentes), por manifesto desatendimento à modicidade tarifária*”, admitindo, apenas, “*a alternativa de prorrogação condicionada – que mais se assemelha a uma renovação ou repactuação – mediante a inserção de novas obrigações contratuais ao concessionário, aptas a proporcionarem a redução tarifária*”.

Apresentada a natureza jurídica da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, sua finalidade.

²⁹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário... Disponível em: <https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017. p. 15.

²⁹² NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 52-59.

²⁹³ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 164-165.

6 Finalidade

Ao tratar da finalidade no Direito, **Rudolf von Jhering**²⁹⁴ ensina que não existe “ação” sem “vontade” nem “vontade” sem “fim”, ou seja, “a concepção de um acontecimento futuro que a vontade tende a realizar”; e acrescenta: o “homem” é um ser finalista, “procede em vista de um fim”, “obra, não porque, mas para que – a fim de realizar tal ou tal propósito” (“lei da finalidade”).

De outra parte, ao tratar da finalidade dos contratos administrativos – e, por conseguinte, da finalidade da prorrogação destes negócios jurídicos, a doutrina ensina que tais instrumentos de ação administrativa possuem: (i) uma finalidade genérica, mediata ou ampla; a saber: promover o interesse público; e (ii) uma finalidade específica, imediata ou estrita; qual seja: alcançar o resultado correspondente ao tipo de contrato, conforme previsto em lei²⁹⁵.

Assim sendo, nós podemos identificar, na prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), uma finalidade genérica e diversas finalidades específicas, a primeira invariável em todos os casos concretos, e a segunda, mutável.

Vejamos, agora, quais são elas.

6.1 Finalidade genérica

A finalidade genérica da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) consiste em promover o princípio da prestação de serviço público adequado (CRFB/88, art. 175, par. ún., IV) – o “*princípio matriz do regime jurídico do serviço público*”²⁹⁶, considerados os critérios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade,

²⁹⁴ JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito (Zweck im Recht)*. 1. ed. Salvador: Progresso, 1950. p. 29-45.

²⁹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 139.; PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 194 e 242.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 109-110 e 165-166.

²⁹⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 527.

cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 1.º; e Lei 11.079/04, art. 3.º, § 1.º).

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 17, § 5.º c.c 19, que a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica visa a “*garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados*”;
- (ii) da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 5.º, que a prorrogação das concessões de geração de energia termelétrica busca “*assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a segurança do sistema*”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seus art. 6.º, § 2.º, II; e 8.º, § 2.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário destina-se a garantir a “*prestação de serviço de transporte ferroviário adequado*”.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu que a finalidade genérica da prorrogação por interesse público consiste em promover a prestação de serviço público adequado. Com efeito, no julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deixou dito que a “*finalidade da prorrogação*” dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica consiste em promover o “*interesse público*”, mais precisamente, a “*qualidade do atendimento aos consumidores*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

Observe-se: o art. 19, da Lei 9.074/95, vigente quando da formalização do contrato, previu que “a União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões (...)”.

Desse dispositivo, se evidencia: (i) a discricionariedade administrativa à prorrogação do contrato de concessão; e (ii) a **finalidade da prorrogação** (critério de **interesse público** adotado pela lei), qual seja “a **qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados**”. (STF, RMS 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 21/11/2017, DJe 19/03/2018) (grifo nosso)

No julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União decidiu que a prorrogação antecipada desses ajustes visa a satisfazer o “*interesse público*”, mediante a “*expansão*” e “*modernização [...] das instalações portuárias*”, a “*melhoria da eficiência operacional*” e a “*redução dos custos da operação*”, com a conseqüente “*garantia da modicidade tarifária*”. Eis trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200/15-Plenário; *verbis*:

41. **Para justificar a prorrogação antecipada**, não basta realizar despesas substanciais; **é imperioso que os investimentos efetivamente** agreguem valor ao processo produtivo e **promovam expansão da infraestrutura, melhoria da eficiência operacional e redução dos custos de operação**. **Enfim, que evidenciem um efetivo interesse público** na extensão dos contratos.

[...]

152. Como já ressaltado, **a realização de investimentos privados imediatos nas instalações portuárias e a possibilidade de adequação física e operacional dos terminais aos novos paradigmas de desempenho, de eficiência e aos atuais patamares de demanda denotam a importância da inovação trazida pela Lei dos Portos no art. 57.**

[...]

155. Nada obstante, algumas inconsistências identificadas pela equipe deste Tribunal são relevantes e podem impactar nos **objetivos da prorrogação antecipada, notadamente naqueles relacionados ao incremento da eficiência das operações, à garantia da modicidade tarifária e à expansão, à modernização e à otimização das instalações portuárias.** (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, que teve por objeto a prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, o Plenário da Corte de Contas da União decidiu que a finalidade genérica da prorrogação antecipada de tais ajustes é promover a “*prestação adequada do serviço*” público concedido, de modo a “*assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/15-Plenário; *verbis*:

87. **Portanto, o objetivo da prorrogação**, com fundamento na Lei 12.783/2013, **deve ser o de assegurar a prestação adequada do serviço.**

[...]

200. Percebe-se dos dispositivos que **o interesse tutelado com as concessões é o da prestação do serviço adequado**, e, para tanto, a concessionária deve demonstrar

capacidade e assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica. (grifo nosso)

Por fim, a doutrina também afirma que a finalidade genérica da prorrogação por interesse público consiste em promover a prestação de serviço público adequado aos usuários. De fato, **Toshio Mukai**²⁹⁷ ensina que a prorrogação por conveniência e oportunidade “*justifica-se em prol da prestação adequada do serviço, para não prejudicar, especialmente, a continuidade e permanência*”. **Luiz Alberto Blanchet**²⁹⁸ leciona que a prorrogação das concessões do serviço público de energia elétrica “*visa a assegurar não apenas a ‘qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados’, mas a adequação (em sua acepção mais ampla) na prestação do objeto da concessão*”, sendo certo que “[o] *substrato desta finalidade é o sempre indeclinável interesse público*”. **Rafael Wallbach Schwind**²⁹⁹ expõe que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário busca promover o “*interesse público*”, consubstanciado em adaptar os “*terminais portuários*” e as “*condições de prestação do serviço*” às “*necessidades dos usuários*”, que são “*cambiantes*” e “*forçam a sua mudança*”. **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**³⁰⁰ explicam que a “*prorrogação antecipada*” dos contratos de concessão de serviço público ferroviário destina-se a “*fomentar novos investimentos na rede nacional de transporte ferroviário, equipando os ajustes concessórios com um aparato mais adequado para atingir as finalidades pretendidas, de melhoria dos serviços, atração de investimentos, expansão da capacidade e desenvolvimento da infraestrutura logística nacional*”. E **Dilermando Gomes de Alencar**³⁰¹ esclarece que o “*instituto da prorrogação*” só ganha “*sentido diante da obrigação de manter o serviço adequado*”.

²⁹⁷ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 459.

²⁹⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos...* 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 231.

²⁹⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 496-498 e 505-507.

³⁰⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 177.

³⁰¹ ALENCAR, Dilermando Gomes de. Marco legal referente às prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 210.

6.2 Finalidades específicas

As finalidades específicas da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) são estabelecidas pela legislação ordinária, variando caso a caso. Exemplo:

- (i) auferir receitas públicas com o pagamento pela prorrogação da outorga. É o caso, dentre outras, da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seus art. 93, VI; e 99, § 1.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações implicará o “pagamento”: (a) “*pelo direito de exploração do serviço*”; e (b) “*pelo direito de uso das radiofrequências associadas*” – as quais são consideradas um “*bem público*” (art. 157);
- (ii) reduzir, proporcionalmente, a tarifa aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados. É o caso, dentre outras, da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 13 c.c 15, que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica está sujeita à seguinte condição: redefinição da “*tarifa ou receita inicial*” das concessionárias de geração, transmissão ou distribuição, pela “*ANEEL*”, sendo certo que, no “*cálculo*” das novas “*tarifas*” e “*receitas*”, a Agência Reguladora deverá considerar, somente “*quando houver*”, a “*parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo Poder Concedente*”³⁰²;
- (iii) promover novos investimentos na concessão. É o caso, dentre outras, da Lei 12.815/13, a qual prevê, em seu art. 57, § 1.º, que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário “*dependerá da aceitação expressa*” da seguinte condição pela arrendatária: “*obrigação de realizar [novos] investimentos*” na infraestrutura portuária, segundo “*plano*” de negócios elaborado pela própria contratada e aprovado pelo Poder Concedente;

³⁰² A propósito, **Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Melhado Araujo Lima** ensinam que o “*objetivo maior da prorrogação dos contratos de energia*” era “*capturar a amortização de investimentos e depreciação de bens das concessões e revertê-las com vistas à redução do custo da energia elétrica*”; em uma palavra: “[o] *objetivo fundamental da reforma era beneficiar o consumidor, em especial o consumidor cativo, por meio da redução da tarifa*” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. As modificações no Setor de Energia Elétrica... In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 328.).

- (iv) incluir cláusula de desempenho (parâmetros de qualidade do serviço) nos contratos de concessão. É o caso, dentre outras, da Lei 9.074/95, a qual prescreve, em seu art. 25, §§ 1.º e 2.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica será feita de acordo com a seguinte condição: o novo contrato de concessão deverá conter “*cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico*”, os quais serão fiscalizados por meio de “*índices apropriados*”, e aos quais serão vinculadas “*penalidades*” para o caso de descumprimento; e
- (v) extinguir o caráter de exclusividade da outorga. É o caso, dentre outras, da Lei 10.233/01, a qual preceitua, em seu art. 34-A, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário poderá ser realizada com ou sem “*caráter de exclusividade quanto a seu objeto*”.

Por fim, vale ressaltar que a identificação das finalidades genérica e específica da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) é importante, porque elas limitam a discricionariedade do Poder Concedente ao decidir sobre a matéria. De fato, **Jaime F. Rodriguez-Arana**³⁰³ ensina que “*las prórrogas establecidas por motivos de interés público se admiten sin más problemas*”; “[s]in embargo, hay que poner como límite infranqueable a ellas la desnaturalización de la causa y fin de la potestad”.

Apresentada a finalidade da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, a competência para a prática do ato.

³⁰³ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos...* 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 126.

7 Competência

Em Direito Público, competência é o conjunto de atribuições de um ente, órgão ou agente público, fixado (explícita ou implicitamente) pela Constituição ou pela lei³⁰⁴. Ela constitui um dos chamados elementos, pressupostos ou requisitos de validade dos atos administrativos. Por isso, o vício de competência é motivo para a invalidação do ato administrativo (Lei 4.717/65, art. 2.º, “a”, e par. ún., “a”) – conquanto ele possa (ou mesmo deva) ser convalidado em certos casos (Lei 9.784/99, art. 55)³⁰⁵.

Vejamos, a seguir, os principais temas relacionados à competência para a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão de serviço público; a saber: (i) a pessoa política competente para prorrogar; (ii) o poder estatal competente para prorrogar; (iii) o órgão ou a autoridade administrativa competente para prorrogar; e (iv) o caráter discricionário da competência para prorrogar.

7.1 Pessoa política competente para prorrogar

É cediço que a competência para a manifestação da vontade estatal deve ser analisada não apenas sob a perspectiva do órgão ou agente público competente para a prática do ato, mas também sob a da pessoa política competente para tanto³⁰⁶.

Nesse sentido, por força da autonomia dos entes federativos – mais especificamente, de sua capacidade de autoadministração (CRFB/88, art. 18), a pessoa política competente para prorrogar certo contrato de concessão de serviço público é precisamente a titular do serviço público em questão. Exemplo: a União Federal é competente para prorrogar os contratos de concessão do serviço público ferroviário, do qual é titular (CRFB/88, art. 21, XII, “d”); o

³⁰⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 139.; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 118.; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Delegação administrativa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 32.

³⁰⁵ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 54-57, 65-67 e 71-74.

³⁰⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967. p. 179.; MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 493-496.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 296-297.

Distrito Federal e os Estados-membros, para prorrogarem as concessões do serviço público de distribuição local de gás canalizado, do qual são titulares (CRFB/88, art. 25, § 2.º; e 32, § 1.º); e os Municípios, para prorrogarem os contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros, do qual são titulares (CRFB/88, art. 30, V).

Ademais, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 8.987/95, a qual estabelece: (a) em seu art. 2.º, que “*Poder Concedente*” é o ente federativo “*em cuja competência se encontre o serviço público [...] objeto de concessão*”; e (b) em seu art. 31, I, que “[i]ncumbe ao Poder Concedente [...] regulamentar o serviço concedido” – atribuição que compreende, certamente, a de decidir sobre a prorrogação da concessão; e
- (ii) da Lei 11.079/04, a qual dispõe, em seu art. 3.º, *caput* e § 1.º, que se aplicam à contratação de parcerias público-privadas os “*arts. 27 a 39 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*” – portanto, a competência para “*regulamentar o serviço concedido*”, conforme visto acima.

Por fim, a doutrina também deixa claro que a pessoa política competente para prorrogar certo contrato de concessão de serviço público é precisamente aquela titular do serviço público em questão. Com efeito, **Ives Gandra Martins**³⁰⁷ ensina que, “*nos limites da Constituição, cada entidade é absolutamente autônoma, não se permitindo que haja invasão das competências de atribuições e legislativa próprias das diversas unidades da Federação*”; e acrescenta: “*as competências privativas, seja de atribuições, seja legislativa, são impenetráveis pelas entidades que não as possuam*”. **Mário Masagão**³⁰⁸ leciona que “[a]s concessões são outorgadas pela União, pelos Estados ou pelos Municípios, de conformidade com a competência para a execução do serviço público respectivo”, cabendo, por conseguinte, a tais entes prorrogarem as concessões por si outorgadas. **Diogenes Gasparini**³⁰⁹ expõe que a Constituição da República atribuiu os diversos serviços públicos “*à cura da União, dos*

³⁰⁷ MARTINS, Ives G. da Silva. Competência privativa dos Estados para conceder serviços de exploração de linhas ferroviárias dentro do Estado... *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 303-317, abr./jun. 2002. p. 306-307.

³⁰⁸ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 275 e 277.

³⁰⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348-351.

Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios”, a quem cabe decidir, conforme a competência, sobre sua “*forma de execução*” (“*direta*” ou “*indireta*”) e, conseqüentemente, sobre a prorrogação das concessões; por fim, o autor acrescenta que “[q]ualquer interferência de uma das entidades políticas na execução dos serviços de outra é inconstitucional”. **Benedicto Porto Neto**³¹⁰ explica que a Constituição da República conferiu “*autonomia*” às pessoas políticas, pelo que estas têm “*competência privativa para organizar suas atividades administrativas*”, dentre elas, “*a prestação de serviços públicos*”; e acrescenta: com a concessão do serviço público, as pessoas políticas mantêm a “*titularidade sobre o serviço*”, razão pela qual cada uma delas “*segue responsável [...] pela sua organização e fiscalização*” e, portanto, pela “*prática de todos os atos indispensáveis à regularidade do serviço*” – notadamente, a prorrogação da concessão. E **Rafael Munhoz de Mello**³¹¹ esclarece que a “*cada ente estatal titular de serviço público [...] compete disciplinar o modo de sua prestação, no exercício do poder de auto-organização*”, razão pela qual “[a] matéria [ou seja, a prorrogação dos contratos de concessão] *deve ser disciplinada pelo titular do serviço público*”; em uma palavra: “[c]abe ao titular do serviço público, e apenas a ele, autorizar, ou não, a prorrogação da concessão, modelando, da forma que lhe pareça mais adequada, o regime de prestação do serviço”.

7.2 Poder estatal competente para prorrogar

Na seção 2 acima, vimos que: (i) o legislador constituinte originário recorreu aos institutos jurídicos da “*prorrogação*” e da “*renovação*” para tratar do prolongamento do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, atribuindo, coerentemente, regimes jurídicos distintos a tais institutos; (ii) a intervenção do Congresso Nacional no processo de renovação é uma das características específicas do regime jurídico da renovação; e (iii) as características específicas do regime jurídico da renovação não podem ser replicadas nas leis que regulam a prorrogação por interesse público, sob pena de igualar-se aquilo que o legislador constituinte originário diferenciou.

³¹⁰ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 52-54 e 61-62.

³¹¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 211.

Assim sendo, podemos concluir, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, que o Poder Executivo possui competência exclusiva para prorrogar o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público.

Ademais, poderíamos chegar ao mesmo resultado invocando o princípio da separação dos poderes (CRFB/88, art. 2.º), o qual, no Brasil, significa que os Poderes do Estado são “*independentes*” entre si, sujeitando-se, somente, aos limites (“*freios e contrapesos*”) previstos na Constituição da República. Sobre o ponto, vale trazer à baila a lição de **Márcio Iorio Aranha**³¹², para quem, “[p]or se tratar de exceção constitucional à separação dos poderes no que toca à reserva do processo administrativo de prestação indireta de serviços públicos ao Poder Executivo, a excepcional ingerência parlamentar no processo administrativo de concessão ou permissão de serviços de radiodifusão do art. 223 deve ser interpretada restritivamente”.

7.2.1 PRORROGAÇÃO POR LEI

Neste momento, cabe a pergunta: a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão pode ser realizada, diretamente, por lei? A título de exemplo, vale citar a Lei federal n.º 10.684, de 30 de maio de 2003, que alterou a redação da Lei 9.074/95, art. 1.º, § 3.º, para prorrogar, diretamente, por “*dez anos*”, o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de “*estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto*”.

A nosso sentir, não, a prorrogação por interesse público não pode ser realizada, diretamente, por lei. É que esse ato normativo violaria a competência exclusiva do Poder Executivo para decidir sobre o prolongamento do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público (CRFB/88, art. 175, par. ún., I c.c 223) e, por conseguinte, o princípio da separação dos poderes (CRFB/88, art. 2.º) – que, no presidencialismo (CRFB/88, art. 76), implica a independência do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo³¹³. Com efeito,

³¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2067.

³¹³ A propósito, **Luiz Pinto Ferreira** ensina que o presidencialismo se estrutura sob o “*postulado da restrita separação dos poderes*”, estabelecendo “*a mais franca independência do executivo frente ao parlamento*”; e conclui: é a “*plena independência do executivo diante do legislativo, característica básica do governo*”.

embora pressuponha autorização legislativa, a decisão sobre a prorrogação constitui típica função administrativa, da competência exclusiva do Poder Executivo.

Por fim, vale ressaltar que diversos doutrinadores de escol também entendem que a prorrogação por interesse público não pode ser realizada, diretamente, por lei. De fato, **Alexandre Santos de Aragão**³¹⁴ ensina que “a prorrogação das concessões só pode ser feita pela própria Administração Pública, em razão do princípio da separação dos poderes e de a prorrogação geralmente ter que envolver negociações para evitar desequilíbrio econômico-financeiro favorável ao concessionário”, “sendo inconstitucional a sua prorrogação diretamente por lei”. **Marçal Justen Filho**³¹⁵ leciona que “a decisão por estender o prazo de vigência de um contrato de concessão é uma decisão puramente administrativa”, é um “ato de gestão administrativa”, cabendo, pois, “à Administração Pública, não ao Poder Legislativo, exercer um juízo (devidamente motivado) acerca da prorrogação, ou não, do contrato de concessão, bem como sobre as suas condições específicas”. **Egon Bockmann Moreira**³¹⁶ expõe que as prorrogações “devem advir de ato formal celebrado por Concedente e concessionário”, razão pela qual “não é válida nem sequer a cogitação a propósito de aditamentos [...] normativos”. **Dilermando Gomes de Alencar**³¹⁷ esclarece que “[a] opção entre prorrogar, ou não, deve ser feita pelo administrador, e não pelo legislador”, pelo que “se repudia uma prorrogação automática decorrente de lei” – assim como “parece não ser admissível vedação à prorrogação pelo legislador”; em suma: “entende-se que, tanto a prorrogação dada diretamente pela lei, como sua exclusão pelo legislador ofendem o artigo 175, da Constituição de 1988”. E **Rafael Carvalho Rezende Oliveira**³¹⁸ explica que “a

congressional” (FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. v. 1, 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 240-255.). Cf., ainda: AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002. p. 296-297.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 506.

³¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 552 e 554.; Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 428-430.

³¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 132.

³¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132. Cf., ainda: Idem. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015. p. 917.

³¹⁷ ALENCAR, Dilermando Gomes de. Marco legal referente às prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 220 e 227.

³¹⁸ OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 266. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 168.

prorrogação só pode ser feita pela Administração Pública, sendo inconstitucional a prorrogação efetivada pela lei, em razão do princípio da separação dos poderes”.

7.3 Órgão ou autoridade administrativa competente para prorrogar

Como sabido, a competência dos órgãos e agentes públicos decorre, explícita ou implicitamente, do ordenamento jurídico³¹⁹.

Nesse sentido, ao tratar da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, a Lei 8.666/93, art. 57, § 2.º c.c 124, dispõe que *“toda prorrogação de prazo deverá ser [...] previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato”*. Cuida-se, evidentemente, de norma jurídica incompleta, cujo conteúdo só surge com a complementação por outras normas jurídicas, mais precisamente aquelas que estabelecem a competência para a celebração dos contratos de concessão de serviço público ou, diretamente, para sua prorrogação³²⁰. Com efeito, **Benedito Dantas Chiaradia**³²¹ ensina que a identificação da autoridade competente para prorrogar é *“matéria casuística”*, que *“depende do que dispõem textos legais, estatutos de estatais, termos de delegação de competência, outorgas de mandato e outros”*. Assim sendo, podemos concluir que o órgão ou a autoridade administrativa competente para autorizar a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) varia caso a caso.

A título de exemplo, vale citar os casos:

- (i) do Setor Elétrico, no qual a competência para a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público é fixada: (a) pela Lei 12.783/13, art. 1.º; 2.º; 5.º, *caput* e § 2.º; 6.º; 7.º; 11, § 2.º; e 12, § 1.º; (b) pelo Decreto federal n.º 7.805, de 14 de setembro de 2012, art. 1.º; 2.º, *caput* e §§ 3.º e 5.º; e 17; e (c) pelo Decreto federal

³¹⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 63 e 66.; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 157.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 98.

³²⁰ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Batista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 116-123.

³²¹ CHIARADIA, Benedito Dantas. *As licitações e os contratos administrativos...* 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ, 2013. p. 348.

n.º 8.641, de 2 de junho de 2015, art. 1.º; 7.º, *caput* e §§ 1.º e 2.º. E esses atos normativos estabelecem que: (a) a “*decisão*” sobre a “*prorrogação*” das concessões do serviço público de energia elétrica caberá ao “*Poder Concedente*”, o qual “*é representado pelo Ministério de Minas e Energia*”; e (b) a “*Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*” será responsável por “*instruir os processos de prorrogação*”, recebendo os “*requerimentos*” das concessionárias, e encaminhando-os ao “*Ministério de Minas e Energia*”, com sua “*manifestação quanto à prorrogação*”;

- (ii) do Setor Portuário, no qual a competência para a prorrogação dos contratos de concessão e de arrendamento é fixada: (a) pela Lei 12.815/13, art. 57; (b) pelo Decreto federal n.º 8.033, de 27 de junho de 2013, art. 1.º, par. ún.; 19; e 19-A; (c) pela Portaria SEP/PR n.º 349, de 30 de setembro de 2014, art. 3.º, 4.º e 5.º; e (d) pela Resolução ANTAQ n.º 3.220, de 8 de janeiro de 2014, art. 6.º, § 2.º. E esses atos normativos dispõem que: (a) os “*contratos concessão e de arrendamento*” serão prorrogados a critério do “*Poder Concedente*”, o qual “*será exercido pela União por intermédio do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ouvidas as respectivas Secretarias*” – notadamente, a “*Secretaria Nacional de Portos*”; e (b) à “*Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ*” e à “*autoridade portuária do porto organizado*” compete subsidiar a decisão do Poder Concedente; e
- (iii) do Setor Ferroviário, no qual a competência para a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público é fixada: (a) pela Lei 13.448/17, art. 3.º; (b) pelo Decreto federal n.º 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, art. 13, X; (c) pela Portaria GM n.º 399, de 17 de dezembro de 2015, art. 1.º; e (d) pela Resolução ANTT n.º 4.975, de 18 de dezembro de 2015, art. 4.º, § 4.º. E esses atos normativos preveem que compete à “*Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT*” decidir sobre a “*prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias*”, observadas as “*diretrizes*” fixadas pelo “*Ministério dos Transportes*”.

Por fim, vale ressaltar que a jurisprudência já declarou, em diversas oportunidades, a nulidade da prorrogação de contratos administrativos realizada sem prévia autorização da autoridade competente. Com efeito, no julgamento do REsp 735.698/RJ, a Segunda Turma do

Superior Tribunal de Justiça decidiu que a “*prorrogação*” de “*contrato administrativo*” de grande vulto (“*contrato envolvendo milhões de dólares americanos ou bilhões de reais*”) por “*simples carta*” de um “*superintendente*” da “*Petrobrás*”, e não pela “*Diretoria Executiva*” da estatal, é “*ilegal*” por violar o “*parágrafo 2.º, do art. 57, da Lei de Licitações, que exige seja a prorrogação proposta e deferida por escrito e previamente autorizada por autoridade competente*” – não podendo ser aplicada, sequer, a “*teoria da aparência*”. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon; *verbis*:

Para exata compreensão da controvérsia, destaco os principais fatos que apoiam a pretensão indenizatória contra a ora recorrente:

[...]

5) a **PETROBRÁS contestou a ação** (fls. 426/442) alegando estarem os prazos do contrato e de prorrogação em até 180 (cento e oitenta) dias previstos nos editais da licitação e no contrato firmado entre as partes, **não tendo uma mera carta do Superintendente o condão de prorrogar um formal contrato. Para a ré, a carta não firmou qualquer ajuste quanto à prorrogação do prazo de tolerância**, tratando-se de mera opinião de seu subscritor, **sendo documento sem validade para o fim a que se propôs, expedido** sem a observância das formalidades legais, **por agente incapaz, fora dos limites de sua competência e sem a ratificação da Diretoria Executiva da empresa**, sendo inaplicável a **teoria da aparência** em se tratando de complexa sociedade de economia mista.

[...]

Ora, **uma carta do preposto da PETROBRÁS, por mais competência e autonomia que tenha, não é suficiente para funcionar como termo aditivo de um contrato administrativo do porte da avença questionada nestes autos, funcionando como sendo o consentimento do representante da contratante à proposta de prorrogação**, proposta esta que rompeu o edital e o contrato.

[...]

Entendo que **foi, efetivamente, violado o disposto no art. 57, da Lei 8.666/93**, devendo ser provido o especial para considerar rescindido o contrato, por descumprimento por parte das autoras, em razão da não-entrega da encomenda no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após vencimento do prazo estipulado, como constou do edital e do contrato. (STJ, REsp 735.698/RJ, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, j. 18/12/2007, DJ 13/02/2008)³²² (grifo nosso)

³²² No mesmo sentido: TRF/1, AC 0000120-92.2002.4.01.3400/DF, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 30/08/2010.; TRF/2, AG 2008.02.01.001044-6, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, DJU 02/12/2008.; TRF/3, AC 0000521.75.2009.403612-1, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Márcio Moraes, e-DJ 13/12/2013.; TRF/4, AC 5013966-59.2011.404.7000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 21/09/2012.; TRF/5, AC 2007.81.00.002105-4, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, DJE 14/10/2011.

7.4 Caráter discricionário da competência para prorrogar

Segundo a inexistência ou existência de margem de liberdade para o agente público decidir sobre a atuação administrativa, os atos administrativos podem ser classificados em: (i) atos praticados no exercício de competência vinculada ou, elipticamente, atos vinculados; e (ii) atos praticados no exercício de competência discricionária ou atos discricionários. Nos primeiros, todos os aspectos do ato administrativo são predeterminados pela regra de competência, razão pela qual inexistente margem de liberdade para o agente público decidir sobre a atuação administrativa: diante de certa situação fática, ele poderá adotar somente uma conduta. Nos segundos, nem todos os aspectos do ato são predeterminados pela regra de competência (notadamente, o motivo e/ou o conteúdo), de modo que existe margem de liberdade para o agente público decidir sobre a atuação administrativa: diante de dada situação fática, ele poderá adotar uma ou outra conduta (a melhor para satisfazer o interesse público diante das circunstâncias do caso concreto), segundo um juízo de conveniência e oportunidade, orientado pela finalidade da lei³²³.

Nesse sentido, podemos concluir que:

- (i) o Poder Concedente decide, discricionariamente, sobre a prorrogação ou não dos contratos de concessão de serviço público, sobre o momento da prorrogação de tais ajustes, sobre as condições para sua prorrogação e sobre o prazo dessa prorrogação; e
- (ii) como o Poder Concedente atua no exercício de competência discricionária, as concessionárias de serviço público não têm direito subjetivo à prorrogação por interesse público, mas, sim, mera expectativa de direito³²⁴.

³²³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual. por Gustavo Binenbojm. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010. p. 91-92 e 122-123.; MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 473.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade...* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 33.

³²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66 e 81.

De fato, é o que extraímos das expressões “*poderão ser prorrogados*”, “*a critério do Poder Concedente*” e quejandas constantes, dentre outras: (i) da Lei 9.074/95, art. 1.º, V e §§ 2.º e 3.º; 4.º, §§ 2.º e 3.º; 17, § 5.º; 19; 20; 22; 23, § 3.º; e 27, *caput* e §§ 1.º e 4.º; (ii) da Lei 9.427/96, art. 26, § 7.º; (iii) da Lei 9.472/97, art. 99; (iv) da Lei 12.783/13, art. 1.º; 2.º; 5.º; 6.º; 7.º; e 12; (v) da Lei 12.815/13, art. 57, §§ 1.º e 3.º; e (vi) da Lei 13.448/17, art. 4.º, I e II; e 5.º, §§ 1.º e 3.º; e 10, par. ún. Com efeito, essas expressões revelam que o legislador ordinário atribuiu ao Poder Concedente a faculdade de prorrogar os contratos de concessão de serviço público, e não a obrigação de fazê-lo³²⁵.

Sobre o ponto, o caso do Setor Ferroviário é emblemático. De fato, a Lei 13.448/17 estabelece: (i) em seu art. 5.º, § 1.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário está sujeita “*à discricionariedade do órgão ou da entidade competente*”; (ii) em seu art. 4.º, I e II, que tal prorrogação poderá ser realizada no “*término do prazo de vigência do ajuste*” ou “*antes*” dele – prorrogação comum e antecipada; (iii) em seu art. 5.º, § 3.º, que os contratos de concessão do serviço público ferroviário poderão ser prorrogados “*por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação fixado ou admitido no contrato*”; e (iv) em seu art. 11, par. ún., que a prorrogação de tais contratos será submetida, previamente, à consulta pública, na qual a ANTT deverá apresentar a motivação para as “*condições propostas*” à concessionária. Ou seja: como visto acima, o Poder Concedente decide, discricionariamente, sobre: (i) a prorrogação, ou não; (ii) o momento da prorrogação; (iii) o prazo da prorrogação; e (iv) as condições para a prorrogação.

De outra parte, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que o Poder Concedente decide, discricionariamente, sobre a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público. Com efeito, no julgamento do RE 573.556 AgR/RS, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que “*não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público*”, mas “*mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Ayres Britto; *verbis*:

³²⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

5. [...] Tenho que a insurgência não merece acolhida. É que, segundo consignei no julgamento do MS 27.008, de que fui relator, **não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. O que há, nesses casos, é mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública**, quando embasada na lei. (STF, RE 573.556 AgR/RS, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Ayres Britto, j. 14/02/2012, DJe 07/03/2012)³²⁶ (grifo nosso)

E, no julgamento do MS 20.468/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afirmou que as permissionárias do serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros não têm “*direito líquido e certo*” à prorrogação dos respectivos contratos de permissão, mas, apenas, “*expectativa de direito*”, porquanto tal prolongamento é um “*ato discricionário*”, uma “*faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade*”, pelo que é plenamente possível que a prorrogação não ocorra em razão da “*ausência de interesse da Administração Pública*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

Ora, a decisão transitada em julgado dispôs que o prazo seria de 15 anos prorrogáveis por igual período, ou seja, consignou, tão somente, a possibilidade de prorrogação por mais 15 anos, **não havendo**, dessa forma, **direito líquido e certo a tal prorrogação, uma vez que esta é faculdade outorgada à Administração, exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade**.

Assim, ao reconhecer a possibilidade de prorrogação das permissões originais, o juízo nada mais fez do que declarar **a expectativa de direito dos autores na aludida prorrogação, que não pode nem deve ser confundida com o direito a tal prorrogação**.

Dessa forma, o que se tem de líquido e certo é, apenas, o direito dos novos contratos assinados pelas autoras e pela ré em abril de 1999, em relação às linhas de transportes interestaduais de passageiros de ônibus que se encontravam concedidas e/ou permitidas sob a égide do Decreto n.º 952/93, ter prazo de 15 (quinze) anos, no presente caso, até 08.10.2008, que poderiam ter sido prorrogados por mais 15 anos, em razão da garantia da aplicação do Decreto n.º 952/93, e não do Decreto n.º 2.521/98, **o que não ocorreu por motivo de ausência de interesse da Administração Pública**. (STJ, MS 20.468/DF, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 11/12/2013, DJe 05/02/2014)³²⁷ (grifo nosso)

³²⁶ No mesmo sentido: RMS 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 21/11/2017, DJe 19/03/2018.; MS 33.983 AgR/MG, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Roberto Barroso, j. 15/03/2016, DJe 10/05/2016.; MS 27.008/AM, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Ayres Britto, j. 17/02/2010, DJe 12/03/2010.

³²⁷ No mesmo sentido: STJ, EDcl no MS 20.468/DF, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/03/2014, DJe 02/04/2014.; RMS 38.334/PE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 26/02/2013, DJe 05/03/2013.; REsp 524.811/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, j. 14/12/2004, DJ 11/04/2005. Cf., ainda: TRF/1, AC 0003213-96.2008.4.01.4000/PI, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (Conv.), e-DJF1 de 23/06/2016.; TRF/2, AC 2008.51.06.000984-3/RJ, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Juíza Federal Carmen Sílvia Lima de Arruda (Conv.), j. 11/07/2011, DJ 20/07/2011.; TRF/3, AC 0010297-09.2007.4.03.6109/SP, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Juiz Federal Rubens

De outra parte, a doutrina também afirma, de maneira uniforme, que a prorrogação por interesse público possui caráter discricionário e, por conseguinte, que o Poder Concedente não tem o dever de prorrogar, nem a concessionária, o direito subjetivo à prorrogação. De fato, **Hely Lopes Meirelles**³²⁸ ensina que a “*prorrogação do contrato*” depende, para que se efetive, da “*existência de interesse para o serviço público*”, do “*interesse da Administração em prorrogar determinado contrato*”, pelo que ela é realizada “*a exclusivo critério da Administração*”. **Caio Tácito**³²⁹ leciona que a “*prorrogação dos contratos de concessão*” é “*uma faculdade do Poder Concedente, a ser exercida em benefício da continuidade do serviço, à luz de um juízo discricionário*”, de um “*juízo de valor sobre a utilidade pública de que se reveste a prorrogação*”. **Egon Bockmann Moreira**³³⁰ expõe que “*a decisão é discricionária e privativa da Administração Pública, que não está obrigada a rescindir, nem a fazer novas licitações, nem a prorrogar os contratos*”; com efeito, “[e]la deve examinar e comparar as três possibilidades – e adotar a mais eficiente, em vista das alternativas que o cenário econômico lhe autorizar”. **Lucas Navarro Prado e Luis Felipe Valerim Pinheiro**³³¹ explicam que, “*na maioria dos setores de infraestrutura, há a prerrogativa discricionária do Poder Concedente em definir o momento e o conteúdo da extensão do prazo da concessão*”; e que, por isso, “*pode-se dizer que, como regra geral, as prorrogações (a) não constituem direito subjetivo dos concessionários*”. E **Carlos Afonso Rodrigues Gomes**³³² esclarece que “*é certo que a legislação vigente deu guarida para a prorrogação do contrato de concessão em testilha*”; “[t]odavia, não se trata de ato vinculado, na medida em que tal ato de prorrogação deverá contar com justas razões, inclusive, com a demonstração não só do cumprimento das obrigações anteriormente assumidas pelo arrendatária, mas que a prorrogação, no caso, é mais interessante para a Administração Pública do que a realização de novo certame”; e acrescenta: “*Assim, feitas tais considerações, parece evidente que o ato de prorrogação é*

Calixto (Conv.), j. 16/05/2013, e-DJF3 24/05/2013.; TRF/4, AG 2009.04.00.030543-4, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha, D.E. 15/03/2010.; TRF/5, AC 523.824/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Conv.), j. 17/05/2016, DJE 20/05/2016.

³²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47-48. Cf., ainda: *Ibidem*, v. 6, 1982, p. 408.; *Ibidem*, v. 10, 1988, p. 153-154 e 160-161.

³²⁹ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1322-1323.

³³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015. p. 917.

³³¹ PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 434 e 445.

³³² GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Novo modelo de concessão portuária... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 36, p. 43-73, out./dez. 2011. p. 70-71.

discricionário, e que a Administração se vê obrigada a apresentar as razões para a prorrogação, demonstrando tratar-se de situação de vantagem para o interesse público”.

Neste momento, vale ressaltar que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem: a primeira significa margem de atuação dentro da lei; e a segunda atuação à margem da lei³³³. Assim sendo, não havendo interesse público na retomada do serviço público para prestação direta, e estando presentes todos os pressupostos para a prorrogação por interesse público (notadamente, a vantajosidade da medida), a discricionariedade “concreta” (“*in concreto*”) ou “dinâmica” (“*in actu*”) do Poder Concedente (isto é, aquela que remanesce depois de confrontada a regra de competência com o caso concreto³³⁴) será bastante reduzida – para não dizer nenhuma. A propósito, **Cármen Lúcia Antunes Rocha**³³⁵ ensina que a “competência discricionária” do Poder Concedente para prorrogar as concessões de serviço público não pode ser confundida com “competência livre”, que “[n]ão se pode cogitar, por certo, de ter sido deixado arbítrio ao administrador concedente para prorrogar, ou não, a concessão, conforme os seus caprichos, humores ou qualquer outra condição inteiramente subjetiva, por ser isso absolutamente incompatível com os princípios que regem a Administração Pública”; e conclui: “[a]rbítrio é o contrário do Direito, é o não-Direito, é a ausência de Direito a determinar num sentido a conduta pública”.

Por fim, é preciso destacar que a lei, o regulamento e/ou o próprio contrato de concessão podem limitar ou, até mesmo, eliminar a discricionariedade do Poder Concedente, estabelecendo, de antemão, algumas ou todas as condições para a prorrogação da concessão. É o caso da chamada “*prorrogação-prêmio*” ou “*premiar*”. Nessa hipótese, preenchidas todas as condições objetivas para a prorrogação, o Poder Concedente decide, de maneira vinculada, sobre a matéria, e a concessionária faz jus ao prolongamento de prazo, conforme visto na seção

³³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967. p. 156.

³³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 404-407. Cf., ainda: Idem. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tirag. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36-41.

³³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 61-62. Cf., ainda: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 917.; AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 55.; GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Prorrogação das concessões do Setor Elétrico: o caso Cemig. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 154, p. 46-50, jun. 2013. p. 48.

2.3.1.3 acima. **Jacinto Arruda Câmara**³³⁶ aborda o ponto com precisão, lecionando que a Lei 8.987/95 foi “*aberta*” em relação à prorrogação dos contratos de concessão de serviço público: previu que tais ajustes devem dispor sobre “*as condições para a prorrogação do contrato (art. 23, XII)*”, mas não fez qualquer determinação sobre o “*conteúdo*” da cláusula de prorrogação; assim sendo, o “*nível de certeza*” em relação à prorrogação pode variar em cada caso concreto; com efeito, o Poder Concedente tem a “*opção*” de estabelecer, no contrato de concessão, que a prorrogação é um “*direito*” da concessionária ou uma “*mera expectativa de direito*”: na primeira hipótese, o contrato está a “*vincular a decisão*” do Poder Concedente, que só poderá recusar a prorrogação, se demonstrar o “*desempenho insatisfatório da concessionária*”; na segunda, a prorrogação constitui “*medida consensual, aceita pelo Estado com base em poder discricionário que lhe é conferido constitucionalmente (CF, art. 175, parágrafo único)*”, de modo que o Poder Concedente dispõe de “*ampla discricionariedade*” para prorrogar, ou não, o contrato, baseado em uma “*avaliação de conveniência e oportunidade*”, devendo as partes – Poder Concedente e concessionária – decidir, “*de comum acordo*”, sobre a “*conveniência da prorrogação*”: “[o] *interesse público, de um lado, e o interesse econômico da concessionária [de outro] deverão estar, mais uma vez, em sintonia para que a relação jurídica seja estendida por igual período*”.

Apresentados os principais temas relativos à competência para a prorrogação por interesse público, vejamos, agora, o motivo para a prática desse ato.

³³⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347-348. Cf., ainda: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 169.; GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593, 597 e 605.; CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 212-214.

8 Motivo

O motivo é outro dos chamados elementos, pressupostos ou requisitos de validade dos atos administrativos (Lei 4.717/65, art. 2.º, “d” e par. ún, “d”). Ele pode ser conceituado como o conjunto dos pressupostos de direito e de fato que habilitam (comandam ou permitem) a prática do ato administrativo (Lei 9.784/99, art. 2.º, par. ún., VII; e 50). Assim sendo, o motivo do ato administrativo classifica-se em: (i) motivo legal ou de direito; e (ii) motivo material ou de fato: o primeiro é a regra de competência que habilita a prática do ato administrativo; o segundo, a situação fática que produz tal efeito. Por fim, vale ressaltar que o motivo pode ser predeterminado, ou não, pela regra de competência, constituindo, respectivamente, um elemento vinculado ou discricionário do ato administrativo³³⁷.

Assim sendo, podemos concluir que:

- (i) o motivo de direito da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) são as leis gerais e setoriais que habilitam a prática desse ato administrativo (*lato sensu*); e
- (ii) o motivo de fato, uma situação fática (excepcional) caracterizadora da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade, situação essa avaliada pelo Poder Concedente com base em um juízo de conveniência e oportunidade (motivo discricionário), salvo no caso da prorrogação premial (motivo vinculado).

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 8.º, que o Poder Concedente deve demonstrar a “*vantagem*” da prorrogação dos contratos de concessão dos serviços

³³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 195-198.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 369-376.; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 97.

públicos rodoviário e ferroviário “*em relação à realização de nova licitação para o empreendimento*”; e, por analogia,

- (ii) da Lei 8.666/93, a qual dispõe, em seu art. 57, II, que os contratos de serviço de execução continuada podem ser prorrogados “*com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração*”³³⁸.

Em verdade, entendemos que a exigência de vantajosidade da prorrogação por interesse público decorre da própria Constituição da República. Com efeito, na seção 1.1.2.2 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, *caput* e par. ún., I, estabelece que o instituto jurídico da prorrogação possui “*caráter especial*” (ou excepcional) em relação ao instituto jurídico da licitação pública, podendo ser utilizado, apenas e tão somente, nos casos em que o interesse público consubstanciado no prolongamento de prazo efetivamente justificar a prorrogação. No contexto da prorrogação por interesse público, isso significa, a nosso sentir, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público só pode ser prolongado diante de situação excepcional, caracterizadora da vantagem da prorrogação em relação às opções da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que a prorrogação por interesse público só tem lugar, se a medida for mais vantajosa que a realização de licitação pública para nova outorga do serviço público. De fato, no julgamento do MS 20.432/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afirmou que a licitação pública “*é a regra*”, e a prorrogação, “*a exceção, que somente se justifica se essa escolha se despontar eficiente*” “*em termos de custos e benefício*”. Eis o trecho principal do voto do Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

60. Contrato de concessão com prazo certo é a regra. A prorrogação é a exceção, que somente se justifica se essa escolha se despontar eficiente. Eficiência, em

³³⁸ Ou seja: tal como os contratos de concessão de serviço público, os contratos de serviços de execução continuada só podem ser prorrogados, por razões de conveniência e oportunidade, se o contratado concordar em praticar, no âmbito da relação contratual em questão, condições mais vantajosas do que as que a Administração Pública, com base em ampla pesquisa de mercado, espera obter com a realização de nova licitação pública. Ao tratar do tema, **Fernando Antônio Dusi Rocha** ensina que “[a] justificativa para tal condicionamento é simples: se a licitação visa à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a prorrogação não poderia fugir a esta finalidade” (ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *Regime jurídico dos contratos da Administração...* 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 177.).

termos de relação de custo e benefício ou equilíbrio de resultados para investidores e benefícios para a coletividade de usuários, é a base da regulação por incentivo, sistemática abonada pela literatura especializada. (STJ, MS 20.432/DF, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Ari Pargendler, Relator(a): p/ acórdão Ministro Herman Benjamin, j. 24/06/2015, DJe 15/02/2016)³³⁹ (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que *“a prorrogação contratual [...] demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação”*. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º AC 2.200-35/15-Plenário; *verbis*:

17. Voltando ao núcleo do tema, observa-se que a exegese do multicitado art. 57, da Lei n.º 12.815/2013, mostra-se compatível com o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência no sentido de que a **prorrogação contratual** não constitui direito adquirido do contratado, sendo decisão discricionária da Administração Pública, sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade e às seguintes **condições**: [...]; e ii) **sua efetivação** não é automática, pois **demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação.** (grifo nosso)

Por fim, a doutrina também entende que a prorrogação por interesse público só pode ser realizada diante de uma situação de fato caracterizadora da vantajosidade da medida. Com efeito, **Lino Torgal**³⁴⁰ ensina que a prorrogação dos contratos de concessão só tem lugar, quando, a partir de uma *“ponderação”*, o Poder Concedente concluir, *“em face das circunstâncias do caso concreto”*, pela *“existência [...] de interesse em permitir ao concessionário o exercício dos direitos outorgados pelo contrato por um período adicional”*, juízo administrativo que só será positivo, quando *“se verificar que a actuação pretérita do co-contratante justifica um renovado voto de confiança”* e, sobretudo, quando *“se estimar que,*

³³⁹ No mesmo sentido: STJ, RMS 24.118/PR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Teori Albino Zavascki, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008. Cf., ainda: TRF/2, AC 2008.51.01.003922-0, Órgão Julgador: Oitava Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Vera Lucia Lima, E-DJ 03/10/2012.; TRF/3, AC 0008725-83.2009.4.03.6000, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Andre Nabarrete, e-DJ 25/05/2016.; TRF/5, AC 2007.81.00.002105-4, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, DJE 14/10/2011.

³⁴⁰ TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 229-230. Cf., ainda: AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORRAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002. cap. 9. p. 541-547 e 571.

tudo ponderado, essa solução prossegue, mais cabalmente, o interesse público do que as alternativas de exercício pela Administração das actividades em causa ou de abertura de um procedimento concorrencial visando à escolha de uma nova proposta para o efeito”. **Flavio Amaral Garcia**³⁴¹ leciona que “[a] decisão que prorroga o prazo de um contrato de infraestrutura de longa duração é fruto de uma ponderação realizada pelo gestor, que considera concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação, e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública”. **Ricardo Martins Sant’Anna**³⁴² expõe que, por força dos “princípios que norteiam a Administração Pública”, a prorrogação das concessões de energia elétrica possui “caráter excepcional”, podendo ser realizada, se e somente se “houver interesse público objetivamente comprovado”, apto a “caracterizar a hipótese da prorrogação como melhor alternativa do que uma licitação” – “[d]o contrário, deve-se adotar o certame”; e continua: por isso, “[é] necessário apresentar evidências concretas de que a prorrogação da concessão é mais satisfatória ao interesse público do que desencadear nova licitação”, e “[a]s justificativas terão de ser técnicas”. **Rafael Wallbach Schwind**³⁴³ explica que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário pode ser realizada, desde que ela seja “a solução mais vantajosa para o interesse público”, contanto que seja “devidamente motivada com base em elementos que apontem para a sua vantajosidade”, hipótese em que “não haverá nenhuma ofensa à moralidade administrativa nem ao princípio da licitação”. E **Carlos Fernando do Nascimento**³⁴⁴ esclarece que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário só tem lugar, se um “estudo técnico – creio que nos moldes de uma análise de impacto” – “demonstrar que há vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação”, isto é, que a prorrogação “é, naquele determinado momento, melhor que a licitação”, enfim, que “a prorrogação atende melhor ao interesse público”; e adverte: “a prorrogação de um contrato de concessão não

³⁴¹ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593-594. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 423-425.

³⁴² SANT’ANNA, Ricardo Martins. A ausência de critérios objetivos para a prorrogação de concessões... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. passim.

³⁴³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 498 e 506.

³⁴⁴ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 23, 38 e 50.

pode ser [...] firmada, se, analisando os impactos da prorrogação, a licitação ou, eventualmente, a prestação direta, for mais vantajosa”³⁴⁵.

Apresentado o motivo da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, o objeto e o conteúdo do ato.

³⁴⁵ Ao analisar, especificamente, o motivo da prorrogação por interesse público, **Egon Bockmann Moreira** afirma que, ao final da concessão, o Poder Concedente possui “três alternativas”: ou “retoma os bens e serviços e assume sua prestação”; ou “realiza nova licitação e faz outros contratos”; ou “prorroga”. E, em seguida, o autor conclui: no “atual panorama econômico brasileiro”, a prorrogação parece ser a alternativa “mais eficiente”, porque: (i) a prestação direta “exige dinheiro em caixa e capacidade de gerenciar os bens e serviços”, sendo “público e notório que os governos – federal, estaduais e municipais – estão quebrados”, não tendo condição de “assumir novas despesas”; e (ii) a realização de nova licitação pública pressupõe “muitos interessados em concorrer”, o que não se verifica, já que “muitas das sociedades empresariais que investem e transitam no setor de concessões estão em situação bastante complicada, com as finanças igualmente rarefeitas” (MOREIRA, Egon Bockmann. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015. p. 917-918.). A nosso sentir, a avaliação do eminente administrativista é correta.

9 Objeto e conteúdo

Em geral, a doutrina ensina que os elementos, pressupostos ou requisitos de validade do ato administrativo são a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade (Lei 4.717/65, art. 2.º). Nada obstante, alguns autores desdobram o objeto em objeto propriamente dito e conteúdo. Para tais autores, objeto é a relação jurídica sobre a qual o ato administrativo incide; e conteúdo, seu efeito jurídico (típico ou próprio) sobre essa relação (basicamente, criar, modificar ou extinguir direitos). Em uma palavra: objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe; conteúdo, aquilo que o ato dispõe³⁴⁶.

Nesse sentido, podemos afirmar que:

- (i) o objeto da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) é a relação jurídica concessória, mais especificamente os termos dessa relação jurídica, constantes não apenas da cláusula de prazo, mas também de quaisquer outras cláusulas do contrato de concessão – sejam elas regulamentares ou econômicas; e
- (ii) o conteúdo da prorrogação por interesse público é a modificação da relação jurídica concessória, prolongando sua duração, redefinindo seu equilíbrio econômico-financeiro e promovendo quaisquer outras alterações (acordadas pelas partes) necessárias para adaptar a forma de prestação do serviço público concedido ao interesse público – respeitado, porém, sempre, o objeto original da concessão.

Com efeito, é o que extraímos, dentre outras, das seguintes leis, as quais estabelecem, claramente, que a prorrogação por interesse público incide sobre:

- (i) a cláusula de prazo do contrato de concessão, prolongando a duração da relação jurídica concessória: (a) Lei 8.987/95, art. 18, I e XIV; e 23, I e XII; (b) Lei

³⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 40-42.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 88 e 111-112.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 295-307.; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 47-59.; FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. p. 42.

9.074/95, art. 1.º, V e §§ 2.º e 3.º; 4.º, §§ 2.º e 3.º; e 23, § 3.º; (c) Lei 9.472/97, art. 99; (d) Lei 10.233/01, art. 14, § 1.º; 28, II, “d”; 33; 34-A; e 35, II; (e) Lei 11.079/04, art. 5.º, I; e 11; (f) Lei 12.783/13, art. 9.º; e (g) Lei 13.448/17, art. 4.º, I e II;

- (ii) as cláusulas econômicas do contrato de concessão, redefinido o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica concessória, mediante: (a) o pagamento pela prorrogação da outorga: (aa) Lei 9.074/95, art. 4.º, § 1.º; (ab) Lei 9.472/97, art. 93, VI; e 99, § 1.º; (ac) Lei 12.783/13, art. 2.º, *caput* e §§ 1.º-A e 5.º; e (ad) Lei 13.448/17, art. 7.º; e 8.º, § 1.º, VII; (b) a redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos já amortizados: (ba) Lei 12.783/13, art. 1.º, § 1.º, I; 6.º, par. ún., I; 13; e 15; e (c) a realização de novos investimentos na concessão: (ca) Lei 12.815/13, art. 57, § 1.º; e (cb) Lei 13.448/17, art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º, § 1.º, I e V; 9.º; e 25, § 1.º; e
- (iii) as cláusulas regulamentares do contrato de concessão, alterando a forma de prestação do serviço público concedido para adaptá-la ao interesse público, mediante: (a) a renúncia a direitos incompatíveis com o ordenamento jurídico em vigor: (aa) Lei 9.074/95, art. 17, § 5.º; 19; 25; e 27, § 4.º; e (ab) Lei 12.783/13, art. 11, § 4.º; (b) a inclusão de cláusula de desempenho (parâmetros de qualidade) nos contratos de concessão: (ba) Lei 9.074/95, art. 17, § 5.º; 19; 25, §§ 1.º e 2.º; e 27, § 4.º; (bb) Lei 12.783/13, art. 1.º, § 1.º, III; e 6.º, par. ún., II; e (bc) Lei 13.448/17, art. 9.º, II; (c) a adoção das melhores práticas regulatórias nos contratos de concessão: (ca) Lei 13.448/17, art. 3.º, 6.º e 7.º; (d) a extinção do caráter de exclusividade da outorga: (da) Lei 9.074/95, art. 15; e (db) Lei 10.233/01, art. 34-A; (e) a reorganização da área de concessão: (ea) Lei 9.074/95, art. 17, § 5.º; e 22; (eb) Lei 9.472/97, art. 99, § 3.º; e (ec) Lei 13.448/17, art. 25, §§ 1.º e 2.º, I, III e IV; (f) a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários: (fa) Lei 12.783/13, art. 1.º, §§ 1.º e 3.º, II; e (fb) Lei 13.448/17, art. 9.º, III e § 1.º; (g) a incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) nos contratos de concessão: (ga) Lei 13.448/17, art. 3.º; 6.º; 22; e 25, *caput* e § 2.º, II; e (h) quaisquer outras finalidades públicas buscadas pelo Poder Concedente no momento da prorrogação: (ha) Lei 9.472/97, art. 99, § 1.º.

Como exemplo dos itens (i), (ii) e (iii) acima, vale mencionar, por todas, a Lei 13.448/17, a qual estabelece:

- (i) em relação ao primeiro item, que a prorrogação por interesse público dos contratos de concessão do serviço público ferroviário consiste na “*alteração do prazo de vigência do contrato de parceria*” (art. 4.º, I e II);
- (ii) em relação ao segundo, que tal prorrogação está sujeita às seguintes condições: (a) o “*pagamento*” dos “*valores devidos ao Poder Público pelas prorrogações*” (art. 7.º; e 8.º, § 1.º, VII); e/ou (b) a inclusão de “*novos investimentos*” nos contratos prorrogados (art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º, § 1.º, I e V; 9.º; e 25); e
- (iii) em relação ao terceiro item, que a prorrogação por interesse público dos contratos de concessão do serviço público ferroviário também está sujeita às seguintes condições: (a) a adoção das “*melhores práticas regulatórias*” nos contratos prorrogados, notadamente mediante a definição de “*parâmetros de qualidade do serviço*” (art. 9.º, II) e de “*mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos [...] como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga*” (art. 3.º, 6.º e 7.º); (b) a extinção do “*caráter de exclusividade quanto a seu objeto*” (art. 21); (c) a realização de “*alterações*” nos contratos prorrogados com vistas a “*solucionar questões operacionais e logísticas*”, sendo certo que tais alterações poderão compreender a “*reconfiguração da malha ferroviária*” (art. 25, §§ 1.º e 2.º, I, III e IV); (d) a “*garantia contratual de [...] acesso à infraestrutura ferroviária*” aos demais operadores de transporte ferroviário (notadamente, ao chamado “*operador ferroviário independente*”), cabendo à ANTT fixar os “*níveis de capacidade de transporte*” que serão assegurados a “*terceiros*”, bem assim “*acompanhar o seu atendimento*” pela concessionária de serviço público (art. 9.º, III e § 1.º); e/ou (e) a incorporação de “*novas tecnologias e serviços*” nos contratos prorrogados (art. 3.º, 6.º e 22), bem assim a “*extinção de serviços*” (art. 25, *caput* e § 2.º, II).

De outra parte, a doutrina também deixa claro qual é o objeto e o conteúdo da prorrogação por interesse público dos contratos de concessão.

Com efeito, ensina que a prorrogação por interesse público incide sobre a cláusula de prazo do contrato de concessão, prolongando a duração da relação jurídica concessória, dentre outros, **Jaime F. Rodriguez-Arana**³⁴⁷, para quem “[e]l efecto principal del acuerdo de prórroga es el de la ampliación del plazo”.

Por sua vez, lecionam que a prorrogação por interesse público incide sobre as cláusulas econômicas do contrato de concessão, redefinindo o equilíbrio econômico-financeiro da relação jurídica concessória, dentre outros, **Alexandre Santos de Aragão**³⁴⁸, para quem “se presume que a concessão já foi totalmente amortizada no seu prazo inicial”, de modo que a prorrogação pura (“sem qualquer valor de outorga ou investimento significativo”) daria, à concessionária de serviço público, “a liberdade de continuar lucrando com a atividade já amortizada por mais alguns anos, com despesas apenas de sua manutenção”; assim sendo, “para evitar desequilíbrio econômico-financeiro favorável ao concessionário”, a prorrogação por interesse público deve ser, sempre, condicionada – por exemplo: (i) ao “pagamento de eventual nova outorga”; (ii) à redução do “valor da tarifa” proporcionalmente ao nível de investimentos amortizados; e/ou (iii) à realização de “novos investimentos” pela concessionária; e acrescenta: “prorrogar concessão sem novos investimentos e sem eventual novo pagamento de outorga [...] constituiria violação ao princípio da moralidade, enquadrável na Lei de Improbidade Administrativa”. E **Ricardo Martins Sant’Anna**³⁴⁹, para quem a prorrogação deve ser condicionada ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, pois “os investimentos do concessionário foram amortizados no curso do prazo simples” (as tarifas foram fixadas para isso), de modo que “a manutenção do antigo concessionário, com a antiga tarifa, representa

³⁴⁷ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos...* 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 63. Cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 57-58.; BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 311-322, out./dez. 2002. p. 317-318.; GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 778-780.; CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 348.

³⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 554-555.

³⁴⁹ SANT’ANNA, Ricardo Martins. A ausência de critérios objetivos para a prorrogação de concessões... In: DE CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 176-184. Cf., ainda: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-171.; GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 418 e 420.; PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 146.

*ampliação da margem de lucro do particular” – “efeito econômico encoberto altamente reprovável”*³⁵⁰.

Por fim, expõem que a prorrogação por interesse público incide sobre as cláusulas regulamentares do contrato de concessão, alterando a forma de prestação do serviço público concedido para adaptá-la ao interesse público, dentre outros, **Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**³⁵¹, para quem “[a] prorrogação dos contratos administrativos consiste no prolongamento de sua vigência além do prazo inicialmente previsto”, podendo ser realizada com a “remodelação da execução do serviço”, desde que tal “remodelação” seja “necessária ao atendimento do interesse público”; mas acrescentam: “o objeto não pode ser, nem restringido, nem ampliado, nem alterado” – “por exemplo, [a ANATEL] não pode simplesmente mudar o objeto da concessão (passar, por exemplo, de STFC para móvel)”. E **André de Avellar Torres**³⁵², para quem “é possível enxergar legitimidade constitucional na prorrogação supostamente lapidada sob um novo marco regulatório”, já que “é dever do Estado, e não mera faculdade, ajustar o contrato à mutabilidade do interesse público”; e acrescenta: “Nesse sentido, intransponível ao *ius variandi* do Estado é, apenas, a alteração que atente contra o objeto contratual em si considerado, no caso em testilha, que transmutasse a concessão, substancialmente, em outra”.

Apresentados o objeto e o conteúdo da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, seus pressupostos.

³⁵⁰ A propósito, vale ressaltar, ainda, que, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta SEP/PR, o Plenário do Tribunal de Contas da União deixou dito que, “[e]m toda e qualquer extensão de prazo para além do período de vigência contratual, ou seja, prorrogação de contrato [...] é necessária nova análise da equação econômico-financeira do contrato”. Cf. Acórdão TCU n.º 774/2016-Plenário.

³⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004. p. 220-227.

³⁵² TORRES, André de Avellar. Da outorga ao contrato: prorrogação versus relicitação das concessões de energia elétrica... *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 13, n. 13, p. 279-305, nov. 2016. p. 291-292. Cf., ainda: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público*... 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59-60.; ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*... 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 238-239.; PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 435 e 445.

10 Pressupostos

Pressupostos são as circunstâncias sem as quais a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) não pode ser realizada validamente.

A nosso sentir, esses pressupostos são: (i) autorização legislativa; (ii) outorga precedida de licitação pública; (iii) previsão no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha; (iv) contrato vigente; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária (prestação de serviço público adequado); (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes; e (ix) qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI³⁵³.

Vejam, então, em que consistem.

10.1 Autorização legislativa

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, primeiro, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista em lei³⁵⁴.

Com efeito, é o que extraímos não apenas da reserva de lei estabelecida pela CRFB/88, art. 175, *caput* (que exige autorização legislativa para a delegação de serviços públicos – e, coerentemente, para a prorrogação dessa delegação)³⁵⁵, mas também da Lei 8.666/93, a qual estabelece, em seu art. 92 c.c 124, que a “*prorrogação*” dos contratos de concessão de serviço público “*sem autorização em lei*” constitui crime³⁵⁶.

³⁵³ Este último pressuposto aplica-se, exclusivamente, à prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário, como veremos na seção 10.9 abaixo.

³⁵⁴ Note-se que o pressuposto não é preenchido com a autorização legislativa específica para a prorrogação por emergência e/ou para a prorrogação por reequilíbrio, apenas; é preciso autorização legislativa genérica para a prorrogação ou específica para a prorrogação por interesse público (ou seja, por conveniência e oportunidade das partes).

³⁵⁵ **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** ensina que, na CRFB/88, art. 175, *caput*, “[d]izer que incumbe ao Poder Público prestar os serviços públicos não passa de ‘chover no molhado’”, sendo certo que “[o] que [...] quis dizer o constituinte é que a prestação de serviços públicos pode ser, se assim dispuser a lei, submetida a regime de concessão ou de permissão” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 4, 1. ed. São Paulo: 1995. p. 16-17.).

³⁵⁶ Punido com pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

De fato, ao tratar do “*conceito de dever jurídico*”, **Hans Kelsen**³⁵⁷ ensina que “[o] *fato de a norma jurídica vincular certa sanção a certa conduta faz com que a conduta oposta se torne um dever jurídico*”, de modo que “[a] *conduta oposta (contrária) à conduta que, como delito, é a condição da sanção é o conteúdo do dever jurídico*”. Logo, se prorrogar um contrato de concessão de serviço público sem prévia autorização em lei é a condição da sanção prevista na Lei 8.666/93, art. 92 c.c 124, podemos concluir, com segurança, que a conduta oposta (ou seja, prorrogar um contrato de concessão de serviço público, se e somente se houver prévia permissão legal), é o dever jurídico de toda autoridade administrativa.

A propósito, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que a prévia autorização legislativa constitui pressuposto para a prorrogação dos contratos administrativos. De fato, no julgamento da AC 0000521.75.2009.403612-1, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região afirmou que “[a] *prorrogação de contratos administrativos é expediente do qual somente pode socorrer-se o administrador em situações excepcionais, previstas na lei de regência, e devidamente justificadas pela autoridade competente, sob pena de malferimento dos princípios que regem a Administração Pública*”, sendo certo que “*prorrogar um contrato de vultoso montante, sem previsão legal, no mínimo, ofende aos princípios da razoabilidade e da moralidade, que devem, sempre, nortear os atos administrativos*”³⁵⁸.

De outra parte, a doutrina também entende que os contratos de concessão de serviço público só podem ser prorrogados havendo prévia habilitação legal. Com efeito, **Hely Lopes Meirelles**³⁵⁹ ensina que “[t]oda *prorrogação de concessão de serviço público depende de autorização legislativa ao término de cada período contratual*”. **Celso Antônio Bandeira de Mello**³⁶⁰ leciona que a prorrogação por interesse público é realizada “*por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa*”, “*por mero interesse administrativo em dilatar*

³⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 63-68.

³⁵⁸ TRF/3, AC 0000521.75.2009.403612-1, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Márcio Moraes, e-DJ 13/12/2013. No mesmo sentido: TRF/2, AG 2009.02.01.018645-0, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Maria Alice Paim Lyard, E-DJ 14/02/2011.; AG 2010.02.01.003006-3, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Frederico Gueiros, E-DJ 21/09/2010.

³⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 405, 407-408 e 413. Cf., ainda: *Ibidem*, v. 10, 1988, p. 153-154 e 160-161.

³⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 57-59.

o prazo da concessão para além de seu termo normal”; que, nela, “*nada há, do ponto de vista jurídico, que incite o Estado à prorrogação*”, já que “[q]uestões de conveniência que o atraiam para tanto não se confundem com reclamos jurídicos que o levem a dilatar o período contratualmente previsto e estipulado”; e que, por isso, “*é óbvio que seria necessário previsão legal autorizadora*”. **Ana Paula de Barcellos**³⁶¹ expõe que “*a prorrogação de um prazo pela Administração deve, em primeiro lugar, contar com fundamento legal, ou seja, a possibilidade de prorrogação precisa contar com respaldo legal específico ou, ao menos, com respaldo consistente no sistema jurídico*”. **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**³⁶² explicam que a “*antecipação do prazo contratual mediante contrapartida*” (que nós chamamos de prorrogação antecipada) “*predica de autorização legislativa, que materialize o interesse público subjacente à antecipação dos investimentos, em razão do princípio da legalidade administrativa*”. E, do ponto de vista penal, **André Guilherme Tavares de Freitas**³⁶³ esclarece que “*a prorrogação dos contratos administrativos não conta com vedação absoluta na Lei de Licitações*”, razão pela qual, “*para que a conduta de prorrogação contratual tenha relevância penal, deve agregar as elementares ‘sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais’*”.

Neste momento, cumpre destacar que a autorização legislativa para a prorrogação comum é dada, de maneira genérica, pela Lei 8.987/95, art. 18, XIV, e 23, XII; e pela Lei 11.079/04, art. 5.º, I; e 11, ao passo que a permissão legal para a prorrogação antecipada é conferida, de maneira específica: (i) pela Lei 12.783/13, art. 12, para o Setor Elétrico; (ii) pela Lei 12.815/13, art. 57, para Setor Portuário; e (iii) pela Lei 13.448/17, art. 4.º, II, para os Setores Rodoviário e Ferroviário.

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, porquanto ele serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por

³⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação... In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 2, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 177.

³⁶² PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 146.

³⁶³ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 125. Cf., ainda: GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 4. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 84-85.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 95.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das licitações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242.; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal das licitações...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 316-317.

emergência e por reequilíbrio. Com efeito, diversos doutrinadores de escol afirmam que, diferentemente da prorrogação por interesse público, a prorrogação por emergência e a prorrogação por reequilíbrio podem ser realizadas sem expressa permissão em lei, uma vez que tais espécies de prorrogação estão fundadas, diretamente, em princípios jurídicos (respectivamente, o princípio da continuidade dos serviços públicos; e os princípios da modicidade tarifária e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos) e são realizadas diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da celebração do ajuste (respectivamente: a proximidade do término do contrato de concessão, sem que o Poder Concedente tenha condições de prestar, diretamente, o serviço público nem tempo suficiente para concluir o processo de licitação para contratação de nova concessionária; e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária). É o caso, dentre outros, de **Marçal Justen Filho**³⁶⁴, para quem a “*prorrogação para fins de reequilíbrio*” (ou, simplesmente, “*prorrogação-ampliação*”) é realizada com vistas a “*manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão*”, diante de “*situações excepcionais, decorrentes de circunstâncias não conhecidas ou controláveis na época da celebração do contrato*”; por isso, “[n]ão há a necessidade de previsão legislativa expressa que autorize a extensão do prazo de um contrato de concessão para fins de manutenção de sua equação econômico-financeira”; “[t]ampouco, há que se falar em necessidade de autorização regulamentar para a extensão do prazo de um contrato de concessão”; em verdade, o autor entende que tal modalidade de prorrogação “[c]abe, até mesmo, em face de previsão legal que vede a prorrogação-ampliação”.

³⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016. p. 132-134. Cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 57-59.; RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário... Disponível em: <https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017. p. 14-15.; FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 297-298.; FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 182.

10.2 Outorga precedida de licitação pública

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a outorga da concessão de serviço público tenha sido precedida de licitação pública.

É o que extraímos não só da CFRB/88, art. 175, *caput*, mas também da Lei 8.987/95, art. 14, e da Lei 11.079/04, art. 10, as quais reafirmam que toda concessão de serviço público será precedida, “*sempre*”, de “*licitação*”.

Sobre o tema, a jurisprudência afirma, de maneira copiosa, que contratos de concessão de serviço público celebrados sem prévia licitação pública – mesmo antes da entrada em vigor da CRFB/88 – não podem ser prorrogados. De fato, no julgamento do ARE 869.007/DF-ED-AgR, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que, “*nos termos do art. 175, caput, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou a permissão da exploração de serviços públicos*”, razão pela qual “*são inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

Por fim, a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, **nos termos do artigo 175, caput, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços públicos**. Com efeito, mostraram-se **inegavelmente inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão de serviços públicos que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988**. (STF, ARE 869.007/DF-ED-AgR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 05/05/2017, DJe 26/05/2017)³⁶⁵ (grifo nosso)

E, no julgamento do REsp 912.402/GO, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que “*a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que [...] as concessões de serviço público [...] outorgadas sem o devido procedimento licitatório não*

³⁶⁵ No mesmo sentido: STF, ARE 724.396/RS-AgR, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 25/08/2015, DJe 25/09/2015.; AI 811.212/RS-AgR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministra Cármen Lúcia, j. 02/12/2010, DJe 01/02/2011.; RE 422.591/RJ, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 01/12/2010, DJe 11/03/2011.

podem ser prorrogadas”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

Há que se sublinhar, por oportuno, que **a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que**, a teor do artigo 42, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 8.987/95, **as concessões de serviço público anteriores a essa Lei, outorgadas sem o devido procedimento licitatório, não podem ser prorrogadas.**

[...]

Na hipótese dos autos, a concessão outorgada à recorrente para exploração de serviços de loteria não foi precedida de licitação, de modo que a situação fática não evidencia qualquer direito à sua exploração. (STJ, REsp 912.402/GO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 06/08/2009, DJe 19/08/2009)³⁶⁶ (grifo nosso)

Por sua vez, a doutrina também entende que a prorrogação por interesse público pressupõe outorga precedida de licitação. Com efeito, **Cármem Lúcia Antunes Rocha**³⁶⁷ ensina que, “[p]ara durar além do termo inicialmente estabelecido, urge, em primeiro lugar, que a concessão tenha sido contratada segundo o Direito”, pois “a prorrogação não é fórmula mágica permissiva de convalidação de vícios havidos na outorga da concessão, nem alarga, no tempo futuro, o que não pode existir no Direito vigente em determinado momento”. **Carlos Fernando do Nascimento**³⁶⁸ leciona que “o parágrafo único deve ser lido em consonância com a regra do caput, de forma que a possibilidade de prorrogação prevista no art. 175, parágrafo único, I, da Constituição brasileira, diz respeito, apenas, às concessões e permissões devidamente precedidas de licitação”; e, em seguida, conclui: “nos contratos de delegação não precedidos de licitação, a prorrogação é juridicamente impossível”. E **João Pacheco de Amorim**³⁶⁹ expõe que “[c]ondição prévia desta [ou seja, da prorrogação] é, naturalmente e

³⁶⁶ No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 186.044/RS, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 05/03/2013, DJe 11/03/2013.; AgRg no AREsp 186.044/RS, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 05/03/2013, DJe 11/03/2013.; EREsp 1.079.126/RS, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Hamilton Carvalhido, j. 13/12/2010, DJe 06/05/2011.; TRF/1, AGTAG 0005950-10.2009.4.01.0000/DF, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Juiz Federal Ricardo Machado Rabelo (Conv.), e-DJF1 17/02/2012.; TRF/3, AI 0042756-24.2008.4.03.0000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Muta, j. 12/08/2010, e-DJF3 23/08/2010.; TRF/4, EINF 2006.70.00.002121-4/PR, Órgão Julgador: Segunda Seção, Relator(a): Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, D.E. 17/10/2013.; TRF/5, AC 523.824/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Conv.), j. 17/05/2016, DJE 20/05/2016.

³⁶⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 60-61.

³⁶⁸ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 62-63.

ainda, que o contrato inicialmente estabelecido tenha tido, na sua base, um procedimento pré-contratual concursal”.

Por fim, essa é a razão pela qual nós consideramos inconstitucional a recente prorrogação antecipada das concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica, realizada pela União Federal com fundamento na Lei 12.783/13, art. 7.º. É que, como a área técnica do Tribunal de Contas da União consignou em sua manifestação nos autos do TC 003.379/2015-9, “*nenhuma das concessões de distribuição vencidas foi previamente licitada, a despeito de terem transcorridos 27 anos da edição da CF/88*”. Em verdade, tais concessões foram outorgadas, sem licitação pública, anteriormente à entrada em vigor da CRFB/88, e já haviam sido prorrogadas (em média, até 7/2015) com fulcro na Lei 9.074/95, art. 22.

10.3 Previsão no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista, expressamente, no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha³⁷⁰.

De fato, é o que extraímos não só do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.987/95, art. 14; e Lei 11.079/04, art. 12), mas também da Lei 8.666/93, a qual estabelece, em seu art. 92 c.c 124, que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público “*sem autorização [...] no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais*” constitui crime³⁷¹.

³⁶⁹ AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 58.

³⁷⁰ Ressalte-se que o pressuposto não é preenchido com a previsão editalícia e/ou contratual específica de prorrogação por emergência e/ou de prorrogação por reequilíbrio, apenas; é preciso previsão genérica de prorrogação ou específica de prorrogação por interesse público (ou seja, por conveniência e oportunidade das partes). Cf., no mesmo sentido: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no Direito das Concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 16-17.; FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 181.

³⁷¹ Punido com pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A propósito, vale relembrar que, como visto na seção 10.1 acima, o conteúdo do dever jurídico é a conduta oposta (contrária) àquela que, como delito, é a condição da sanção³⁷². Assim sendo, se prorrogar um contrato de concessão de serviço público sem prévia autorização no edital de licitação e/ou no próprio contrato é a condição da sanção prevista na Lei 8.666/93, art. 92 c.c 124, podemos concluir, com segurança, que a conduta oposta (ou seja, prorrogar um contrato de concessão de serviço público, se e somente se houver permissão editalícia e/ou contratual), é o dever jurídico de toda autoridade administrativa.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que, para ser realizada validamente, a prorrogação por interesse público precisa estar prevista, expressamente, no ato convocatório e/ou no instrumento contratual. Com efeito, no julgamento do AG 5021381-73.2013.4.04.0000/RS, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região afirmou que “[a] lei e o contrato, que é regido por ela, devem prever as hipóteses autorizadoras dessa prorrogação”, não havendo “qualquer espaço interpretativo que permita a prorrogação de um contrato que não estabeleceu essa possibilidade”³⁷³.

E, no julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que a “*prorrogação antecipada dos contratos de concessão*” está sujeita a uma condição subjetiva (a conveniência e oportunidade da medida) e a “*quatro condições objetivas*”; dentre elas: “*o contrato possuir previsão expressa de prorrogação*” (“*ainda não realizada*”). Eis trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200/15-Plenário; *verbis*:

15. O art. 57, da Lei dos Portos, ao instituir a possibilidade de **prorrogação antecipada dos contratos de concessão**, submeteu ao **juízo discricionário do administrador** a autorização de cada pleito, mas estabeleceu **quatro condições objetivas** a serem observadas: i) estar o ajuste vigente; ii) ter sido firmado sob a vigência da Lei 8.630/1993; iii) **possuir previsão expressa de prorrogação ainda não realizada**; e iv) apresentar plano de investimento a ser submetido à aprovação do ente público. (grifo nosso)

³⁷² KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 63-68.

³⁷³ TRF4, AG 5021381-73.2013.4.04.0000/RS, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a) para Acórdão: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 29/11/2013. No mesmo sentido: TRF/4, AC 5002685.91.2011.404.7102, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, j. 02/06/2015.; TRF/5, AC 2008.85.00.004406-7, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJE 05/09/2012.

Por sua vez, a doutrina também afirma que a realização da prorrogação por interesse público pressupõe previsão no edital de licitação e/ou no contrato de concessão, tendo em vista que essa circunstância tem aptidão para alterar as propostas dos licitantes. De fato, **Miguel Reale**³⁷⁴ ensina que “[a] prorrogação é o prolongamento do contrato além do prazo inicial, sem licitação, desde que prevista expressamente no edital e no instrumento original”. **Floriano de Azevedo Marques Neto**³⁷⁵ leciona que, para ser realizada validamente, a prorrogação por interesse público “deve estar prevista no pacto original”, “deve vir, desde o início, com suas premissas e procedimentos delimitados no contrato que dá ensejo à concessão”; e, a seguir, conclui: do contrário, “sou de opinião de que ela não é possível”. **José Guilherme Giacomuzzi**³⁷⁶ expõe que “a Lei federal 8.987 [...] refere ser essencial ao contrato uma cláusula que disponha sobre as ‘condições para prorrogação do contrato’”; assim, “não há prorrogação de concessão, sem que as condições da prorrogação estejam previstas no contrato”, “não há como a prorrogação ser considerada implícita ao contrato de concessão”; em uma palavra: “[s]e o edital do certame e o contrato não falam em condições de prorrogação, então é porque não há possibilidade de prorrogação”. **Flavio Amaral Garcia**³⁷⁷ explica que “[o] que parece fora de dúvida é a obrigatoriedade do instrumento convocatório da licitação e o contrato estabelecerem, expressamente, a possibilidade do prazo contratual ser prorrogado”; e acrescenta: “[a] contrario sensu, é suposto concluir que a omissão do instrumento convocatório da licitação e das cláusulas do contrato administrativo sobre o tema da prorrogação implica em uma vedação tácita à sua admissão”. E, do prisma penal, **Diogenes Gasparini**³⁷⁸ esclarece que a Lei 8.666/93, art. 92, proíbe as prorrogações “não autorizadas em lei nem previstas no instrumento convocatório ou no contrato”, de modo que, “[f]ora dessas hipóteses, a prorrogação é ilegal”.

³⁷⁴ REALE, Miguel. Um caso de lícita dispensa de licitação para prorrogação de contrato de serviço público. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 148.

³⁷⁵ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 168-170.

³⁷⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. Democracia e concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 54, p. 210-228, jan. 2006. p. 215 e 220-222.

³⁷⁷ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 595. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 418.

³⁷⁸ GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 4. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 84-85. Cf., ainda: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 95.; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 125.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das licitações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242.; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal das licitações...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 316-317.

Por fim, é preciso realçar o presente pressuposto, porquanto ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, diversos doutrinadores de escol entendem que, diferentemente da prorrogação por interesse público, a prorrogação por emergência e a prorrogação por reequilíbrio podem ser realizadas sem permissão no edital de licitação e/ou no contrato de concessão, uma vez que, além de não terem aptidão para alterar as propostas dos participantes da licitação pública, tais espécies de prorrogação estão fundadas, diretamente, em princípios jurídicos (respectivamente, o princípio da continuidade dos serviços públicos; e os princípios da modicidade tarifária e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos) e são realizadas diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da celebração do ajuste (respectivamente: a proximidade do término do contrato de concessão, sem que o Poder Concedente tenha condições de prestar, diretamente, o serviço público nem tempo suficiente para concluir o processo de licitação para contratação de nova concessionária; e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária). É o caso, dentre outros, de **Rafael Munhoz de Mello**³⁷⁹, para quem a “*prorrogação para garantir a continuidade do serviço público*” e a prorrogação para “*assegurar a recomposição do econômico-financeiro*” (que nós chamamos, respectivamente, de prorrogação por emergência e prorrogação por reequilíbrio) não dependem de “*expressa previsão no edital de licitação ou no contrato*”, já que decorrem de “*situações excepcionais, extraordinárias, imprevisíveis à época da celebração do contrato*”³⁸⁰.

³⁷⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014, p. 212 e 218-220. Cf., ainda: BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos...* 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 125.; CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*, v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 348.; CANTO, Mariana Dall’Agnoli; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*, 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 212-216.; FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017, p. 182.

³⁸⁰ A propósito, vale citar a Orientação Normativa AGU n.º 22/2009, segundo a qual “[o] reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra ‘d’, do inc. II, do art. 65, da Lei n.º 8.666, de 1993”.

10.3.1 CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO PARA INCLUSÃO DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO NO CONTRATO

Neste momento, cabe a pergunta: posteriormente à entrada em vigor do contrato de concessão de serviço público, as partes podem celebrar termo aditivo para incluir a possibilidade de prorrogação por interesse público no ajuste?

A nosso sentir, não. Porque tal alteração contratual viola o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.987/95, art. 14; e Lei 11.079/04, art. 12), segundo o qual o Poder Concedente não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Explicamos.

Na seção 7.4 acima, vimos que o Poder Concedente decide, discricionariamente, sobre a prorrogação por interesse público, razão pela qual ela não constitui um direito subjetivo das concessionárias de serviço público, mas, apenas, uma expectativa de direito. Nada obstante, a simples previsão/não previsão da possibilidade de prorrogação por interesse público no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha torna a concessão de serviço público, enquanto atividade econômica, financeiramente mais ou menos atraente para os investidores, o que, certamente, tem aptidão para alterar a proposta dos participantes da licitação pública. Por isso, além de autorizada por lei, a prorrogação por interesse público também precisa ser autorizada, originariamente, pelo edital de licitação e/ou pelo contrato de concessão.

A propósito, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu que Administração Pública e contratado não podem celebrar termo aditivo para incluir a possibilidade de prorrogação por interesse público em contrato administrativo. Com efeito, no julgamento do RMS 24.118/PR, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que “*termo aditivo*” celebrado para incluir a “*possibilidade de prorrogação*” em contrato administrativo “*não pode ser considerado legítimo*”, porque os demais participantes da licitação pública deveriam ter “*plena ciência da possibilidade de prorrogação*” no momento da formulação de suas propostas. Eis o trecho principal do voto da vogal, Ministra Denise Arruda – que acompanhou o voto do Relator, Ministro Teori Zavascki; *verbis*:

3.1. Em primeiro lugar, **o termo aditivo do contrato, que previu sua prorrogação, não pode ser considerado legítimo.**

Da análise supra, **pode-se inferir que, no edital de licitação** para alienação do controle acionário do Banestado, **não havia nenhuma menção à prorrogação contratual, o que somente foi possibilitado com a inclusão de termo aditivo ao contrato**, no qual, na realidade, foi consignada sua renovação pelo prazo de mais cinco anos, após o término de sua vigência.

Nesse contexto, surge o primeiro vício na prorrogação do contrato celebrado entre as partes, na medida em que não havia previsão, no edital do certame, que a autorizasse. Isso, porque, nos termos do art. 57, *caput* e II, da Lei 8.666/93, é permitida a prorrogação do prazo de vigência do contrato de natureza contínua, desde que prevista no ato convocatório, sob pena de se incorrer em ofensa ao princípio da segurança jurídica. Nas palavras de Marçal Justen Filho, **“não é possível que se instaure a licitação sem explícita previsão acerca do tema. Os eventuais interessados deverão ter plena ciência da possibilidade de prorrogação”** (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11.ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 505).

[...]

Conclui-se, assim, que, efetivamente, o termo de aditamento ofende os princípios constitucionais e as normas infraconstitucionais que norteiam os contratos administrativos, mormente em relação: [...] (d) à segurança jurídica, tendo em vista a ausência de previsão no edital convocatório da possibilidade de prolongamento do prazo de vigência do contrato. (STJ, RMS 24.118/PR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Teori Albino Zavascki, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008) (grifo nosso)

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a possibilidade de prorrogação por interesse público deve estar prevista, originalmente, no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha, não podendo, pois, ser incluída, posteriormente, no contrato de concessão, por meio de termo aditivo celebrado entre as partes. De fato, **Hely Lopes Meirelles**³⁸¹ ensina que a “[p]rorrogação do contrato” – ou seja, *“o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores”* – *“é admitida em nosso direito, dependendo, para que se efetive, de expressa previsão [no edital de licitação e/ou no contrato administrativo]”*; é que, *“além de servir à legalidade da prorrogação, a sua previsão no edital é necessária à correta formulação das propostas”*; por isso, *“se houver interesse da Administração em prorrogar determinado contrato, essa circunstância deverá, obrigatoriamente, constar do edital da licitação, pena de não se poder incluí-la no instrumento do ajuste, porque, como já tivemos oportunidade de dizer, ‘não se pode, ao arripio do edital, ampliar ou reduzir prazos, nem inovar condições ou termos contratuais’”*.

³⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47-48.

10.3.2 PRORROGAÇÃO ANTECIPADA: AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Neste momento, cabe, ainda, outra pergunta: posteriormente à entrada em vigor do ajuste, lei ordinária pode autorizar a prorrogação antecipada de contrato de concessão de serviço público que preveja, apenas, a possibilidade de prorrogação comum?

A nosso sentir, sim. Porque, ao contrário da prévia autorização para a prorrogação comum, a prévia autorização para a mera prorrogação antecipada não tem aptidão para alterar a proposta dos licitantes, já que todos sabem, de antemão, que, em um momento ou em outro, o Poder Concedente poderá prorrogar o contrato de concessão por razões de conveniência e oportunidade. De fato, como ensinam **Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Gaggiano**³⁸², “[a] *distinção entre elas* [ou seja, entre a prorrogação comum e a prorrogação antecipada] *é mais cronológica do que de essência*”, visto que, “[e]m ambos os casos, o que está em causa é definir um novo programa de investimentos que seja compatível com o prazo de exploração definido na renovação”.

Por fim, vale ressaltar que essa conjectura foi confirmada, na prática, pelas Leis 12.783 e 12.815/13 e 13.448/17, as quais autorizaram, respectivamente, a prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica, portuário e rodoviário/ferroviário (que já contivessem autorização para a prorrogação comum), posteriormente à entrada em vigor desses ajustes. Com efeito:

- (i) a Lei 12.783/13 estabelece, em seu art. 12, que o Poder Concedente “*poderá antecipar os efeitos da prorrogação*” dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica (já em vigor) em “*até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual*”;
- (ii) a Lei 12.815/13 dispõe, em seu art. 57, que somente os contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei 8.630/93 que já “*possuam previsão*

³⁸² GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 12.

expressa de prorrogação ainda não realizada” poderão ter sua *“prorrogação antecipada”* pelo Poder Concedente; e

- (iii) a Lei 13.448/17 prevê, em seu art. 4.º, II, que a *“prorrogação antecipada”* dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário poderá ser realizada, apenas e tão somente se *“admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original”*.

Eis a razão pela qual nós concordamos, com reservas, com a afirmação da eminente **Maria Sylvia Zanella di Pietro**³⁸³ no sentido de que, por força do *“princípio da vinculação ao instrumento convocatório”*, se a possibilidade de prorrogação não estava prevista, originalmente, *“no edital e no contrato”*, ela não pode ser autorizada, posteriormente, *“por meio de lei”* – *“pois, desse modo, também está-se passando por cima da exigência de licitação”*. Com efeito, a nosso sentir:

- (i) se o edital de licitação e/ou a minuta de contrato que o acompanha não previam, originalmente, a possibilidade de prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), tal espécie de prorrogação não pode ser realizada com base em posterior autorização legal, sob pena de burla ao princípio da isonomia e ao instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta; mas,
- (ii) se os referidos atos administrativos previam, apenas, a possibilidade de prorrogação comum, mas, não, a de prorrogação antecipada, esta pode ser efetuada com fulcro em ulterior permissão legal, conforme visto acima.

10.4 Contrato vigente

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que o contrato de concessão de serviço público esteja em vigor.

³⁸³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública...* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116-117.

De fato, é o que extraímos da natureza jurídica do instituto sob análise. Com efeito, na seção 5 acima, vimos que a prorrogação por interesse público possui natureza de negócio jurídico acessório, ou seja, ela não tem existência própria, pressupondo a do negócio jurídico principal, e seguindo a sorte deste. Assim sendo, extinto o contrato de concessão de serviço público, a prorrogação por interesse público torna-se juridicamente impossível, por falta de objeto.

Ademais, o pressuposto sob análise também pode ser extraído, dentre outras, da Lei 12.815/13, a qual estabelece, em seu art. 57, que somente os “*contratos de arrendamento [portuário] em vigor*” poderão ser prorrogados.

Sobre o tema, a jurisprudência já teve a oportunidade de afirmar que contrato administrativo extinto não pode ser prorrogado. Com efeito, no julgamento do MS 16.132/DF, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que, “*consumada uma concessão em razão do tempo, não é possível ao Poder Judiciário revigorá-la*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Antonio Villas Bôas; *verbis*:

As datas têm real significação na instrução da causa. Fixei-as bem para a primeira conclusão de que **a Rádio Mayrink Veiga operava sem concessão formalizada, quando foi retirada do ar.**

[...]

Quando foi expedido o ato declaratório da caducidade, precisamente o impugnado D. 56.614, de 26 de julho de **1965, estava extinta, em razão do tempo, a concessão dada à Rádio Sociedade Mayrink Veiga em 1936 e prorrogada em 1950 [por 10 (dez) anos, ou seja, até 1960]** (STF, MS 16.132/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Antonio Villas Bôas, j. 02/05/1966, DJ 19/12/1966) (grifo nosso)

E, no julgamento do REsp 1.111.084/RJ, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que “*não é possível prorrogar ou aditar contrato vencido*”, de modo que, “[m]esmo havendo autorização por quem de direito [antes do vencimento do contrato] para que a prorrogação ocorresse”, se o termo aditivo de prorrogação não foi assinado “antes do vencimento do acordo”, ele é “nulo” de pleno direito, pois existe “*impossibilidade jurídica*”, tanto em “*formalizar termo aditivo a contrato findo*”, quanto em considerar “*contrato administrativo de grande vulto*” – celebrado “*por escrito*” por força de lei – prorrogado de maneira “*verbal*” antes de seu vencimento. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

O cerne da controvérsia pode ser assim delimitado: antes da finalização de um contrato administrativo, a autoridade pública responsável autoriza sua prorrogação, publica a decisão no órgão oficial e encaminha ao departamento competente para elaboração de termo aditivo. Nesse ínterim, a empresa continua a prestar os serviços pactuados no contrato. Meses depois – amparado em parecer da assessoria jurídica – o ente público decide não mais assinar o termo aditivo e determina que a empresa paralise os trabalhos e desmobilize os empregados envolvidos na prestação do serviço. Fica a indagação: os serviços que a empresa prestou no período que permeou a autorização para elaboração do aditivo até a determinação de paralização dos serviços prestados, ou seja, período em que prestou serviços “sem cobertura contratual” deverão, ou não, ser adimplidos pela Administração?

[...]

Em meu posicionamento anterior, salientei que **o art. 60, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93, prevê ser regra geral a formalização por escrito de contrato administrativo de grande vulto**, qualificando como nulo e ineficaz o contrato verbal celebrado com o Poder Público. **Sendo essa regra decorrente de interpretação literal do dispositivo, por óbvio, a mesma vedação se aplica às prorrogações contratuais, ou seja, aos termos aditivos.**

O fato de o Secretário Municipal autorizar a prorrogação do contrato um dia antes do vencimento do 4.º termo aditivo, porém, não tendo este sido elaborado e assinado *oportune tempore*, ou seja, antes do vencimento, demonstra que os serviços prestados pela empresa ocorreram sem cobertura contratual.

Mesmo havendo autorização por quem de direito para que a prorrogação ocorresse - mas não havendo sua assinatura - não há qualquer contrato, mesmo que verbal, apto a legitimar os serviços prestados pela recorrida.

Explico: **para que a prorrogação do contrato em tela fosse efetivada, seria necessária sua formalização antes do vencimento do acordo**, ou seja, antes de 31/12/96, **o que não aconteceu**. Assim, o Contrato n.º 25/94 não poderia sofrer sua quinta prorrogação e qualquer trabalho doravante correlacionado à construção da Linha Amarela demandaria novo procedimento licitatório.

Sobre essa temática, o Tribunal de Contas da União já editou um pré-julgado no sentido de que **não é possível prorrogar ou aditar contrato vencido**: Acórdão 1.247/2003-Plenário: “**não se deve celebrar termo aditivo a contrato cujo prazo de vigência tenha expirado**, por ausência de previsão legal, observando-se o disposto no art. 65, da Lei n.º 8666/93”.

Percebe-se que **existe a impossibilidade jurídica, tanto de convalidação de ato administrativo que visa a formalizar termo aditivo a contrato findo, como de dar a essa prestação de serviço a conotação de contrato verbal**. (STJ, REsp 1.111.084/RJ, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 02/06/2015, DJe 18/12/2015)³⁸⁴ (grifo nosso)

³⁸⁴ No mesmo sentido: TRF/2, AC 2009.51.01.012646-7, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Geraldine Pinto Vital de Castro, E-DJ 19/12/2014.; TRF/3, AMS 0000274-24.2004.4.03.6104, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Juiz Federal Valdeci dos Santos (Conv.), j. 17/06/2010, e-DJF3 06/07/2010.; TRF/4, AC 5018456-72.2012.404.7200, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, j. 18/11/2013.; TRF/5, AC 0006170-73.2011.4.05.8100, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Desembargador Federal Francisco Wildo, DJE 22/11/2012. Em sentido contrário: TRF/1, AMS 0022441-53.2004.4.01.3400/DF, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 26/11/2007.

Por sua vez, a doutrina também reconhece que os contratos de concessão não podem ser prorrogados após o término de sua vigência. Com efeito, **Hely Lopes Meirelles**³⁸⁵ ensina que, nos contratos por prazo (como a “concessão de serviço público”), “[a] expiração do prazo de vigência sem prorrogação opera, de pleno direito, a extinção do contrato” – ou seja, “a cessação do vínculo obrigacional entre as partes”, sendo certo que “[o] contrato extinto não se prorroga nem se renova: é feito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior”; por fim, o autor acrescenta: “[s]e a prorrogação não foi providenciada pela Administração antes de vencido o prazo contratual [...] será considerado irregular o instrumento de prorrogação feito posteriormente”, inclusive, “para a responsabilização dos agentes públicos envolvidos”. **Antonio A. Queiroz Telles**³⁸⁶ leciona que “só poderá haver prorrogação, se o contrato ainda não estiver extinto, porquanto não é possível o prolongamento daquilo que está vencido, que não existe mais”. **Alexandre Santos de Aragão**³⁸⁷ expõe que “[s]ó pode haver prorrogação de contrato que esteja vigente, ou seja, antes da expiração do seu prazo”. **Edimur Ferreira de Faria**³⁸⁸ explica que o contrato de concessão pode ser prorrogado, desde que o “aditamento prorrogatório” seja providenciado “antes do vencimento” do ajuste; é que, “[d]epois de vencido o prazo de vigência do contrato, a prorrogação do instrumento torna-se materialmente impossível, em virtude de sua inexistência”. E **Márcio dos Santos Barros**³⁸⁹ esclarece que “os contratos só podem ser prorrogados, se ainda estiverem em vigor, ou seja, antes da data final estabelecida para seu término”, sendo certo que “[p]rorrogar contratos após sua vigência é procedimento eivado de nulidade”.

Aliás, essa é mais uma razão pela qual nós consideramos inconstitucional a recente prorrogação antecipada das concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica, realizada pela União Federal com fundamento na Lei 12.783/13, art. 7.º. É que, como a área

³⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo...* Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228-230. Cf., ainda: Idem. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 216-217.

³⁸⁶ TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 240.

³⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 370.

³⁸⁸ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98 e a Medida Provisória n. 1.795/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 385.

³⁸⁹ BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 426 e 439.

técnica do Tribunal de Contas da União consignou em sua manifestação nos autos do TC 003.379/2015-9, tal prorrogação foi realizada “*pelo menos quatro meses após o termo final dos contratos*”³⁹⁰.

Sobre o ponto, é preciso considerar o entendimento de **Clovis Beznos**³⁹¹, para quem a prorrogação por interesse público pode ser realizada depois da extinção do contrato de concessão de serviço público, desde que o “*pedido de prorrogação*” seja protocolado pela concessionária “*com antecedência [...] do termo final da avença*”, uma vez que “[t]al *tempestiva manifestação de vontade [...] revela-se suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação, não se podendo penalizá-la com a demora administrativa para a formalização da mesma prorrogação*”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

Com efeito, afora a impossibilidade jurídica de prorrogação de contrato extinto, nós vimos, nas seções 5 e 5.1 acima, que a prorrogação por interesse público possui natureza de negócio jurídico administrativo bilateral, formando-se, pois, a partir do acordo de vontades entre o Poder Concedente e a concessionária de serviço público. Assim sendo, não nos parece que a simples manifestação de vontade da concessionária seja “*suficiente para fazer integrar*

³⁹⁰ Em sentido contrário, **André de Avellar Torres** entende que a “*prorrogação extemporânea*” das concessões de distribuição de energia elétrica é válida, porque: (i) o Decreto 8.641/15, que regulamentou a matéria, só foi publicado no dia “*02.06.2015*” – ou seja, “*pouco mais de 1 mês antes do vencimento de algumas concessões*”, que ocorreu no dia “*7 de julho de 2015*”; (ii) o período de contribuições da Audiência Pública ANEEL n.º 38/2015, que apresentou a minuta do termo aditivo de prorrogação às concessionárias, “*superou o marco do vencimento dos contratos sob discussão*”; (iii) o Acórdão TCU n.º 2.253/2015-Plenário, que tratou da matéria, foi publicado, tão somente, no dia “*09.09.2015 e, mais importante, determinando que o Regulador procedesse a uma série de ajustes na minuta contratual*”; e (iv) no caso, teria ocorrido uma “*prorrogação atípica*” ou “*ope legis*”, porquanto a Lei 12.783/13, art. 11, § 2.º, prevê que, deferido o pedido de prorrogação, as concessionárias de distribuição teriam o “*prazo de até 210 (duzentos e dez) dias*” para assinar o respectivo termo aditivo de prorrogação (TORRES, André de Avellar. Da outorga ao contrato: prorrogação versus relicitação das concessões de energia elétrica... *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 13, n. 13, p. 279-305, nov. 2016. p. 294-297.). Sem desprestigiar-lo de modo algum, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. De fato, com relação aos itens (i), (ii) e (iii) acima, cumpre destacar que as concessões de serviço público sob análise tinham prazo de vigência de 20 (vinte) anos, pelo que o Poder Concedente teve tempo mais do que suficiente para planejar e executar sua prorrogação; e, quanto ao item (iv), que a MP 579, posteriormente convertida na Lei 12.783/13, foi publicada em 11 de setembro de 2012 – ou seja, quase 3 (três) anos antes do termo final do prazo de vigência dos contratos de concessão *sub examine*, não nos parecendo razoável concluir que sua intenção reguladora fosse autorizar uma “*prorrogação atípica*” ou “*extemporânea*” desses ajustes.

³⁹¹ BEZNOS, Clovis. Concessão de serviço público, prorrogação, vícios do edital de licitação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 263-271, jan./mar. 1991. p. 265. p. 268.

ao seu patrimônio o direito à prorrogação” antes de o Poder Concedente verificar a conveniência e oportunidade da medida.

Em verdade, entendemos que o Poder Concedente pode servir-se da prorrogação por emergência, se, protocolado o pedido de prorrogação pela concessionária de serviço público, ele verificar que não terá tempo suficiente para decidir sobre a matéria antes da extinção da concessão, valendo-se, posteriormente, da prorrogação por interesse público, caso ele constate a conveniência e oportunidade da medida³⁹².

10.5 Não realização de prorrogação por interesse público anteriormente

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que o contrato de concessão de serviço público não tenha sido prorrogado, anteriormente, por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente³⁹³.

³⁹² No ponto, o regime jurídico da renovação das concessões de radiodifusão é, mais uma vez, especial em relação ao da prorrogação por interesse público das demais concessões de serviço público. Com efeito, na seção 2 acima, vimos que a CRFB/88, art. 223, prevê a participação do Poder Legislativo no processo de renovação das concessões de radiodifusão, estabelecendo que a “*não renovação*” dessas outorgas “*somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional*”. Assim sendo, parece-nos que, havendo pedido de renovação tempestivo, as concessões de radiodifusão permanecerão, precariamente, em vigor até a decisão do Poder Executivo – e a subsequente apreciação dessa decisão pelo Congresso Nacional. Em outras palavras: formulado, tempestivamente, o pedido de renovação, a concessão de radiodifusão não se extinguirá, naturalmente, pelo decurso do prazo em razão da simples demora do Poder Executivo em decidir sobre a matéria. De fato, se fosse diferente, o Poder Executivo poderia (por via oblíqua) decidir sozinho sobre a não renovação das concessões de radiodifusão, inviabilizando o controle legislativo sobre sua atuação (e, conseqüentemente, burlando a sistemática constitucional). A propósito, vale trazer à baila a lição de **Márcio Iorio Aranha**, que, ao comentar, especificamente, a norma constitucional supracitada, ensina que “*o ato executivo de renovação da concessão, permissão ou autorização de serviços de radiodifusão não decorre de atuação ex officio da Administração Pública, dependendo de pedido devidamente instruído e tempestivo da prestadora dos serviços de radiodifusão*”, sendo certo, ainda, que “*não é suficiente a inação executiva ao final do prazo da concessão ou permissão para que o ato de não renovação se aperfeiçoe e produza efeitos legais*” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2069.).

³⁹³ A nosso sentir, a proibição não incide: (i) no caso de nova prorrogação de concessão de serviço público outorgada à entidade integrante da Administração Pública indireta do próprio ente federativo titular do serviço público – pois, nesse caso, o Estado não é obrigado a realizar licitação pública ao final do prazo da concessão; nem (ii) na hipótese de prévia prorrogação por emergência ou por reequilíbrio (Cf., respectivamente: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Empresas estatais criadas para prestar serviço público...* In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 444, 446 e 448.; CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. *Prorrogações contratuais em contratos de concessão*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 216-217.). Paralelamente, entendemos que a realização de prorrogação por interesse público não veda a posterior efetuação de prorrogação por emergência ou por reequilíbrio.

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 9.427/96, a qual estabelece, em seu art. 99, que os contratos de concessão do serviço público de telecomunicações só poderão ser prorrogados “*uma única vez*”;
- (ii) da Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário só tem lugar, se “*ainda não realizada*”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 5.º, § 3.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviços públicos rodoviário e ferroviário poderá ser realizada “*uma única vez*”, “*desde que [tais ajustes] já não tenham sido prorrogados anteriormente*”.

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição da República. Explicamos.

Na seção 2 acima, vimos que: (i) a CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, recorreu aos institutos jurídicos da “*prorrogação*” e da “*renovação*” para tratar do prolongamento do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, atribuindo, coerentemente, regimes jurídicos distintos a tais institutos; (ii) a possibilidade de renovações sucessivas é uma das características específicas do regime jurídico desse instituto jurídico; e (iii) as características específicas do regime jurídico da renovação não podem ser replicadas nas leis que regulam a prorrogação por interesse público, sob pena de igualar-se aquilo que o legislador constituinte originário diferenciou. Assim sendo, podemos concluir, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, que as concessões de serviço público não podem ser prorrogadas por períodos sucessivos.

É claro que poderíamos chegar à mesma conclusão – ou seja, à proibição de prorrogações sucessivas – por outro caminho constitucional, mais precisamente, recorrendo ao dogma jurídico da inalienabilidade das competências públicas³⁹⁴ e aos princípios da

³⁹⁴ A propósito, **Ariel Gonzales Vergara** ensina que o “*carácter transitorio*” das “*concesiones traslativas*” – como a “*concesión de servicio público*” – “*se explica por importar esta concesión el ejercicio condicionado*

isonomia/impessoalidade (CRFB/88, art. 5.º e 37), moralidade/probidade (CRFB/88, art. 37) e adequação/eficiência/economicidade (CRFB/88, art. 37, 70 e 175), que vedam a perpetuação de outorgas de serviço público e impõem ao Estado o dever de (re)licitar, de tempos em tempos, o direito de explorar a atividade econômica consubstanciada no serviço público – isto é, de convidar o mercado a concorrer, mais uma vez, pelo referido direito³⁹⁵. Entretanto, a nosso sentir, a interpretação sistemática das regras jurídicas contidas na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e 223, permite reconhecer, com maior concretude, o pressuposto sob exame.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que a prorrogação por interesse público dos contratos de concessão não pode ser realizada de maneira sucessiva. De fato, no julgamento do RE 603.530/MT-AgR, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal declarou a “*invalidade de contratos de concessão de serviço público*” (de “*transporte intermunicipal*” de passageiros) por “*conflito com o preconizado pelo artigo 175 da Constituição Federal*”, tendo em vista que, “*olvidando a exigência de prévio procedimento licitatório, decorriam de sucessivas prorrogações de contratos*”. E a Suprema Corte ainda acrescentou que, se consentisse com a prorrogação sucessiva dos referidos contratos de concessão, “*o Poder Público negaria efetividade à norma enunciada no artigo 175*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio; *verbis*:

No acórdão impugnado mediante o extraordinário, confirmou-se sentença em que, julgando-se ação civil pública, concluiu-se pela **invalidade de contratos de concessão de serviço público** de transporte intermunicipal, destituindo-se a recorrente da condição de concessionária. Assentou-se estarem os referidos contratos em **conflito com o preconizado pelo artigo 175, da Constituição Federal**, pois, **olvidando a exigência de prévio procedimento licitatório, decorriam de sucessivas prorrogações de contratos formalizados antes da Carta de 1988**.

Sendo esse o quadro, **a decisão agravada está em harmonia com o entendimento sedimentado no Supremo sobre o tema**, firmado na intangibilidade de marco normativo estabelecido pelo artigo 175, da Carta da República, a impor o procedimento licitatório como condição prévia, e inafastável, para concessão de serviços públicos de transporte.

de una atribución que, en esencia, corresponde a la Administración” (VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. 1. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965. p. 90.).

³⁹⁵ De fato, ao tratar especificamente da “*prorrogação dos contratos de concessão*”, **José Guilherme Giacomuzzi** ensina que existem “*duas razões*” pelas quais o legislador constituinte optou por impor a “*concorrência pública*” no caso das concessões de serviço público: a primeira consiste em “*tentar, via transparência administrativa, evitar a corrupção*”; e a segunda, em “*aumentar a qualidade do serviço*” – nas palavras do autor: “*Numa palavra, a ideia animadora do constituinte brasileiro é a de que a concorrência pública aumentaria não só a transparência, evitando a corrupção, mas também melhoraria a qualidade do serviço público prestado, fomentando, assim, a eficiência administrativa*” (GIACOMUZZI, José Guilherme. *Democracia e concessão de serviço público*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 54, p. 210-228, jan. 2006. p. 213-214.).

[...] **Consentisse em autorizá-la, o Poder Público negaria efetividade à norma enunciada no artigo 175**, que impõe a necessidade de prévio procedimento licitatório no tocante à concessão de serviços públicos. (STF, RE 603.530/MT-AgR, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, j. 24/09/2013, DJe 14/10/2013) (grifo nosso)

No julgamento do REsp 912.402/GO, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, conquanto a *“Lei de Concessões”* não estabeleça *“limitação do prazo de prorrogação”* dos contratos de concessão ou de permissão de serviço público (de *“loteria”*), tais ajustes não podem ser prorrogados de maneira *“sucessiva”*, sem a abertura de novo procedimento licitatório, porquanto *“[a] prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos”*. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

II - Inadmissível valer-se da sucessiva aditivação para prorrogar [...] contrato administrativo com prazo definido, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório.

[...]

Defende [a concessionária-recorrente] que **“a Lei de Concessões não traz**, em seu bojo, **qualquer** item referente à **limitação do prazo de prorrogação dos contratos** a serem firmados. A lei, ao contrário, determina que vale o que dizem as cláusulas contratuais firmadas.

[...]

A prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais para a concessão e permissão para exploração de serviços públicos, o que não pode ser ratificado por este Superior Tribunal de Justiça. (STJ, REsp 912.402/GO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 06/08/2009, DJe 19/08/2009)³⁹⁶ (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 012.751/2002-7, que tratou da prorrogação sucessiva dos contratos de franquia celebrados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (“ECT”) e as Agências de Correio Franqueadas (“ACF”), o Plenário do Tribunal de Contas da União reconheceu que *“é flagrante a inconstitucionalidade”* da Lei 10.577/02, art. 1.º, que prorrogou *“por mais 5 anos”* os referidos ajustes, tendo em vista que: (i) a CRFB/88, art. 21, X, caracteriza o serviço postal como *“serviço público”*; (ii) a CRFB/88, art. 175, estabelece que a prestação

³⁹⁶ No mesmo sentido: TRF/1, AG 0001978-42.2003.4.01.0000/MG, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 09/06/2003.; TRF/2, AC 2011.51.01.008425-0, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJ 22/02/2013.; TRF/5, AG 00173-88.51.2011.4.05.0000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJE 07/03/2012.

indireta de serviços públicos pelo Estado far-se-á, “*sempre, através de licitação*”; e (iii) “[d]e vigência inicialmente prevista para 1998, os contratos foram por diversas vezes prorrogados, até que esta última Lei os elasteceu até 2007, ou 9 anos a mais”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha; *verbis*:

11. Vencidas essas primeiras discussões, passo a apreciar o questionamento sobre a constitucionalidade da Lei 10.577/2002, abaixo transcrita, que prorrogou o prazo de vigência dos contratos das Agências de Correios Franqueadas - ACFs - por mais cinco anos:

[...]

13. Para maior clareza quanto ao assunto, entendo pertinente traçar um breve histórico sobre as franquias no âmbito dos correios:

a) a **Constituição de 1988** determinou, em seu **art. 175**, que “Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.”

[...]

f) porém, a ECT concluiu que não haveria condições operacionais para a realização de licitações ou para substituição imediata das ACFs por agências próprias. Assim solicitou-se emissão de norma que possibilitasse a manutenção dos contratos, o que veio a ocorrer com a **Medida Provisória 1.531-18**, que estendeu a validade das atividades das franquias **até 31/12/1999**;

g) com a transformação dessa MP na **Lei 9.648/98**, o prazo de vigência dessas concessões de serviços postais foi novamente alterado, passando a vigorar **até 31/12/2002**;

[...]

j) finalizando, em 27/11/2002, foi publicada a **Lei 10.577**, que, em seu art. 1.º, **prorrogou por mais 5 anos os contratos com as ACFs celebrados sem licitação**.

14. De fato, como sobejamente discutido nos autos, **é flagrante a inconstitucionalidade desse artigo da Lei 10.577/2002**.

15. Desde 1995, quando o art. 175, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei 8.987, ficou indiscutivelmente caracterizada a necessidade de licitação para **serviços postais**, principalmente para a contratação de agências de correios franqueadas. Afinal, **trata-se de serviço público que está sendo concedido para a iniciativa privada**.

16. No caso em comento, já houve bastante condescendência em relação a esses prazos. **De vigência inicialmente prevista para 1998, os contratos foram, por diversas vezes, prorrogados, até que esta última lei os elasteceu até 2007, ou 9 anos a mais**. Em primeiro instante, argüiu-se que a prorrogação era devida pela necessidade de readequação operacional da ECT. Todavia, entendo que o prazo transcorrido foi mais do que suficiente para realização de estudos e promoção das devidas licitações. É de se ressaltar que, desde 1994, o TCU já havia determinado à ECT as providências para o exato cumprimento das normas e princípios, constitucionais e legais, norteadores das contratações, com a conseqüente necessidade de promoção de certames licitatórios para a contratação de novas franquias.

[...]

18. Entendimento diferente poderia levar ao absurdo de, por exemplo, a cada cinco anos nova lei ser promulgada alongando os prazos contratuais. Chegar-se-ia, então, a 10, 20 ou mesmo 50 anos com uma relação contratual calcada no mesmo ajuste do primeiro momento, sem que fosse aberta a oportunidade de outros interessados prestarem o serviço. (grifo nosso)

Por sua vez, a doutrina também entende que os contratos de concessão de serviço público não podem ser prorrogados sucessivamente, resultando na perpetuação da outorga. Com efeito, **Luís Roberto Barroso**³⁹⁷ ensina que “[n]ão se admite, por evidente, que um contrato firmado pela Administração possa ser indefinidamente renovado ou prorrogado, tornando-se praticamente eterno”; e acrescenta: “[m]esmo em contratos de longa duração, como é o caso dos contratos de concessão, a Lei n.º 8.987/95 exige que a concessão se dê por prazo certo (art. 2.º, III)”. **Clèmerson Merlin Clève**³⁹⁸ leciona que “há disposição constitucional expressa admitindo a existência de prorrogação”; entretanto, “o prazo da concessão deve ser, de outra parte, determinado, não sendo admissíveis sucessivas prorrogações, notadamente para evitar que as concessões eternizem-se, perpetuem-se, ensejando burla e fraude ao requisito da prévia licitação”. **Adilson Abreu Dallari**³⁹⁹ expõe que a prorrogação de contratos de concessão por “períodos sucessivos” (no caso, por “cinco vezes”) é “irremissivelmente nula”, por “ofensa ao princípio constitucional da isonomia”; e continua: “[s]e fossem admissíveis estas sucessivas prorrogações, chegaríamos à absurda conclusão de que os atuais concessionários teriam direito a manterem-se na execução destes serviços até a eternidade, transformando-se em verdadeiros ‘donos do serviço’”. **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁴⁰⁰ explica que a “temporalidade” é um dos “elementos comuns” a todas as espécies de concessão; por isso, “a prorrogação [...] não pode ser indeterminada nem se repetir indefinidamente”; com efeito, a “prorrogação ilimitada” caracteriza “o trespasse, em definitivo, da atribuição de disponibilizar a utilidade e do direito de explorá-la”, sendo,

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 272.

³⁹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo... *Revista dos Tribunais online*, São Paulo, v. 2, p. 239-288, ago. 2012. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b00000163e82dc58438bb43d2&docguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&hitguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=297&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 13, 21 e 30.

³⁹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 84 e 86-88.

⁴⁰⁰ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 160 e 169-170.

pois, “*incompatível com o instituto da concessão*”. E **Rafael Munhoz de Mello**⁴⁰¹ esclarece que “[a] *temporariedade é da essência do contrato de concessão*”, razão pela qual “*a autorização constitucional [para a prorrogação] não pode dar margem à eternização do vínculo entre concedente e concessionário*” – “*hipótese que equivaleria à verdadeira renúncia à titularidade do serviço, de todo inadmissível em nosso ordenamento jurídico*”; e, a seguir, conclui: “[c]omo já dito e repetido, a concessão de serviço público deve, sempre, ter prazo determinado (Lei 8.987/1995, art. 2.º, II e III), o que impede o prolongamento infinito do vínculo mediante sucessivas prorrogações”.

Nada obstante, é preciso destacar que doutrinadores de escol admitem a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público, desde que prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão. É o caso, dentre outros, de **Hely Lopes Meirelles**⁴⁰², para quem o prazo dos contratos administrativos admite “*ampliações sucessivas por meio de aditamentos prorrogatórios, desde que previstas no instrumento original*”. **Carlos Roberto Siqueira Castro**⁴⁰³, para quem “[n]ão se pode imputar inconstitucionalidade a essa norma” – isto é, à Lei complementar municipal n.º 37, de 17 de julho de 1998, do Município do Rio de Janeiro, que manteve, automaticamente, todas as permissões do serviço público de transporte coletivo urbano naquele ente federativo pelo prazo de 10 (dez) anos, “*prorrogável por iguais períodos*” (art. 5.º), devendo-se, pelo contrário, “*reconhecer absolutamente legal suas prorrogações por sucessivos prazos de 10 anos*”, uma vez que “*o princípio da licitação não está sozinho na nossa ordem constitucional*”, coexistindo com outros princípios jurídicos, “*tais como os da continuidade, da adequação e da modicidade da tarifa dos serviços públicos*” (com maior “*peso*” no caso concreto, segundo o autor). **Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara**⁴⁰⁴, para quem a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos “*foi*

⁴⁰¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 209-211 e 217-220.

⁴⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burler Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 216.

⁴⁰³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Parecer para o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Município do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS... In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 1173, 1185 e 1192. Cf., ainda: Idem. Parecer acerca da situação das empresas permissionárias do serviço público de transporte coletivo por ônibus... In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 555.

⁴⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013. p. 64-65. Cf., ainda: CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346-347 e 351-352.

aberta em relação à prorrogação desses contratos”: “*indicou a necessidade de tratar contratualmente o assunto, mas não fez qualquer determinação sobre o conteúdo a ser estabelecido sobre essa matéria*”; por isso, “[o]s requisitos para a prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio contrato”; por fim, os autores ressaltam que, no “*Setor de Radiodifusão*”, a própria “*Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando – e, até, incentivando – a prorrogação sucessiva das concessões*”. **Rafael Véras de Freiras e Leonardo Coelho Ribeiro**⁴⁰⁵, para quem, “*ainda que o regime mais comum adotado seja o de uma única prorrogação, por igual período*”, como “[a] *Lei 8.987/1995 [...] nada dispôs sobre [...] o limite do número de prorrogações*”, é possível “*mais de uma prorrogação, caso isso seja favorável ao interesse público, e o regime jurídico em específico o autorize*”. E **Romário de Oliveira Batista**⁴⁰⁶, para quem “*não há obstáculos intransponíveis para nova(s) prorrogação(ões) de concessões nas atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica*” [já “*prorrogadas com base nos arts. 17 (§§ 4.º e 5.º), 19, 20, 21, 22 e 24, da Lei n.º 9.074/95, e cujos termos finais ocorrerão a partir de 2015*”], isto é, para “*sucessivas prorrogações*”, desde que tal possibilidade esteja prevista, pelo menos, em “*Lei Ordinária*” – conquanto, em face de sua maior “*segurança jurídica*”, o autor recomende a edição de uma “*Emenda à Constituição para alterar o art. 175*”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminentes administrativistas, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

Com efeito, entendemos, a partir das razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias acima que, ao contrário da renovação das concessões de radiodifusão, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das demais concessões de serviço público só pode ser realizada 1 (uma) única vez, vedada, portanto, a possibilidade de prorrogações sucessivas – mesmo que tal possibilidade esteja prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão (previsões que, a nosso sentir, são inválidas). Em

⁴⁰⁵ FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 291-294.

⁴⁰⁶ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 140-141 e 172-173.

verdade, parece-nos que a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente é uma “*contrafação administrativa real*”⁴⁰⁷ de renovação das concessões de radiodifusão, tomada a CRFB/88, art. 223, como parâmetro.

Aliás, essa é a razão pela qual entendemos que:

- (i) não foi recepcionada pela ordem constitucional em vigor a regra jurídica contida no Decreto-lei 9.793/46, art. 4.º, a qual estabelece que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de transporte aéreo será de 5 (cinco) anos, podendo ser prorrogado por “*idênticos períodos sucessivos*”; e
- (ii) são inconstitucionais as regras jurídicas contidas na Lei 12.783/13, art. 1.º, *caput* e § 7.º; 6.º; e 7.º, as quais estabelecem, respectivamente, que as concessões de “*geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19, da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995*”, de “*transmissão de energia elétrica alcançadas pelo § 5.º, do art. 17, da Lei n.º 9.074, de 1995*”, e de “*distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 22, da Lei n.º 9.074, de 1995*” (ou seja, aquelas concessões já prorrogadas por “*até vinte anos*” com fundamento nesses dispositivos legais), “*poderão ser prorrogadas*”, novamente, pelo Poder Concedente, pelo prazo de “*até 30 (trinta) anos*”.

Ressalte-se que as regras jurídicas contidas na Lei 12.783/13, art. 1.º, *caput* e § 7.º; 6.º; e 7.º, ainda tentam camuflar sua inconstitucionalidade prevendo que a prorrogação das concessões de energia elétrica a que se referem pode ser realizada (somente mais) “*uma única vez*”. Do que fica a pergunta: daqui a 30 (trinta) anos, o legislador ordinário poderá editar nova

⁴⁰⁷ **Ricardo Marcondes Martins** ensina que se verifica uma contrafação administrativa, quando, no Direito Administrativo, um conceito jurídico é empregado, equivocadamente, em uma situação de fato não regida pelo regime jurídico associado, previamente, a tal conceito, de modo que, camuflada pelo conceito jurídico equivocadamente utilizado, a referida situação de fato não é regida pelo regime jurídico aplicável a ela. O autor leciona, ainda, que a contrafações administrativas podem ser classificadas em aparentes ou reais. E que as contrafações reais são aquelas em que a fraude conceitual não pode ser superada pela correta interpretação da lei – ou seja, pela interpretação (restritiva, extensiva ou substitutiva) conforme à Constituição, razão pela qual, nesse caso, a contrafação administrativa causa a invalidade da lei, visto que não é possível extrair do texto normativo norma jurídica compatível com a Constituição (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016. p. 117-119 e 127-128.).

lei autorizando somente mais “*uma única vez*” a prorrogação por interesse público dessas concessões de energia elétrica... e assim sucessivamente?

Neste momento, vale transcrever as palavras de **Paulo Gesteira Costa Filho**⁴⁰⁸, que, tendo a experiência de advogado da União, em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia, nos dá o seguinte testemunho; *verbis*:

Não obstante, o fato é que não se tem notícia, no Setor Elétrico brasileiro, da extinção de concessões por advento do termo contratual. Com a proximidade do fim do prazo de um grupo de concessões, o legislador pátrio tem promovido, de forma sucessiva, a sua prorrogação.

Percebe-se, assim, que é perene a expectativa de agentes do Setor Elétrico na prorrogação de suas concessões. **A controvérsia adormece por tempo nunca superior ao prazo de concessão: basta ver no horizonte o termo final do contrato para reacender-se a discussão; ressurgem os mesmos argumentos utilizados na prorrogação anterior, com o firme intuito de se obter mais uma – nunca a última – dilação do prazo contratual.** (grifo nosso)

Ademais, essa é mais uma razão pela qual nós consideramos inconstitucional a recente prorrogação antecipada das concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica, realizada pela União Federal com fundamento na Lei 12.783/13, art. 7.º. É que, como a área técnica do Tribunal de Contas da União consignou em sua manifestação nos autos do TC 003.379/2015-9, a referida regra jurídica permitiu “*nova prorrogação*” de concessões de serviço público outorgadas, sem licitação pública, anteriormente à entrada em vigor da CRFB/88, e já prorrogadas, por 20 (vinte) anos (em média, até 7/2015), com fundamento na Lei 9.074/95, art. 22.

No mesmo sentido, **Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Melhado Araujo Lima**⁴⁰⁹ ensinam que, em razão da “*obrigação constitucional de licitar*” (cujo fundamento reside em “*princípios norteadores do próprio Estado de Direito, como os da igualdade e da impessoalidade*”), a “*Lei 12.783/2013*” não poderia haver autorizado “*nova extensão de prazo*” dos “*contratos prorrogados nos termos dos arts. 19 e 22, da Lei*

⁴⁰⁸ COSTA FILHO, Paulo Gesteira. Considerações sobre a prorrogação das concessões no Setor Elétrico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, São Paulo, n. 1, p. 143-173, jan. 2010. p. 150.

⁴⁰⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. As modificações no Setor de Energia Elétrica... In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. cap. 13. p. 329-335.

9.074/1995”; e acrescentam: “[a] norma infraconstitucional pode prorrogar os atuais contratos, desde que respeitados os ditames constitucionais”.

Por fim, é preciso considerar o entendimento de **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁴¹⁰, para quem as concessões do serviço público de energia elétrica prolongadas com base na Lei 9.074/95 podiam ser prolongadas novamente com fulcro na Lei 12.783/13, porque elas ainda não tinham sido prorrogadas propriamente. Com efeito, o autor argumenta, basicamente⁴¹¹, que: (i) a “*prorrogação em sentido estrito*” consiste na “*mera continuação da situação fática anteriormente verificada*”; (ii) as “*ditas ‘prorrogações’ iniciais*” das concessões do serviço público de energia elétrica – ou seja, aquelas realizadas com base na Lei 9.074/95 – tiveram a “*natureza jurídica*” de uma “*prorrogação imprópria*”, ou melhor, de uma “*repactuação*”, uma vez que a relação jurídica concessória foi “*profundamente modificada*”; e (iii) assim sendo, a prerrogativa constante das cláusulas de prorrogação dos novos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica não teria sido exercida ainda; nas palavras do autor: “[n]ão se pode falar, assim, na ocorrência de prorrogação anterior que consumiria ou inviabilizaria uma prorrogação, quando do termo do prazo contratual”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

A nosso sentir, seu raciocínio não soluciona o problema da inconstitucionalidade das prorrogações *sub examine*, fazendo-a, apenas, retroceder a um momento anterior. É que, se a “*prorrogação inicial*” das concessões do serviço público de energia elétrica alterou, tão “*profundamente*”, a relação jurídica entre Poder Concedente e concessionárias a ponto de caracterizar uma “*repactuação*” ou “*prorrogação imprópria*”, então, em si, ela foi inconstitucional, por violação do princípio da isonomia e do instituto jurídico da licitação

⁴¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 912-914 e 919.

⁴¹¹ O autor argumenta, ainda, que, até a metade da década de 90, as concessões do serviço público de energia elétrica eram outorgadas por atos unilaterais do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (“DNAEE”) e, conseqüentemente, que não se pode falar em prorrogação de contrato de concessão, porque, até então, contrato não havia.

pública que ele fundamenta, e, com maior razão, também o foi a nova prorrogação dessas concessões de serviço público, derivada daquela.

10.6 Fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária: prestação de serviço público adequado aos usuários

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessionária esteja cumprindo, fielmente, o respectivo contrato de concessão de serviço público (o que compreende, por óbvio, o cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis ao serviço), e, conseqüentemente, prestando serviço público adequado aos usuários⁴¹².

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seu art. 99, que os contratos de concessão do serviço público de telecomunicações poderão ser prorrogados, “*desde que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão*”; e
- (ii) da Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 6.º, § 2.º, II, que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público ferroviário pressupõe a “*prestação de serviço de transporte ferroviário adequado*” pela concessionária, entendendo-se, como tal, “*o cumprimento [...] das metas de produção e de segurança definidas no contrato*”.

Não fosse o bastante, a interpretação sistemática da Lei 8.666/93, art. 40, II e III; 54, § 1.º; 55, II e VII; 66; 77; 78, I e II; 86, *caput* e § 1.º e 87 c.c 124; da Lei 8.987/95, art. 1.º; 6.º; 7.º, I; 18, II, VII e XIV; 23, II, V e VIII; 25; 27, § 1.º, II; 29, II e VI; 31, I e IV; 32; 35, III; e 38; e da Lei 11.079/04, art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e II; e 11, também permite-nos concluir que: (i) toda concessionária de serviço público têm o dever jurídico de cumprir, fielmente, o

⁴¹² Sobre o ponto, **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** ensina que a CRFB/88, art. 175, par. ún., IV, estabelece, “*como condição fundamental de toda concessão de serviços públicos, a manutenção de um nível adequado na execução desses mesmos serviços*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 4, 1. ed. São Paulo: 1995. p. 18.).

respectivo contrato de concessão, prestando serviço adequado aos usuários; e (ii) em caso de cumprimento irregular ou de descumprimento do respectivo contrato de concessão de serviço público, o Poder Concedente deve aplicar à concessionária as sanções legais, regulamentares e/ou contratuais cabíveis (notadamente, a sanção de caducidade), e não premiá-la com a prorrogação do respectivo ajuste.

A propósito, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação dos contratos administrativos pressupõe o fiel cumprimento do ajuste pela contratada. Com efeito, no julgamento da APELRE 2000.51.01.025087-4, a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região decidiu que, “*não obstante as inúmeras falhas apontadas na prestação do serviço*” – inclusive, com a “*aplicação de penalidades*” à contratada, “*foram assinados quatro termos aditivos de prorrogação contratual*”, o que configura ato de “*improbidade administrativa*”, “*porquanto flagrante a afronta aos princípios da Administração*”⁴¹³.

E, no julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que a “*conveniência e oportunidade*” da “*prorrogação de contrato de concessão de serviço público*” compreende, por óbvio, a avaliação “*do cumprimento das obrigações contratuais vigentes*” e “*do serviço prestado pela contratada, em termos de qualidade e preços cobrados dos usuários*”. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200-35/15-Plenário; *verbis*:

10. [...] **O juízo de conveniência da Administração quanto à prorrogação de contrato de concessão de serviço público – ao qual muito se assemelha o contrato de arrendamento de terminal portuário – pressupõe, por óbvio, a avaliação do serviço prestado pela contratada, em termos de qualidade e preços cobrados dos usuários.**

[...]

22. De acordo com os normativos, **no juízo de conveniência e oportunidade sobre as prorrogações antecipadas, deve o Poder Concedente avaliar** a aderência dos

⁴¹³ TRF/2, APELRE 2000.51.01.025087-4, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Reis Friede, E-DJ 03/10/2013. No mesmo sentido: TRF/1, AMS 0015942-33.2002.4.01.3300/BA, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 02/08/2004.; TRF/2, AMS 2002.51.06.001118-5, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Fernando Marques, DJU 12/09/2003.; TRF/3, MS 0010400.73.2008.403000-0, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Desembargador Federal Antonio Cedenho, e-DJ 16/12/2014.; TRF/4, AC 5000960-73.2011.404.7100, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 07/10/2013.; TRF/5, AC 2006.82.00.000078-4, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Desembargador Federal Bruno Teixeira, DJE 19/12/2013.

investimentos propostos ao planejamento portuário e à vocação da área, além da **eficiência da arrendatária e do cumprimento das obrigações contratuais vigentes.** (grifo nosso)

Por sua vez, a doutrina também entende que os contratos de concessão só podem ser prorrogados, se a concessionária houver cumprido, fielmente, o ajuste, prestando serviço público adequado aos usuários. Com efeito, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁴¹⁴ ensina que as “*prorrogações contratuais efetuadas por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa*”, “*por mero interesse administrativo*” são realizadas “*diante, sobretudo, do bom desempenho do concessionário*”; e acrescenta: nesse caso, “*está em questão a idéia singela de prosseguir um vínculo além do termo inicialmente previsto, apenas porque a relação se apresentara como satisfatória*”. **Alexandre Santos de Aragão**⁴¹⁵ leciona que “*a concessão pode ser prorrogada, se a concessionária tiver cumprido, integralmente, as condições da concessão [...] já que não seria plausível prorrogar-se o contrato de concessionária infratora*”; e acrescenta: “[a]demais, cumprir o contrato não é nada mais que a obrigação primordial da concessionária”. **Carlos Fernando do Nascimento**⁴¹⁶ expõe que “*há de se ter em mente que a simples boa conduta do concessionário não pode ser condição para a prorrogação, mas, sim, em todos os casos, um requisito para definir se vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário, à vista dos antecedentes deste último em relação ao cumprimento de seus deveres contratuais*”; e acrescenta: “*o comportamento pretérito – serviço adequado – é requisito de admissibilidade da prorrogação como opção a ser considerada e deve ser aferido por critérios objetivos indicados no contrato original*”. **Flavio Amaral Garcia**⁴¹⁷ explica que “[é] evidente que a atestação de que a prestação do serviço público encontra-se adequada e eficiente é um pressuposto para que a prorrogação seja efetivada; afinal, seria incongruente prorrogar um contrato com um particular que não atendeu às metas de desempenho que dele se esperava”; e acrescenta: a prorrogação por interesse público destina-se a “*estender a relação contratual apenas com aquele contratado*

⁴¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 57-58.

⁴¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 554. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 430.

⁴¹⁶ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 52 e 55.

⁴¹⁷ GARCIA, Flavio Amaral. Transporte rodoviário e complementar de passageiros: algumas controvérsias. In: SOUTO, Marcos J. Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 522.

que se mostrou eficiente na execução do serviço público". E **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**⁴¹⁸ esclarecem que os contratos de concessão do serviço público ferroviário podem ser prorrogados antecipadamente, *"desde que o serviço ferroviário tenha sido realizado adequadamente"*, de modo que *"se impede o manejo da prorrogação antecipada naquelas hipóteses em que o serviço não vem sendo prestado a contento, o que, por si só, seria contrário à lógica da prorrogação por novo bloco contratual, fosse ela regular ou antecipada"*.

Por fim, nós entendemos que somente a inexecução culposa do contrato de concessão de serviço público que configure falta grave ou gravíssima – apta, pois, a ensejar a aplicação da sanção de caducidade – pode justificar, por si só, o indeferimento do pedido de prorrogação. É que, a nosso sentir, o princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º; e Lei 9.784/99, art. 2.º) proíbe, no âmbito de uma relação jurídica de 25 (vinte cinco), 30 (trinta), às vezes, 35 (trinta e cinco) anos, que uma falta leve seja apresentada como motivo justo para a não prorrogação do ajuste (conquanto a soma de diversas faltas leves também possa justificar o indeferimento do pedido de prorrogação). A propósito, **Gaston Jèze**⁴¹⁹ ensina que *"[e]l derecho de reclamar la prórroga no se pierde a consecuencia de las faltas cometidas por el concesionario. En efecto, o estas faltas son lo suficientemente graves para justificar la pérdida de su derecho, o bien no tienen esta gravedad y se aplican, entonces, las sanciones ordinarias"*.

10.7 Vantajosidade da medida

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que exista uma situação de fato excepcional caracterizadora da vantajosidade da medida *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade, situação essa avaliada pelo Poder Concedente com base em um juízo de conveniência e oportunidade, salvo no caso da prorrogação premial.

⁴¹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 169.

⁴¹⁹ JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo...* Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 318.

De fato, é o que vimos na seção 8 acima, ao tratarmos do motivo da prorrogação por interesse público.

Para evitarmos maiores repetições, remetemos o leitor à referida seção.

10.8 Consenso entre as partes

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que haja consenso entre Poder Concedente e concessionária.

Com efeito, nas seções 5 e 5.1 acima, vimos que a prorrogação por interesse público tem natureza de negócio jurídico administrativo bilateral, razão pela qual ela não pode ser imposta, unilateralmente, pelo Poder Concedente, nem exigida pela concessionária (exceto a prorrogação premial).

Para evitarmos maiores repetições, remetemos o leitor à referida seção.

10.9 Qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI

Por fim, especificamente em relação aos pressupostos para a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário, a Lei 13.448/17, art. 2.º, estabelece que somente poderão ser prorrogados os ajustes dessa espécie previamente “*qualificados para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI*”.

A propósito, vale ressaltar que o referido programa de governo foi criado pela Medida Provisória n.º 727, de 12 de maio de 2016, posteriormente convertida na Lei federal n.º 13.334, de 13 de setembro de 2016, com vistas a promover a execução (estruturação e/ou liberação) de empreendimentos de infraestrutura públicos ou privados considerados prioritários para o País (art. 1.º, 5.º e 21). E que a qualificação (leia-se: inclusão) de um empreendimento de infraestrutura no PPI é feita por decreto do Presidente da República, ouvido, previamente, o

Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (art. 4.º, II c.c 7.º, I).

Por fim, ao tratarem do pressuposto sob análise, **Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Gaggiano**⁴²⁰ ensinam que, por força da Lei 13.448/17, a prorrogação dos contratos de concessão no “*setor de rodovias, ferrovias e aeroportos*” depende de sua prévia “*qualificação*” no “*Programa de Parcerias de Investimentos (PPI)*”, criado pela “*Lei 13.334/16*”; que tal qualificação constitui “*competência [...] discricionária*” do “*Conselho do PPI*” e do “*Presidente da República*”, balizada pelo “*caráter prioritário*” do projeto de infraestrutura; e, por fim, que a exigência de prévia qualificação no PPI aplica-se, apenas e tão somente, aos “*setores contemplados*”, continuando os demais regidos pelas “*normas setoriais específicas*”⁴²¹.

Apresentados os pressupostos da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as condições para a prorrogação por interesse público dos contratos de concessão.

⁴²⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 9-11.

⁴²¹ Como visto, os autores entendem que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público aeroportuário também está sujeita à prévia qualificação no PPI. Sem desprestigiá-los de modo algum, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, a nosso sentir, tal exigência aplica-se, apenas e tão somente, aos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário. De fato, é o que extraímos da interpretação sistemática da Lei 13.448/17, art. 1.º, 5.º e 13.

11 Condições

Na seção 5.2 acima, vimos que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) tem natureza de negócio jurídico administrativo a título oneroso, pelo que a causa da prestação de uma parte é a contraprestação da outra.

Nesse sentido, condição para a prorrogação é a contrapartida dada pela concessionária de serviço público em troca do prolongamento do prazo de vigência do respectivo contrato de concessão.

Essas condições são bastante variadas, como veremos a seguir.

11.1 Duas tendências legislativas

Na seção 1.1 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, estabelece que “[a] lei *disporá*” sobre o instituto jurídico da “*prorrogação*” dos contratos de concessão de serviço público, notadamente sobre as condições para tal prolongamento de prazo.

Nesse sentido, podem ser identificadas, claramente, 2 (duas) tendências legislativas sobre a matéria; a saber: algumas leis estabelecem, por si mesmas, as condições para a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público a que se referem, enquanto outras leis, mediante nova remissão, transferem essa tarefa aos próprios ajustes.

11.2 Leis que estabelecem, por si mesmas, as condições para a prorrogação

As leis que estabelecem, por si mesmas, as condições para a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público são:

- (i) a Lei 9.074/95, art. 4.º, § 1.º; 15; 17, § 5.º; 19; 20; 22; 24; 25; e 27, § 4.º;
- (ii) a Lei 9.472/97, art. 93, VI, segunda parte; 99, § 1.º; 207, § 1.º; e 214, VI;

- (iii) a Lei 10.233/01, art. 34-A;
- (iv) a Lei 12.783/13, art. 1.º, §§ 1.º, I, II e III, e 6.º; 2.º, *caput* e §§ 1.º-A e 4.º; 6.º, par. ún.; 11, § 4.º; 12, §§ 1.º e 3.º; 13; 15, *caput* e §§ 1.º e 5.º; e 16;
- (v) a Lei 12.815/13, art. 57, § 1.º; e
- (vi) a Lei 13.448/17, art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º; 9.º, I a III e §§ 1.º a 3.º; 21; 25, *caput* e §§ 1.º e 2.º; e 30, *caput* e §§ 2.º a 4.º.

O conteúdo dessas leis é bastante variado, o que decorre do amplo poder discricionário conferido ao legislador ordinário pela CRFB/88, art. 175, par. ún., I, para regular o instituto jurídico da prorrogação. Senão vejamos.

11.2.1 PAGAMENTO PELA PRORROGAÇÃO DA OUTORGA

Algumas leis estabelecem que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com o pagamento do valor fixado pelo Poder Concedente pela prorrogação da outorga.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 4.º, § 1.º, que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica poderá ser feita “*a título oneroso*” em favor da União Federal;
- (ii) da Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seus art. 93, VI; e 99, § 1.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações implicará o “*pagamento*” do “*valor*” fixado pelo Poder Concedente: (a) pela outorga do “*direito de exploração do serviço*”; e (b) pela outorga do “*direito de uso das radiofrequências associadas*” – as quais são consideradas “*bens públicos*” (art. 157); e

- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 8.º, § 1.º, VII, que o órgão ou entidade competente para as prorrogações dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário deverá fundamentar tais prorrogações por meio de estudo técnico, do qual constarão “os valores devidos ao Poder Público pelas prorrogações, quando for o caso”.

Sobre o ponto, **Arnoldo Wald**⁴²² ensina que é “*manso e pacífico*” o entendimento de que as concessões de serviço público podem ser prorrogados por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, “*desde que cumpridas as obrigações assumidas pelo concessionário e eventualmente pago por ele um preço razoável pela prorrogação do prazo*”; e acrescenta: o valor desse pagamento pode ser “*determinado desde logo ou determinável*”, neste caso, “*desde que conhecidos os elementos que ensejarão a sua fixação*”.

Por fim, vale ressaltar que o pagamento pela prorrogação da outorga configura, claramente, um conflito entre o interesse do Estado de aumentar, ao máximo, a arrecadação de receitas públicas e o interesse dos usuários de pagarem a menor tarifa possível pela fruição dos referidos serviços públicos⁴²³, conflito que, em regra, deve ser resolvido em favor dos usuários. É que, como ensina **Renato Alessi**⁴²⁴, o Estado só pode perseguir seus interesses secundários (patrimoniais), quando estes forem instrumentais à satisfação dos interesses primários da coletividade – nas palavras do autor: “*in caso di coincidenza, e nei limiti di siffata coincidenza, con l’interesse colectivo primario*”.

Nada obstante, entendemos que, no momento atual, a cobrança pela prorrogação da outorga, com a arrecadação de significativas receitas públicas para fazer frente à grave crise

⁴²² WALD, Arnoldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 182 e 186-187. Cf., ainda: Idem. Prorrogação de contrato de arrendamento de mina... In: WALD, Arnoldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 207.

⁴²³ Com efeito, a concessionária de serviço público repassa todos os seus custos para a tarifa, dentre eles, o pagamento pela prorrogação da outorga. Logo, quanto mais custos, mais cara a tarifa paga pelos usuários.

⁴²⁴ ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. v. 1, 1. ed. Milão: Giuffrè, 1971. p. 202-203.

econômica do País, pode constituir, em certos casos, meio legítimo para a satisfação do interesse público primário^{425e426}.

11.2.2 REDUÇÃO DO VALOR DA TARIFA PROPORCIONALMENTE AO NÍVEL DE INVESTIMENTOS EM BENS REVERSÍVEIS JÁ AMORTIZADOS

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a redução do valor das respectivas tarifas proporcionalmente ao nível de investimentos já amortizados em bens reversíveis.

⁴²⁵ Ao tratar dos critérios de julgamento das licitações públicas para a concessão de serviços públicos, mais especificamente, daquele previsto na Lei 8.987/95, art. 15, II, III, VI e VII (“*maior oferta nos casos de pagamento ao Poder Concedente pela outorga de concessão*”), **Celso Antônio Bandeira de Mello** ressalta que tal critério torna as tarifas mais caras, já que os concorrentes incluem todos os custos (inclusive, o pagamento pela outorga) em suas propostas econômicas. Assim sendo, o autor conclui que “[h]á [...] *necessidade de uma interpretação restrita, para que os preceptivos em causa não sejam acoimados de inconstitucionais*” por violação do “*princípio*” da “*modicidade das tarifas*”; e tal interpretação restrita seria: o critério da maior oferta aplica-se, apenas, às licitações públicas para a concessão dos serviços públicos em que “*a remuneração do concessionário não se faz por tarifa*” (“*caso do rádio e da televisão*”). Por fim, o autor acrescenta que “*serviço público, por definição, existe para satisfazer necessidades públicas, e não para propiciar ganhos ao Estado*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 744-746.). *Mutatis mutandis*, o raciocínio supracitado aplica-se à condição para a prorrogação sob análise: o pagamento pela prorrogação da outorga. Nada obstante, sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, seu raciocínio parece partir da premissa de que, para terem acesso aos serviços públicos, os usuários sempre precisam pagar tarifas módicas, baratas. Isso é verdade em alguns casos, mas não em todos. Por exemplo: no Brasil, os serviços públicos ferroviário e portuário destinam-se, praticamente, ao transporte de cargas, e não ao de passageiros, de modo que os usuários desses serviços públicos (leia-se: os donos das cargas) são, em geral, grandes empresas exportadoras de *commodities* (minério de ferro, soja, açúcar etc.), e não brasileiros comuns. Sem dúvida, tais empresas possuem capacidade econômica para pagarem, tanto a tarifa “A” (razoavelmente mais barata), quanto a tarifa “B” (razoavelmente mais cara), sendo certo que, para o Estado, para a nação, o que é realmente relevante nesses setores é o reflexo da tarifa cobrada sobre o preço final da carga transportada e, conseqüentemente, sobre a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional. A nosso sentir, esse exemplo deixa claro que, em certos casos, o Poder Concedente pode cobrar, legitimamente, pela prorrogação das concessões de serviços públicos remunerados por tarifa, dependendo, caso a caso, do resultado da ponderação dos bens, valores ou interesses constitucionais colidentes – notadamente, a arrecadação de receitas públicas e a modicidade das tarifas.

⁴²⁶ **Carlos Afonso Rodrigues Gomes** entende que a “*renovação (novo pagamento)*” do “*valor da outorga*” é vedada, caso o critério da “*menor tarifa*” tenha sido utilizado na licitação pública que deu origem ao contrato de concessão; e que ela é obrigatória, caso o critério tenha sido o da “*maior oferta*” – pois o “*ato de prorrogação estará jungido ao reestabelecimento da equação*” econômico-financeira do contrato (GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Novo modelo de concessão portuária... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 36, p. 43-73, out./dez. 2011. p. 70-71.). Sem desprestigiar-lo de modo algum, nós divergimos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, a nosso sentir, o Poder Concedente decide, discricionariamente, sobre as condições para a prorrogação da concessão, nos limites da lei. E a diferenciação proposta pelo autor não encontra fundamento em nenhuma lei, geral ou setorial, sobre serviços públicos.

É o caso, por exemplo, da Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 13 c.c 15, que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: redefinição da “*tarifa ou receita inicial*” das concessionárias de geração, transmissão ou distribuição pela “*ANEEL*”, sendo certo que, no “*cálculo*” das novas “*tarifas*” e “*receitas*”, a Agência Reguladora deverá considerar – somente “*quando houver*” – a “*parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo Poder Concedente*”.

Acerca da redução proporcional do valor da tarifa, **Toshio Mukai**⁴²⁷ ensina que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público pode ser realizada “*em prol da prestação adequada do serviço*”, “*nos termos da estipulação contratual*”; mas, neste caso, “*pelo menos a tarifa deve ser revista, pois parcela da mesma não mais será necessária, especificamente a parte que se refere à amortização já concluída*”⁴²⁸.

11.2.3 REALIZAÇÃO DE NOVOS INVESTIMENTOS NA CONCESSÃO

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a realização de novos investimentos na concessão, aprovados pelo Poder Concedente.

É o caso, por exemplo:

⁴²⁷ MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 458-459.

⁴²⁸ No âmbito das parcerias público-privadas, o Poder Concedente poderia condicionar a prorrogação do contrato de concessão à redução da contraprestação paga ao parceiro privado. Com efeito, **João Pacheco de Amorim** ensina que “*a primeira das condições juridicamente exigidas para a Administração poder (ou melhor dizendo, dever) assegurar a continuidade da colaboração do contraente privado*” “*é, reitere-se, que venha a ser positivo o balanço da execução do contrato em causa*”; e continua: “*Mas não basta, como vimos, a mera constatação do bom desempenho do cocontratante para se justificar a prorrogação do contrato. A tal fator tem que acrescer um específico e ‘positivo’ imperativo de interesse público, a que se podem reconduzir múltiplas hipóteses*”; por exemplo: “*a de almejar o contraente público (pressionada que está, hoje, a Administração – e estará nos próximos anos – por razões financeiras) o acordo do cocontratante numa redução das prestações contratuais postas a concurso que adapte o contrato à atual época de austeridade, diminuindo, com isso, na mesma proporção, as suas (dele contraente privado) receitas*” (AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 52-53.).

- (i) da Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 1.º, §§ 1.º, III, e 5.º, que a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: “*submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL*”, cabendo à Agência Reguladora disciplinar “*a realização de investimentos [...] com vistas a manter a qualidade [...] do serviço*”;
- (ii) da Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, § 1.º, que a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário “*dependerá da aceitação expressa*” pela arrendatária da “*obrigação de realizar investimentos*” na infraestrutura portuária, segundo “*plano*” de investimentos elaborado pela própria contratada, mas aprovado pelo Poder Concedente; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seus art. 3.º; 6.º; 7.º; 8.º, § 1.º, I e V; 9.º; e 25, § 1.º, que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário está condicionada à inclusão de “*novos investimentos*” nos contratos prorrogados, “*em malha própria ou naquelas de interesse da Administração Pública*”⁴²⁹.

⁴²⁹ A propósito, vale dizer que não vemos nenhuma proibição ao condicionamento da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão do serviço público ferroviário à realização dos chamados “*investimentos cruzados*”, ou seja, aqueles efetuados por uma concessionária do serviço público ferroviário em infraestrutura ferroviária administrada por terceiro – a Administração Pública ou outra concessionária, permissionária ou autorizatória. Com efeito, esses investimentos são, a nosso sentir, plenamente compatíveis não só com o caráter negocial do instituto jurídico da prorrogação por interesse público, mas também com o caráter unitário e sistemático do Subsistema Ferroviário Federal (“SFF”). No mesmo sentido, **Marco Aurélio Barcelos e Tarcísio Gomes de Freitas** afirmam que “[n]ão existe [...] a alegada inconstitucionalidade em relação à mecânica criada” – ou seja, a mecânica dos “*investimentos cruzados*”. Em primeiro lugar, porque “*não se pode ignorar o fato de que o transporte de cargas de longa distância é sistêmico e costuma ultrapassar as fronteiras de influência de um único Estado*” – ao Poder Concedente, “*cabendo, então, estabelecer as políticas do setor com base em uma visão do todo, que leve em conta o que é melhor para ‘o País’*”. E, em segundo lugar, porque os “*investimentos cruzados*” possuem importante finalidade no Setor Ferroviário; a saber: em um cenário de “*escassez orçamentária*”, “*permitir [...] a construção de novos trechos ferroviários*” “*em um curto espaço de tempo*” e, conseqüentemente, “*garantir a oferta de transporte para os produtos brasileiros com maior segurança e qualidade*”. Por fim, os autores ainda acrescentam que, “*se houver falha na construção dos trechos ou atrasos na sua execução, as empresas sofrerão penalidades no contrato de concessão prorrogado e, no extremo, poderão até mesmo perdê-lo*” (BARCELOS, Marco Aurélio; FREITAS, Tarcísio Gomes de. A lógica dos investimentos cruzados nas ferrovias do Brasil. *Serviço de Notícias Agência Infra*, Brasília, 28 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-logica-dos-investimentos-cruzados-nas-ferrovias-do-brasil/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.).

A respeito da realização de novos investimentos na concessão, **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁴³⁰ ensina que a prorrogação por interesse público “*é, em si, um fator de desequilíbrio contratual*”, porquanto ela “*traz para ele [ou seja, para o concessionário] a possibilidade de prosseguimento na exploração da utilidade concedida, o que, certamente, acarreta custos [...] mas também o alargamento do seu potencial de ganhos*”; por isso, é preciso que “*a prorrogação coincida com uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial*”, o que pode ser feito, por exemplo, “*incluindo-se novos aportes, incrementando obrigações ou exigindo contrapartidas*”.

11.2.4 ADEQUAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO EM VIGOR

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a adequação do respectivo contrato de concessão ao ordenamento jurídico vigor.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seus art. 17, § 5.º; 19; 25; e 27, § 4.º, que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica far-se-á de acordo com a seguinte condição: o novo contrato de concessão deverá conter “*cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei n.º 8.987, de 1995*”; e
- (ii) da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 11, § 4.º, que o termo aditivo de prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica conterá “*cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem o disposto nesta Lei*”.

A propósito, **Clément Colson**⁴³¹ ensina que “*l’offre de une prorogation est, à toute époque, un excellent moyen d’obtenir l’extension ou l’amélioration du service*”, já que, por

⁴³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-168.

⁴³¹ COLSON, Clément. *Cours d’économie politique...* v. 6, 2º éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. p. 419.

meio dela, “[o]n peut alors corriger ce qui, dans le contrat primitif, ne répondrait plus aux besoins [públicas]”.

11.2.5 INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE DESEMPENHO NO CONTRATO DE CONCESSÃO

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a inclusão de cláusula de desempenho no respectivo contrato, com critérios, metas e indicadores de qualidade do serviço prestado aos usuários, vinculados a penalidades proporcionais em caso de descumprimento.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seus art. 17, § 5.º; 19; 25, §§ 1.º e 2.º; e 27, § 4.º, que a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão dos serviços públicos de energia elétrica far-se-á de acordo com a seguinte condição: o novo contrato de concessão de serviço público deverá conter “*cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico*”, os quais serão fiscalizados por meio de “*índices apropriados*”, e aos quais serão vinculadas “*penalidades*” para o caso de descumprimento;
- (ii) da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 6.º, par. ún., II, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica dependerá da “*aceitação expressa*” da seguinte condição pela concessionária: “*submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL*”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 9.º, II, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário será orientada pela inclusão de “*parâmetros de qualidade dos serviços*” nos contratos prorrogados, com os respectivos “*planos de investimento*”.

11.2.6 ADOÇÃO DAS MELHORES PRÁTICAS REGULATÓRIAS

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a adaptação do respectivo ajuste às técnicas de regulação desenvolvidas pelas Agências Reguladoras após sua criação.

É o caso, por exemplo, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seus art. 3.º, 6.º e 7.º, que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: adoção das *“melhores práticas regulatórias”* nos contratos prorrogados, notadamente a inclusão de *“mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos das suas obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga”*.

11.2.7 EXTINÇÃO DO CARÁTER DE EXCLUSIVIDADE DA CONCESSÃO

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar em abrir mão do caráter de exclusividade da concessão.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 15, que a prorrogação *“das atuais e das novas concessões”* do serviço público de distribuição de energia elétrica será realizada *“sem exclusividade”* de fornecimento de energia aos grandes consumidores; e
- (ii) da Lei 10.233/01, a qual dispõe, em seu art. 34-A, que as prorrogações dos contratos de concessão do serviço público ferroviário poderão ser realizadas com ou sem *“caráter de exclusividade quanto a seu objeto”*⁴³².

⁴³² Note-se que a Lei 13.448/17, art. 21, alterou a redação da Lei 10.233/01, art. 34-A, a qual estabelecia, em sua redação original, que as prorrogações dos contratos de concessão do serviço público ferroviário seriam

Sobre o ponto, **Cármen Lúcia Antunes Rocha**⁴³³ ensina que a “*prorrogação pode ensejar a modificação da concessão, inclusive dela se retirando características que prevaleciam anteriormente e, agora, não mais prosperam no sistema jurídico*”; por exemplo, a extinção do “*caráter de exclusividade*” da outorga.

Por fim, cumpre destacar que a extinção do caráter de exclusividade da concessão é indispensável para a introdução da competição em determinado mercado. Com efeito, ao tratar do “*monopolio*” nas concessões de serviço público, **Gaston Jèze**⁴³⁴ leciona que as “*concesiones a título exclusivo*” decorrem de um “*compromiso formal*” contraído pelo Poder Concedente frente ao concessionário no “*acto de concesión*” no sentido de que aquele se obrigará “*a no concluir convenciones de la misma naturaleza con otras personas*”; e acrescenta: assim sendo, a concessão a título exclusivo “*confiere al concesionario un privilegio de explotación del servicio público concedido*”, em razão do qual ele “*tiene derecho a exigir que la Administración no favorezca a un competidor*”.

11.2.8 REORGANIZAÇÃO DAS ÁREAS DE CONCESSÃO

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a reorganização da respectiva área de concessão.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seus art. 17, § 5.º; e 22, que o Poder Concedente poderá condicionar a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de transmissão e de distribuição de energia elétrica ao “*reagrupamento*” das respectivas “*áreas*” de concessão, segundo “*critérios de racionalidade operacional e econômica*”;

realizadas, sempre, com “*caráter de exclusividade quanto a seu objeto*”. Essa alteração legislativa habilitou o Poder Concedente a condicionar tais prorrogações à extinção do caráter de exclusividade da outorga.

⁴³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59-60.

⁴³⁴ JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo...* v. 3, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 394-416.

- (ii) da Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, § 3.º, que a ANATEL poderá propor, a seu “*critério*”, quaisquer “*condicionamentos*” para a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações, notadamente a “*reorganização [...] da área da concessão para ajustamento ao plano geral de outorgas ou à regulamentação vigente*”; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 25, *caput* e §§ 1.º e 2.º, I, III e IV, que, por ocasião da prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário, o Poder Concedente poderá realizar “*alterações*” nesses ajustes com vistas a “*solucionar questões operacionais e logísticas*”, sendo certo que tais alterações poderão compreender a “*reconfiguração da malha ferroviária*”, com o “*desmembramento de parte da faixa de domínio*” e a “*incorporação*” de trechos ferroviários “*resultantes da cisão de outros contratos*”.

Sobre a reorganização das áreas de concessão, **Romário de Oliveira Batista**⁴³⁵ ensina que “*o Poder Concedente dispõe da prerrogativa de estabelecer novas obrigações ao concessionário, quando da renovação do prazo de concessão*”; por exemplo, “*a eventual reorganização de áreas de concessão*”.

11.2.9 VINCULAÇÃO DE PARTE DA CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DA INFRAESTRUTURA AO ATENDIMENTO DE DETERMINADO GRUPO DE AGENTES ECONÔMICOS OU USUÁRIOS

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura por ela administrada (Exemplo: a capacidade de geração de uma usina elétrica) ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários.

É o caso, por exemplo:

⁴³⁵ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 164-165 e 168.

- (i) da Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 1.º, §§ 1.º, II, e 3.º, que a prorrogação das concessões de geração de energia hidrelétrica dependerá da “*aceitação expressa*” da seguinte condição pelas concessionárias: “*alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica*” (as quais, por sua vez, fornecem energia elétrica aos chamados consumidores cativos), a serem “*definida[s]*” pela “*ANEEL*” e “*revisadas, periodicamente,*” pela Agência Reguladora, “*conforme regulamento do Poder Concedente*”⁴³⁶; e
- (ii) da Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 9.º, III e § 1.º, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário será orientada pela garantia de “*acesso à infraestrutura ferroviária e aos recursos operacionais do concessionário*” pelos demais operadores de transporte ferroviário (notadamente, os chamados “*operadores ferroviários independentes*”), mediante a definição de “*níveis de capacidade de transporte*” anuais pela “*ANTT*”, cabendo, ainda, à Agência Reguladora, fiscalizar o atendimento de tais níveis de capacidade pelo concessionário.

A propósito, vale ressaltar que, nos chamados “*serviços em rede*”⁴³⁷ – caso do serviço público ferroviário, o direito de acesso à rede está relacionado, diretamente, ao acesso ao

⁴³⁶ **Ana Clara Toledo Brito** afirma que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão de geração de energia elétrica, com a adoção do regime de cotas, afetou o lastro físico das concessionárias de geração (ou seja, o montante de energia necessário para garantir o cumprimento de um contrato de compra e venda de energia), forçando-as a comprar energia elétrica junto a terceiros para recompor o referido lastro ou a extinguir, antecipadamente, diversos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEAR”) celebrados no Ambiente de Contratação Livre (“ACL”), com o pagamento das respectivas multas contratuais; e que, num caso ou no outro, esse fato, ou melhor, essa condição para a prorrogação imposta pelo Poder Concedente teria causado prejuízos milionários aos agentes de geração. Assim sendo, a autora entende que “*é juridicamente possível ajuizar ação judicial requerendo o ressarcimento, pela União, dos danos provocados pela Lei 12.783/2013*”, com base na “*teoria da responsabilidade civil do Estado legislador*” (BRITO, Ana Clara Toledo. Prorrogação de concessões de geração de energia hidrelétrica: a responsabilidade civil do Estado legislador. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 26, p. 175-190, set./out. 2016. p. 183-189.). Sem desprestigiar, de modo algum, a doutrinadora, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, a nosso sentir, as concessionárias de geração de energia elétrica não têm nenhum direito à indenização pelos prejuízos supracitados, já que elas optaram, voluntariamente, pela prorrogação antecipada das respectivas concessões, presumidamente calculando os ônus e bônus de tal opção. Em todo caso, a União Federal sempre poderia alegar o rompimento do nexo de causalidade entre sua conduta (a edição da Lei 12.783/13) e o dano das concessionárias de geração, por culpa exclusiva das vítimas.

⁴³⁷ **Maria Yolanda Fernandez García** ensina que “*servicios en red*” são aqueles que “*necesitan, para su prestación, de una infraestructura en red*”; por exemplo: “*abastecimiento de agua, telecomunicaciones,*

próprio mercado, sendo, pois, essencial para promover a existência de uma pluralidade de operadores e, conseqüentemente, a concorrência intrasetorial. Com efeito, **Samuel Tejado Aguado**⁴³⁸ ensina que “[l]a interrelación entre el acceso a la red y el acceso al mercado en los sectores dependientes de infraestructuras en red resulta inmediata”, sendo certo que “no podríamos pretender una pluralidad de agentes en la prestación [...] sin diseñar, previamente, mecanismos estables que permitiesen [...] acceder al elemento clave que sirve de sustento para la realización de estas actividades; y más aún, cuando la infraestructura es única”; e, a seguir, conclui: “[p]or tanto, es esencial garantizar el acceso a los operadores potenciales, para que tenga absoluto sentido abrir el mercado prestacional a la competencia”.

11.2.10 INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS E SERVIÇOS

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a incorporação de novas tecnologias e serviços no âmbito da concessão.

É o caso, por exemplo, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seus art. 3.º; 6.º; 22; e 25, *caput* e § 2.º, II, que a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário está sujeita, dentre outras, à seguinte condição: a adoção de “*novas tecnologias*” nos contratos prorrogados, bem assim a inclusão/exclusão de “*serviços*” em tais ajustes.

A respeito da incorporação de novas tecnologias e serviços nos contratos de concessão, **Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**⁴³⁹ ensinam que “a possibilidade de remodelação da execução do serviço é conveniente e importante para o sucesso da concessão”, notadamente “em Setor onde a evolução tecnológica ao longo do tempo de vigência do contrato pode trazer novos desafios, muitas vezes imprevisíveis no momento da contratação” (os autores têm em vista o Setor de Telecomunicações); mas advertem: a

subsectores energéticos – electricidad, gas y petróleo –, subsectores de transportes – ferroviario, marítimo, aéreo o por carretera – o servicios postales” (GARCÍA, Maria Yolanda Fernández. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. 1. ed. Madrid: INAP, 2003. p. 216-217.).

⁴³⁸ AGUADO, Samuel Tejado. El nuevo modelo ferroviario español... In: PASTOR, Juan Alfonso Santamaría et. al. (Dir.). *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. 1. ed. Madrid: Iustel, 2011. p. 271-272.

⁴³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004. p. 224-225.

alteração da *“forma de prestação do serviço [...] somente se justifica se necessária ao atendimento do interesse público”*, sendo certo, ainda, que *“o objeto não pode ser, nem restrito, nem ampliado, nem alterado”* – *“por exemplo, [a ANATEL] não pode simplesmente mudar o objeto da concessão (passar, por exemplo, de STFC para móvel)”*.

Por fim, a partir de uma interpretação conforme à Constituição da regra jurídica supracitada, entendemos, como visto na seção 2 acima, que apenas *“serviços acessórios”* podem ser incluídos ou excluídos dos contratos de concessão do serviço público ferroviário, mas, não, *“serviços principais”*, sob pena de violação do princípio da isonomia e do instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta. Exemplo: por ocasião da prorrogação por interesse público, o serviço de transporte ferroviário (serviço principal) não pode ser incluído em um contrato de concessão do serviço público ferroviário cujo objeto original seja, apenas e tão somente, a administração da infraestrutura ferroviária, mas os serviços de condução, manobra, pesagem, abastecimento e de reparo de veículos ferroviários de terceiros (serviços acessórios) podem sê-lo.

11.2.11 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ADMINISTRATIVOS SETORIAIS

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com a solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais.

É o caso, por exemplo, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 30, que a prorrogação das concessões do serviço público ferroviário pode ser condicionada à solução de conflitos administrativos setoriais entre *“a União e os entes da Administração Pública federal indireta”*, de um lado, e os *“concessionários e subconcessionários”*, de outro lado, inclusive mediante a compensação de *“haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas”*, podendo ser convertidos eventuais *“créditos”* do Poder Concedente em obrigação de *“investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da Administração Pública”*.

11.2.12 QUAISQUER OUTRAS CONDIÇÕES PROPOSTAS PELO PODER CONCEDENTE POR OCASIÃO DA PRORROGAÇÃO

Algumas leis estabelecem, por fim, que o prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar com quaisquer outras condições propostas pelo Poder Concedente por ocasião da decisão do pedido de prorrogação (cláusula geral), tendo em vista as circunstâncias existentes à época.

É o caso, por exemplo, da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seu art. 99, § 1.º, que a ANATEL poderá propor, a seu “*critério*”, quaisquer “*novos condicionamentos*” para a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações, “*tendo em vista as condições vigentes à época*”.

Analisando, especificamente, a regra jurídica supracitada, **Márcio Iorio Aranha**⁴⁴⁰ ensina que o trecho “*poderá, a critério da Agência, incluir novos condicionamentos, tendo em vista as condições vigentes à época*” “[é] *uma determinação de atuação regulatória para atualização dos condicionamentos à conjuntura presente quando da prorrogação dos contratos*”; e acrescenta: os “*limites*” ao exercício dessa competência administrativa são: (i) a “*pertinência entre os condicionamentos e as circunstâncias que os justificaram*”; (ii) a “*manutenção do equilíbrio econômico-financeiro*” dos contratos de concessão, se houver “*comprovação de efetivo desequilíbrio*” decorrente dos novos condicionamentos⁴⁴¹; e (iii) a “*preservação da simetria competitiva entre prestadores*” (“*simetria*” ou “*assimetria regulatória*”, conforme o caso), necessária para garantir a viabilidade econômica de serviço de telecomunicação prestado em regime público, quando esse mesmo serviço for explorado, simultaneamente, nos regimes público e privado; por fim, o autor dá, como exemplo de novo condicionamento passível de ser proposto pela ANATEL por ocasião da prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações, a definição de “*novas metas para universalização*” do serviço público.

⁴⁴⁰ ARANHA, Márcio Iorio. Renovação dos contratos de concessão da telefonia fixa no Brasil. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 225-238, jan./jun. 2006. passim.

⁴⁴¹ Neste ponto, o autor alerta sobre a tendência das concessionárias de serviço público de tentarem compensar eventuais prejuízos, compreendidos no conceito de álea ordinária, por ocasião do reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da inclusão de novos condicionamentos nos contratos de concessão.

11.3 Leis que, mediante nova remissão, transferem a tarefa de estabelecer as condições para a prorrogação aos contratos de concessão de serviço público

Conforme visto acima, algumas leis não estabelecem, por si mesmas, as condições para a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, mas, mediante nova remissão, transferem essa tarefa aos próprios ajustes. São elas:

- (i) a Lei 7.565/86, art. 175, § 1.º;
- (ii) a Lei 8.987/95, art. 18, XIV; e 23, XII;
- (iii) a Lei 9.074/95, art. 4.º, §§ 2.º e 3.º;
- (iv) a Lei 9.472/97, art. 93, VI, primeira parte;
- (v) a Lei 10.233/01, art. 33; 34-A, § 2.º, I; e 35, II;
- (vi) a Lei 11.079/04, art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11;
- (vii) a Lei 11.445/07, art. 11, IV e § 2.º, I;
- (vii) Lei 11.668/08, 4.º, I e XI;
- (viii) a Lei 12.783/13, art. 7.º, par. ún.; e
- (ix) a Lei 12.815/13, art. 67.

Em relação às leis supracitadas, **Lucas Navarro Prado e Luis Felipe Valerim Pinheiro**⁴⁴² observam que *“o legislador optou por conferir margem considerável de liberdade para que o Poder Concedente estabeleça as obrigações para a extensão do prazo da outorga”*.

⁴⁴² PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 433.

Por fim, a título de ilustrativo, vale citar, por todas, a Lei 8.987/95, a qual estabelece, em seu art. 18, XIV c.c 23, XII, que “[o] *edital de licitação* [...] *conterá* [...] *a minuta do* [...] *contrato, que conterá* [por sua vez] *as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei*”, dentre elas, “*as relativas [...] às condições para prorrogação do contrato*”.

Apresentadas as condições para a prorrogação, vejamos, agora, os principais aspectos relativos à cláusula de prorrogação dos contratos de concessão.

12 Cláusula de prorrogação

As leis gerais e setoriais sobre serviços públicos estabelecem que os contratos de concessão devem conter a chamada “*cláusula de prorrogação*”.

Assim sendo, convém analisarmos essa cláusula contratual com vistas a determinarmos sua natureza jurídica, bem assim qual deve ser seu conteúdo.

Por fim, apresentaremos um exemplo de cláusula de prorrogação (aquela constante dos contratos de concessão do serviço público ferroviário) para ilustrarmos nossas explicações.

12.1 Natureza jurídica da cláusula de prorrogação

Na seção 5 acima, vimos que, com a expressão “*natureza jurídica*”, os juristas querem significar o que um determinado objeto “*é*” no chamado “*mundo jurídico*”.

Nesse sentido, podemos concluir que a cláusula de prorrogação é uma cláusula essencial dos contratos de concessão de serviço público, bem assim uma cláusula regulamentar desses ajustes. Senão vejamos.

12.1.1 CLÁUSULA ESSENCIAL

De acordo com a doutrina, as cláusulas dos contratos de concessão de serviço público podem ser classificadas em: (i) cláusulas essenciais ou necessárias; e (ii) cláusulas acessórias ou acidentais. As primeiras dispõem, basicamente, sobre o objeto do ajuste, o modo de execução do serviço e os direitos, deveres e responsabilidades das partes e, por isso, sua omissão constitui causa de nulidade do contrato. Já as segundas apenas esclarecem a vontade das partes, facilitando a compreensão do contrato, razão pela qual sua omissão não tem o condão de invalidar o ajuste⁴⁴³.

⁴⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 206-207.; GASPARINI,

Nesse sentido, a cláusula de prorrogação pode ser considerada uma cláusula essencial dos contratos de concessão de serviço público, e não uma cláusula acessória.

De fato, é o que extraímos, dentre outras:

- (i) da Lei 8.987/95, a qual estabelece, em seu art. 23, XII, que a cláusula relativa “às condições para a prorrogação do ajuste” é uma das “cláusulas essenciais” do “contrato de concessão” de serviço público;
- (ii) da Lei 11.079/04, a qual dispõe, em seus art. 3.º, *caput* e § 1.º; e 5.º, que os “contratos de parceria público-privada” atenderão ao disposto no “art. 23, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”, devendo regular, portanto, a “prorrogação” do “prazo de vigência do contrato”; e
- (iii) da Lei 10.233/01, a qual prevê, em seus art. 33 e 35, II, que o “contrato de concessão” dos serviços públicos rodoviário e ferroviário terá como “cláusulas essenciais” aquelas relativas ao “prazo de vigência da concessão” e às “condições para sua prorrogação”.

A propósito, vale ressaltar que a doutrina também afirma o caráter essencial da cláusula de prorrogação dos contratos de concessão. Com efeito, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁴⁴⁴ ensina que, “[e]ntre as cláusulas essenciais do contrato, deve constar a previsão para sua prorrogação”. **Sílvio Luís Ferreira da Rocha**⁴⁴⁵ leciona que “[o] art. 23, da Lei 8.987/1995, considera cláusulas essenciais do contrato as relativas [...] ao prazo da concessão (inciso I) [...] e as condições para prorrogação do contrato (inciso XII)”. **Jacinto Arruda Câmara**⁴⁴⁶ expõe que a Lei 8.987/95 “estabeleceu, como cláusula necessária aos contratos de concessão, a que tratasse das ‘condições para a prorrogação do contrato’ (art. 23, XII)”. **Edson Jacinto da Silva**⁴⁴⁷ explica que “[a] possibilidade de prorrogação é cláusula essencial do contrato de

Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 790.; BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 60-61.

⁴⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 685.

⁴⁴⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 540.

⁴⁴⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346.

concessão (art. 23, XII)”, pelo que “o edital deve estabelecer esta possibilidade”. E **Renato Poltronieri**⁴⁴⁸ esclarece que “[a]s cláusulas dos contratos administrativos de parceria público-privada devem mencionar o disposto no art. 23, da Lei n.º 8.987/1995”, notadamente as “condições para prorrogação do contrato”⁴⁴⁹.

12.1.2 CLÁUSULA REGULAMENTAR

Segundo a doutrina, as cláusulas dos contratos de concessão de serviço público podem ser classificadas, ainda, em: (i) cláusulas regulamentares ou de serviço; e (ii) cláusulas econômicas, financeiras ou contratuais (*stricto sensu*). As primeiras dizem com a organização e o funcionamento do serviço público e, por isso, podem ser alteradas, unilateralmente, pelo Poder Concedente por razões de interesse público, sem que a concessionária possa opor-se a isso invocando suposto direito à imutabilidade do contrato (Lei 8.666/93, art. 58, I; e 65, I c.c 124). Já as segundas dizem respeito às vantagens pecuniárias que o Poder Concedente assegura à concessionária (estabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro da concessão), razão pela qual podem ser alteradas, apenas e tão somente, mediante novo acordo de vontades entre as partes (Lei 8.666/93, art. 58, § 1.º c.c 124)⁴⁵⁰.

Assim sendo, a cláusula de prorrogação pode ser considerada uma cláusula regulamentar dos contratos de concessão de serviço público, e não uma cláusula econômica⁴⁵¹,

⁴⁴⁷ SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão no serviço público*. 1. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2004. p. 148.

⁴⁴⁸ POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas...* 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2005. p. 129-130.

⁴⁴⁹ Como visto na seção 1.1.2.2 acima, **Maria D’Assunção Costa e Natalia Felipe Lima Bonfim** afirmam que, na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, a expressão “*caráter especial*” significa, em relação ao instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, que a “*cláusula de prorrogação*” é “*essencial*”, “*obrigatória*”, “*imprescindível*” em todos os contratos desse tipo; e, a seguir, concluem: “*se conclui, em síntese, que a Constituição Federal de 1988 e a Lei Geral de Concessões, n.º 8.987/1995, expressam uma determinação inarredável – vinculativa/condicional – para o Poder Concedente de incluir, no contrato de concessão de prestação de serviços públicos, a cláusula de prorrogação do prazo inicial*” (COSTA, Maria D’Assunção; BONFIM, Natalia Felipe Lima. Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 197-210, jan./mar. 2009. p. 200-201 e 210.). Conforme visto na mesma seção, esse não é nosso entendimento.

⁴⁵⁰ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 206 e 293.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo...* 15. ed. rev. refund. e atual. 3. tirag. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 193-194 e 488.; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249.

⁴⁵¹ Ao menos, no que toca à prorrogação por interesse público.

motivo pelo qual o Poder Concedente pode alterar, unilateralmente, seu conteúdo no interesse do serviço, notadamente para definir novas condições para a prorrogação.

Com efeito, foi precisamente o que fizeram as Leis 12.783/13 e 13.448/17, as quais alteraram, respectivamente, as condições para a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica e dos serviços públicos rodoviário e ferroviário. A título ilustrativo, vale comparar as condições para prorrogação constantes do Contrato de Concessão n.º 007/97, celebrado entre a União Federal e a CEMIG Geração S/A, e aquelas previstas na Lei 12.783/13. Com efeito:

- (i) o Contrato de Concessão n.º 007/97 estabelecia, em sua Cláusula Quarta, que o ajuste poderia ser prorrogado, desde que: (a) a concessionária estivesse *“cumprindo adequadamente o presente CONTRATO”*; e (b) apresentasse os *“comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública”*; já
- (ii) a Lei 12.783/13 dispõe, em seus art. 1.º e 15, que os contratos de concessão do serviço de geração de energia elétrica poderão ser prorrogados, desde que a concessionária aceite as seguintes condições: (i) a redução proporcional da *“tarifa”* de energia aos níveis de *“investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados”*; (ii) a *“alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica”*; e (iii) a inclusão de *“padrões de qualidade”* no ajuste.

A diferença entre as condições para a prorrogação é evidente.

Neste momento, vale mencionar que a jurisprudência já reconheceu o caráter regulamentar da cláusula de prorrogação dos contratos de concessão. De fato, no recente julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a *“cláusula de prorrogação”* possui natureza jurídica de *“cláusula regulamentar”*, e não de *“cláusula econômica”*, motivo pelo qual não existe *“qualquer impedimento à aplicação imediata ao contrato [de concessão] de novel legislação [...] dispondo sobre o tema ‘prorrogação contratual’”*, não havendo mesmo que se falar em *“ato jurídico perfeito”* ou

“*direito adquirido*” à prorrogação nos termos originais do ajuste. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

Tenho que a manutenção da decisão recorrida se impõe, diante da inexistência de direito líquido e certo à prorrogação contratual pretendida pela impetrante.

[...]

Em adição, **não vislumbro, no elemento “prorrogação contratual”, a pretendida condição de cláusula econômica** passível de submissão ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e, **por essa razão, não vislumbro qualquer impedimento à aplicação imediata ao contrato de novel legislação que, dispondo sobre o tema “prorrogação contratual”, advenha no decorrer do ajuste.** (STF, RMS 34.203/DF, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Dias Toffoli, j. 21/11/2017, DJe 19/03/2018) (grifo nosso)

E, no julgamento do MS 20.432/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça também afirmou que a cláusula de prorrogação faz parte das “*cláusulas regulamentares*” dos contratos de concessão, e não das de “*natureza econômica*”, podendo, pois, ser alterada, “*unilateralmente*”, pelo Poder Concedente (inclusive, por lei), especialmente para a definição de “*novas condições para a prorrogação*”, sem que a concessionária possa falar “*em ato jurídico perfeito ou em direito adquirido à prorrogação na forma originalmente contratada*”. Eis o trecho principal do voto da vogal, Ministra Assusete Magalhães – que acompanhou o voto vencedor do Ministro Ari Pargendler; *verbis*:

No caso, como visto, a matéria é diversa, pois a impetrante invoca a existência de direito líquido e certo a ter seu pedido de prorrogação de contrato de concessão de geração de energia elétrica examinado sem incidência da legislação superveniente. Ocorre que, **em se tratando de contrato de concessão de serviço público** – cuja avença e prorrogação, por força do art. 175, da CF/88, regem-se por normas especiais –, ao concessionário é assegurada, apenas, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, **podendo o Poder Público**, respeitada tal equação econômico-financeira, **alterar, unilateralmente, as chamadas cláusulas regulamentares, entre as quais se inclui o prazo da concessão**, que, não sendo elemento contratual do ato, não configura direito adquirido do concessionário. (STJ, MS 20.432/DF, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Ministro Ari Pargendler, Relator(a): p/ acórdão Ministro Herman Benjamin, j. 24/06/2015, DJe 15/02/2016) (grifo nosso)

De outra parte, a doutrina também afirma que a cláusula de prorrogação possui caráter regulamentar, podendo, pois, ter seu conteúdo alterado, unilateralmente, pelo Poder Concedente. Com efeito, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁴⁵² ensina que as “*disposições*

⁴⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2. ed. 3. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 38-41. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 674 e 683-684.; Idem. *Serviço público e concessão de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 100.

relativas ao prazo” (dentre elas, as relativas à prorrogação do prazo) estão incluídas nas “*cláusulas regulamentares*” do contrato de concessão, integrando seu “*aspecto regulamentar*”, que “*é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado*”. **Marçal Justen Filho**⁴⁵³ leciona que “*as cláusulas atinentes à [...] vigência contrato*” (abrangidas as atinentes à prorrogação) são “*cláusulas mutáveis*” da concessão, sujeitando-se, pois, “*a modificações [...] deliberadas, unilateralmente, pela Administração*”. **Letícia Queiroz de Andrade**⁴⁵⁴ expõe que as cláusulas relativas ao “*prazo da concessão*” são cláusulas regulamentares (o que significa: “*não têm natureza verdadeiramente contratual*”), razão pela qual “*podem ser unilateralmente alteradas*” pelo Poder Concedente “*para readequar as condições de prestação do serviço às cambiantes necessidades coletivas*”⁴⁵⁵. **Dilermundo Gomes de Alencar**⁴⁵⁶ explica que as “*cláusulas contratuais que versam sobre o prazo de vigência de um contrato de concessão e, como consectário, sobre o prazo da prorrogação*” têm natureza jurídica de “*cláusulas regulamentares*”, pelo que o Poder Concedente pode alterá-las por “*razão de conveniência e oportunidade*”. E **Romário de Oliveira Batista**⁴⁵⁷ esclarece que o “*entendimento majoritariamente prevalecente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência*”, é no sentido de que a “*cláusula de prorrogação*” tem natureza de “*cláusula regulamentar*”, podendo, pois, ser alterada, unilateralmente, pelo Poder Concedente.

Nada obstante, é preciso destacar que alguns doutrinadores de escol não admitem a alteração unilateral das condições para a prorrogação por interesse pelo Poder Concedente. É o caso, dentre outros, de **Hely Lopes Meirelles**⁴⁵⁸, para quem, “*mesmo que a Lei vigente*

⁴⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 165. Cf., ainda: Idem. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 640-641.

⁴⁵⁴ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 105-125.

⁴⁵⁵ Entretanto, a autora ressalva que, dentre as cláusulas econômicas da relação de concessão, se encontra a que estabelece os “*mecanismos a serem adotados para recomposição do equilíbrio*”, notadamente, a “*extensão do prazo da concessão*” (ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117-118.).

⁴⁵⁶ ALENCAR, Dilermundo Gomes de. Marco legal referente às prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 221. Cf., ainda: Idem. Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público. *A&C Revista de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, v. 8, n. 34, p. 229-241, out./dez. 2008. p. 235-236.; Idem. Prorrogação de concessão de centrais elétricas... *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, v. 8, n. 44, p. 49-55, mar./abr. 2009. p. 53-54.

⁴⁵⁷ BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação... In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 151-152.

houvesse modificado o sistema das concessões de uso ou das prorrogações dos contratos municipais, não atingiria o contrato em exame, que é ato jurídico perfeito”. **Ives Gandra da Silva Martins**⁴⁵⁹, para quem, “no momento em que o contrato [de concessão do serviço público de transporte coletivo urbano] foi assinado, não só passou a gerar um direito adquirido [à prorrogação] para o concessionário, como o ato jurídico se completou, não podendo mais ser atingido por lei posterior”, por força do “inc. XXXVI, do art. 5.º, da Constituição Federal” – que consagra o “princípio da irretroatividade da lei”, protegendo o “ato jurídico perfeito”. **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁴⁶⁰, para quem a MP 579/12, posteriormente convertida na Lei 12.783/13, não podia alterar as condições para a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica, “porque, como prevê a sistemática jurídica sedimentada, a edição de lei posterior não afeta o ato jurídico perfeito”. **Maria Celeste Morais Guimarães**⁴⁶¹, para quem “[a] cláusula de prorrogação integra, sim, a equação econômico-financeira do contrato”; por isso, “a Lei nova [leia-se: a Lei 12.783/13] não podia ser aplicada aos contratos já em vigor” para alterar as “condições para a prorrogação das concessões”; em uma palavra: “[a] lei nova não pode desfazer os efeitos da outorga, por violação do princípio da segurança jurídica”. E **Lirismar Campelo**⁴⁶², para quem, “em conformidade com o inciso XXXVI, do art. 5.º, da Constituição da República”, “todas as normas do ordenamento jurídico pátrio [...] devem respeitar o ato jurídico perfeito”, razão pela qual “os contratos de arrendamento portuário celebrados antes do advento da vigente Lei dos Portos somente podem ser prorrogados de acordo com a própria previsão contratual”, e não com as novas “condições de prorrogação” estabelecidas pela “Resolução ANTAQ n.º 1.837/10”, com base nesta Lei.

⁴⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 81-82.

⁴⁵⁹ MARTINS, Ives G. da Silva. Inteligência do art. 42, parágrafo 1., da Lei n. 8.987/95... In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 161. Cf., ainda: Idem. Legalidade de renovação contratual prevista em concessão anterior à Lei n. 8.987/95... *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, ano 15, n. 8, p. 483-495, ago. 2002. p. 490-491.; Idem. Concessão de serviço público: existência de cláusula contratual que prevê renovação... *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, v. 3, n. 6, p. 33-39, jun. 1999. p. 38.; Idem. Irretroatividade da norma transitória para licitações e contratos... In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 86-88.

⁴⁶⁰ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico... In: MARQUES NETO, Florian de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 914-915.

⁴⁶¹ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Prorrogação das concessões do Setor Elétrico: o caso Cemig. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 154, p. 46-50, jun. 2013. p. 48-49.

⁴⁶² CAMPELO, Lirismar. Arrendamento de instalação portuária: condições para a prorrogação do contrato. *Revista Jurídica Consulex*, [S.l.], v. 16, n. 368, p. 14, mai. 2012. p. 14.

Sem desprestigiar, de modo algum, os eminentes doutrinadores supracitados, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

Com efeito, se o Poder Concedente não pudesse alterar, unilateralmente, as condições para a prorrogação, se ele dependesse da anuência da concessionária para fazê-lo, então, fatalmente, o interesse público ficaria subordinado ao interesse privado, o que é incompatível com todo o regime jurídico-administrativo, que se estrutura a partir dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público⁴⁶³. Relembre-se que estamos tratando da prorrogação de contratos de concessão de serviço público, ou seja, de relações jurídicas de longa duração, nas quais a variação das circunstâncias existentes no momento de sua formação é bastante comum.

Ademais, a possibilidade de alteração unilateral das condições para a prorrogação pelo Poder Concedente decorre, ainda, do caráter negocial do instituto jurídico da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada). De fato, nas seções 8 e 10.7 acima, vimos que, para ser realizada validamente, tal espécie de prorrogação precisa ser vantajosa para o Poder Concedente, o que depende, diretamente, das condições para a prorrogação. Em todo caso, a concessionária não é obrigada, jamais, a aceitar as novas condições propostas pelo Poder Concedente.

Continuado, o raciocínio é válido, inclusive, no caso da prorrogação premial, em que, como visto na seção 2.3.1.3 acima, o Poder Concedente decide, de maneira vinculada, sobre a matéria. É que, enquanto não cumpridas as condições objetivas previstas no contrato de concessão de serviço público (leia-se: enquanto não preenchidos os pressupostos para a aquisição do direito à prorrogação), a concessionária de serviço público não tem direito subjetivo ao prolongamento de prazo, mas, apenas, expectativa de direito. Assim sendo, nada impede o Poder Concedente de propor novas condições para a prorrogação, até o referido momento. Todavia, é certo que o Poder Concedente está vinculado, sempre, ao princípio da segurança jurídica, devendo agir de boa-fé e submeter-se aos controles devidos.

Por fim, o ponto ainda carece de algumas precisões.

⁴⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

A primeira, que o poder de alteração unilateral dos contratos de concessão de serviço público possui caráter discricionário, mas não é, certamente, ilimitado, razão pela qual o Poder Concedente deve motivar, de maneira explícita, clara, suficiente e congruente, a alteração da cláusula de prorrogação (CRFB/88, art. 93, X; e Lei 9.784/99, art. 2.º).

A segunda, que, embora a cláusula de prorrogação seja uma cláusula regulamentar, o Poder Concedente não pode incluí-la, unilateralmente (nem bilateralmente), no contrato de concessão após a licitação pública. Isso porque essa alteração contratual viola os princípios jurídicos que fundamentam o instituto jurídico da licitação pública, especialmente os princípios da isonomia, vantajosidade e vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.987/95, art. 14; e Lei 11.079/04, art. 12). De fato, como vimos na seção 10.3.1, a simples previsão da possibilidade de prorrogação no edital de licitação torna o serviço público, enquanto atividade econômica, financeiramente mais atraente aos investidores e, conseqüentemente, influencia suas propostas na licitação, de modo que a posterior inclusão da cláusula de prorrogação no contrato de concessão fere, a um só tempo, os interesses dos demais concorrentes (vencidos no certame), que desconheciam tal possibilidade quando apresentaram suas propostas, e do próprio Poder Público, que, presumivelmente, recebeu propostas menos vantajosas do que as que receberia pela outorga do direito de exploração do serviço público.

E a terceira, que, conquanto a cláusula de prorrogação seja uma cláusula mutável, o Poder Concedente não pode excluí-la, unilateralmente, do contrato de concessão após a licitação pública. Isso porque essa alteração contratual alteraria as condições efetivas da proposta, que a CRFB/88, art. 37, XXI, determina sejam mantidas ao longo de toda a concessão. Com efeito, ainda que a prorrogação não seja um direito subjetivo da concessionária, mas uma mera expectativa de direito, não restam dúvidas, como visto acima, de que o vencedor da licitação pública apresentou sua proposta levando em conta a possibilidade de prorrogação da concessão de serviço público constante do edital. De fato, se não tem interesse na prorrogação por interesse público, o Poder Concedente deve indeferir o pedido de prorrogação, sem indenização à concessionária (prorrogação comum ou antecipada) ou com ela (prorrogação premial).

A propósito, no julgamento da AC 2003.50.01.003138-5/ES, a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região decidiu que o Poder Concedente “*não poderia revogar a previsão de prorrogabilidade das permissões de linhas de transporte interestaduais*”, sob

pena de violação do “*princípio da segurança jurídica*”, já que, ao prever tal possibilidade, ele “*sinalizou de forma positiva para que grandes – e relevantes – investimentos fossem realizados, não sendo admissível ulterior e injustificada mudança nesse panorama, com impossibilidade de prorrogação, comprometendo, diretamente, o planejamento financeiro das empresas*”⁴⁶⁴.

12.2 Conteúdo razoavelmente detalhado

Na seção 12.1.1 acima, vimos que a cláusula de prorrogação é uma cláusula essencial dos contratos de concessão de serviço público. Todavia, as Leis 8.987/95 e 11.079/04 não estabelecem o conteúdo dessa cláusula contratual – por exemplo, não preveem que a prorrogação atenderá a tal ou qual fim, terá lugar em tal ou qual situação fática, dependerá da aceitação de tal ou qual condição pela concessionária, poderá ser realizada por tal ou qual prazo, obedecerá a tal ou qual procedimento etc. Assim sendo, podemos concluir que o conteúdo da cláusula de prorrogação varia em caso a caso.

Nada obstante, a doutrina afirma, de maneira uniforme, que:

- (i) a cláusula de prorrogação deve prever, de maneira objetiva (prorrogação premial) ou, pelo menos, suficiente, razoável (prorrogação comum ou antecipada), os aspectos da prorrogação por interesse público, notadamente o procedimento, as condições e o prazo máximo da prorrogação; e
- (ii) a cláusula de prorrogação sem clareza e densidade mínimas – a chamada “*cláusula de prorrogação em branco*” (condicionada, por exemplo, simplesmente, à satisfação do interesse público) – é inválida, porque possibilita o arbítrio do Poder Concedente, seja para beneficiar a concessionária de serviço público, seja para prejudicá-la.

⁴⁶⁴ TRF/2, AC 2002.02.01.033377-4/ES, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer, j. 24/09/2008, DJ 10/11/2008. No mesmo sentido: TRF/3, AC 0003571.44.2001.403610-4/SP, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Juiz Federal Paulo Domingues (Conv.), e-DJ 07/02/2013.

Com efeito, **Lino Torgal**⁴⁶⁵ ensina que, por força dos “*princípios gerais da concorrência, da transparência e da segurança jurídica*”, a “*cláusula de prorrogação*” deve ser dotada de “*clareza e densidade suficientes*”, pois “*a cláusula que previsse uma prorrogação ‘em branco’ equivaleria, bem vistas as coisas, a tudo... e a nada*”. **Alexandre Santos de Aragão**⁴⁶⁶ leciona que “[o] contrato originário já deve prever as condições em que a prorrogação poderá ser efetivada”, não se admitindo, pois, “*uma autorização contratual vazia à prorrogação, uma carta-branca à autoridade administrativa para, no fim do contrato, prorrogá-lo ou não*”. **Rafael Munhoz de Mello**⁴⁶⁷ expõe que, “[p]ara evitar que a prorrogação seja deferida ou indeferida de modo arbitrário [...] é necessário que o contrato de concessão estabeleça, com objetividade e precisão, os critérios que nortearão a decisão a ser tomada ao final do primeiro período de vigência contratual”, não podendo ser admitida, pois, a chamada cláusula de prorrogação “*em branco*”, ou seja, aquela que condiciona a prorrogação “*à simples execução do contrato*” ou “*a uma genérica satisfação do interesse público*”, hipóteses em que “*a discricionariedade do agente administrativo seria quase absoluta, seja para beneficiar concessionários que não cumpriram, de modo satisfatório, seus deveres contratuais, seja para prejudicar concessionários que honraram todas as suas obrigações*”. **Rafael Carvalho Rezende Oliveira**⁴⁶⁸ explica que “*o contrato deve estabelecer, de maneira objetiva e razoável, os casos em que a prorrogação terá lugar, sendo vedada a autorização genérica e sem parâmetros da prorrogação*”. E **Noel Antônio Baratieri**⁴⁶⁹ esclarece que “*a prorrogação contratual é uma hipótese excepcional*”, razão pela qual “[n]ão se admite nenhuma autorização vazia à prorrogação”.

⁴⁶⁵ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 235.

⁴⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 554. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 429.

⁴⁶⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de Concessão de Serviço Público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 220.

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 267. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 169.

⁴⁶⁹ BARATIERI, Noel Antônio. *Serviço público na Constituição Federal*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 167.

12.3 Exemplo de cláusula de prorrogação: análise dos contratos de concessão do serviço público ferroviário

A Lei 10.233/01, art. 33 e 35, II, estabelece que os contratos de concessão do serviço público ferroviário deverão dispor sobre as “*condições para sua prorrogação*”. A título de ilustrativo, vale analisarmos como esses contratos de concessão regularam a matéria.

Nesse sentido, todos os contratos de concessão do serviço público ferroviário em vigor contêm uma cláusula de prorrogação; a saber:

- (i) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A (“VALEC”) – referente à Ferrovia de Integração Oeste-Leste, Cláusula Quinta;
- (ii) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a VALEC, referente à Ferrovia Norte-Sul, Cláusula Quinta;
- (iii) o Contrato de Subconcessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a VALEC e a Ferrovia Norte-Sul S/A (“FNS”), referente à Ferrovia Norte-Sul, Cláusula Quarta;
- (iv) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Ferrovia Transnordestina Logística S/A (“FTL”), Cláusula Terceira;
- (v) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Estrada de Ferro Carajás S/A (“EFC”), Cláusula Terceira;
- (vi) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Estrada de Ferro Vitória-Minas S/A (“EFVM”), Cláusula Terceira;
- (vii) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a MRS Logística S/A (“MRS”), Cláusula Terceira;

- (viii) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Ferrovia Centro Atlântica S/A (“FCA”), Cláusula Terceira;
- (ix) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Rumo Malha Norte S/A (“RUMO Malha Norte”), Cláusula Quinta;
- (x) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Rumo Malha Sul S/A (“RUMO Malha Sul”), Cláusula Terceira;
- (xi) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Rumo Malha Oeste S/A (“RUMO Malha Oeste”), Cláusula Terceira;
- (xii) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Rumo Malha Paulista S/A (“RUMO Malha Paulista”), Cláusula Terceira;
- (xiii) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Estrada de Ferro Paraná Oeste S/A (“EFPO”), Cláusula Quarta; e
- (xiv) o Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a Ferrovia Tereza Cristina S/A (“FTC”), Cláusula Terceira.

Embora o conteúdo das cláusulas contratuais supracitadas não seja idêntico, ele é bastante semelhante⁴⁷⁰.

Assim sendo, podemos citar, por todas, a cláusula de prorrogação contida no Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a MRS⁴⁷¹; *verbis*:

⁴⁷⁰ Por exemplo, somente os contratos de concessão celebrados entre a União Federal, de um lado, e a EFC e a EFVM, de outro, estabelecem que o Poder Concedente não poderá exigir “[n]enhum pagamento” pela prorrogação da outorga (Cláusula Terceira, § 4.º).

⁴⁷¹ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a MRS Logística S/A*. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/contrato_mrs.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

CLÁUSULA TERCEIRA – DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Em **havendo interesse manifesto de ambas as partes**, o presente contrato poderá ser prorrogado **até o limite máximo total de 30 anos, a exclusivo critério da CONCEDENTE**.

Parágrafo 1.º - Até 60 meses antes do termo final do prazo contratual, a CONCESSIONÁRIA deverá manifestar seu interesse na prorrogação contratual, encaminhando pedido à CONCEDENTE, que decidirá, impreterivelmente, sobre o mesmo até 36 meses antes do término deste contrato.

Parágrafo 2.º - A CONCESSIONÁRIA poderá pleitear a prorrogação da CONCESSÃO, desde que **não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico e tenha atingido e mantido a prestação de serviço adequado**.

Parágrafo 3.º - A partir da manifestação de interesse da CONCESSIONÁRIA, verificada sua **conveniência e oportunidade** pela CONCEDENTE, esta definirá as **condições técnico-administrativas e econômico-financeiras** necessárias à prorrogação do contrato. (grifo nosso)

A cláusula contratual supracitada regulou aspectos relevantes da prorrogação por interesse público, não podendo, pois, ser considerada uma cláusula em branco (e, conseqüentemente, inválida). Senão vejamos.

12.3.1 NEGÓCIO JURÍDICO ADMINISTRATIVO BILATERAL E ONEROSO

A prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário tem natureza de negócio jurídico administrativo bilateral e oneroso.

Com efeito, a cláusula de prorrogação supracitada estabelece que:

- (i) é necessária a existência de *“interesse manifesto de ambas as partes”* para que a prorrogação seja realizada (*caput*); e
- (ii) a ANTT *“definirá”* as *“condições técnico-administrativas e econômico-financeiras”* a serem aceitas pelas concessionárias do serviço público ferroviário em troca da prorrogação (§ 3.º)⁴⁷².

⁴⁷² Vale lembrar que a Lei 13.448/17 já estabeleceu algumas dessas condições. Exemplo: a realização de novos investimentos na infraestrutura ferroviária.

12.3.2 CARÁTER DISCRICIONÁRIO DA COMPETÊNCIA PARA PRORROGAR

A ANTT decide, discricionariamente, sobre:

- (i) a prorrogação ou não dos contratos de concessão do serviço público ferroviário;
- (ii) o prazo da prorrogação dos referidos contratos, respeitado, porém, o limite máximo previsto nos próprios ajustes; e
- (iii) as condições para a prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário.

Com efeito, a cláusula de prorrogação supracitada estabelece, respectivamente, que:

- (i) a ANTT poderá prorrogar os contratos de concessão do serviço público ferroviário, desde que “*verificada a conveniência e oportunidade*” da medida (§ 3.º);
- (ii) os referidos contratos de concessão poderão ser prorrogados “*até o limite máximo total de 30 anos*”, a “*exclusivo critério*” da Agência Reguladora (*caput*); e
- (iii) a ANTT deverá definir as “*condições técnico-administrativas e econômico-financeiras*” necessárias à prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário (§ 3.º).

12.3.3 PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES

A prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário está sujeita, expressamente, aos seguintes pressupostos e condições:

- (i) **Pressuposto positivo:** a concessionária “*tenha mantido a prestação de serviço adequado*” ao longo da concessão (§ 2.º);

- (ii) **Pressuposto negativo:** a concessionária “*não tenha sido reincidente em condenação administrativa ou judicial por abuso de poder econômico*” (§ 2.º); e
- (iii) **Condições (cláusula geral):** todas as “*condições técnico-administrativas e econômico-financeiras*” propostas pela ANTT no momento da prorrogação (§ 3.º).

12.3.4 PROCEDIMENTO

Nos termos da cláusula de prorrogação supracitada, as concessionárias do serviço público ferroviário deverão formular o respectivo pedido de prorrogação (comum) perante a ANTT “[a]té 60 (sessenta) meses antes do termo final do prazo contratual” (§ 1.º). E a Agência Reguladora deverá decidir sobre a matéria “[a]te 36 (trinta e seis) meses antes do término do contrato” (§ 1.º)⁴⁷³.

Analisados os principais aspectos da cláusula de prorrogação, enfrentemos, agora, a questão do prazo de prorrogação.

⁴⁷³ Cumpre destacar que o procedimento do processo de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário foi desenvolvido pela: (i) Lei 13.448/17; (ii) Portaria GM 399/15; e (iii) Resolução ANTT 4.975/15.

13 Prazo de prorrogação

Segundo a doutrina, o prazo de vigência original (ou, simplesmente, prazo original) é o lapso de tempo estabelecido, originalmente, pelas partes para a duração do contrato de concessão, ou seja, para sua existência no mundo jurídico⁴⁷⁴.

Por conseguinte, podemos conceituar o prazo de vigência prorrogado (ou, simplesmente, prazo prorrogado) como o lapso de tempo acrescido ao prazo original no momento da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) – em razão da aceitação das condições para prorrogação pela concessionária, ou do cumprimento destas no caso de prorrogação premial. **Maximino Gonçalves Fontes Neto**⁴⁷⁵ apresenta o mesmo conceito de maneira matemática: prazo de prorrogação consiste em “*prazo corrente mais prazo de prorrogação*” ou “*corrente + prorrogação*”.

Sobre o ponto, é preciso analisar como o prazo de prorrogação é definido e como ele é contado, questões da maior relevância prática diante das finalidades do prazo de concessão; a saber: (i) determinar a duração da relação jurídica concessória; e (ii) concorrer para a determinação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão – com as consequências jurídicas daí decorrentes (Exemplo: possibilitar o cálculo da indenização devida à concessionária em caso de encampação)⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 58.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 22-23.; CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 340.

⁴⁷⁵ FONTES NETO, Maximino Gonçalves. Prorrogação de permissões. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 38-41, jun. 2009. p. 41.

⁴⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2. ed. 3. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 41.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 166-167.; JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 472.

13.1 Definição do prazo de prorrogação

No que tange à definição do prazo de prorrogação, cumpre apresentar as tendências legislativas sobre a matéria e os critérios para a definição desse prazo.

13.1.1 ALGUMAS TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS

Na seção 1.1 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, estabelece que “[a] lei *disporá*” sobre o instituto jurídico da “*prorrogação*” do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público, notadamente sobre o prazo de prorrogação de tais ajustes.

Nesse sentido, podem ser identificadas, claramente, algumas tendências legislativas sobre a matéria.

Em primeiro lugar:

- (i) **Prazo fixo:** algumas leis estabelecem um prazo de prorrogação fixo, não atribuindo, pois, nenhuma margem de liberdade ao Poder Concedente para decidir sobre a matéria; ao passo que
- (ii) **Prazo variável:** outras preveem, apenas, um prazo de prorrogação máximo, conferindo, assim, alguma margem de liberdade ao Poder Concedente.

Como exemplo, vale citar, respectivamente:

- (i) a Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 1.º, § 2.º, que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de “*estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público não instalados em área de porto ou aeroporto*” será de “*vinte e cinco anos*”, podendo ser prorrogado “*por dez anos*”; e

- (ii) a Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 6.º, que os contratos de concessão do serviço público de “*transmissão de energia elétrica*” poderão ser prorrogados por “*até 30 (trinta) anos*”.

E, em segundo lugar:

- (i) **Prazo menor:** algumas leis estabelecem que o prazo de prorrogação deve ser menor que o prazo de vigência original;
- (ii) **Prazo igual:** outras dispõem que ele deve ser igual ao prazo de vigência original; e
- (iii) **Prazo maior:** outras ainda preveem que o prazo de prorrogação pode ser menor, igual ou maior que o prazo de vigência original.

A título ilustrativo, cabe mencionar, respectivamente:

- (i) a Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 4.º, § 2.º, que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço de “*geração de energia elétrica*” a que se refere será “*limitado a 35 (trinta e cinco) anos*”, podendo ser prorrogado por “*até vinte anos*”;
- (ii) a Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço público de telecomunicações será de “*vinte anos*”, podendo ser prorrogado “*por igual período*”; e
- (iii) a Lei 9.074/95, a qual prevê, em seu art. 27, § 1.º, que, nos casos de “*privatização simultaneamente [...] com a prorrogação*” das concessões de serviços públicos (exceto os de “*telecomunicações*”) prestados por “*pessoa jurídica sob controle direto ou indireto*” da União Federal, a prorrogação poderá ser realizada por “*prazos diferenciados*”, limitados a “*trinta anos*”, para que os “*termos finais*” de todas as concessões prorrogadas ocorram no “*mesmo prazo*” – portanto, o prazo de prorrogação dos contratos de concessão em questão pode ser menor, igual ou maior do que o prazo de vigência original desses ajustes, consoante o interesse público no caso concreto.

A identificação da tendência legislativa (iii) acima é importante, porque a doutrina diverge sobre se a prorrogação por interesse público pode ser realizada por prazo maior que o prazo de vigência original do ajuste.

Com efeito, a primeira corrente sustenta que o prazo de prorrogação não pode ser maior que o prazo de vigência original do ajuste, porque isso é incompatível com o caráter temporário da concessão de serviço público. Dentre outros, filiam-se a essa corrente **Luiz Alberto Blanchet**⁴⁷⁷, para quem o Poder Concedente decide, discricionariamente, sobre o prazo de prorrogação, “*não superior ao período originário*”. **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁴⁷⁸, para quem a prorrogação pode ser realizada por “*período inferior ou igual ao inicial*”, mas, não, por “*período superior ao originalmente pactuado, pois isso seria aproximar a concessão a uma alienação da utilidade pública em favor do concessionário*”. **Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Gaggiano**⁴⁷⁹, para quem “*a prorrogação deve se dar em prazo inferior ou igual ao vínculo originário, nunca superior*”. **Rafael Wallbach Schwind**⁴⁸⁰, para quem a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário “*só poderá ocorrer uma única vez e por período não superior ao originalmente contratado*”; e continua: “[o] *fundamental é que o contrato estabeleça um prazo certo de prorrogação, e que esse prazo não seja maior do que o do período contratual original*”. E **Lino Torgal**⁴⁸¹, para quem “*a duração máxima admissível da prorrogação que venha a ser, caso a caso, discricionariamente fixada, não deve equivaler à duração inicial do contrato ou, sequer, a um período próximo dela*”, pois a prorrogação “*vem a obstar a (re)abertura ao mercado da actividade pública concedida, podendo, dessa forma, impossibilitar o eventual advento de uma proposta (e, ulteriormente, a celebração de um contrato) com atributos mais favoráveis para o interesse público*”.

Por outro lado, a segunda corrente sustenta que o prazo de prorrogação pode ser maior que o prazo de vigência original do ajuste, desde que haja autorização legal e editalícia/contratual para tanto. Dentre outros, filiam-se a essa corrente **Hely Lopes**

⁴⁷⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos...* 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 203.

⁴⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167.

⁴⁷⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 12.

⁴⁸⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 505.

⁴⁸¹ TORRAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 239.

Meirelles⁴⁸², para quem “[t]oda e qualquer modalidade de contrato administrativo comporta prorrogação”, sendo certo que “[o] prazo de prorrogação pode ser igual, inferior e, até mesmo, superior ao do ajuste inicial”, observados os “limites de duração” previsto em lei e/ou no próprio contrato. **Diogenes Gasparini**⁴⁸³, para quem “[o] prazo da ampliação pode ser menor, igual ou superior ao inicialmente convencionado, observado, quando for o caso, o limite máximo legal previsto”; e acrescenta: “[t]udo dependerá do interesse público a ser atingido com a dilatação do prazo contratual”. **Carlos Ari Sunfeld, Jacintho Arruda Câmara e Rodrigo Pagani de Souza**⁴⁸⁴, para quem, na prorrogação por interesse público, o “prazo” de prorrogação é “elemento livre”, respeitado, apenas, o limite “pré-fixado contratualmente ou no edital”. **Rafael Vêras de Freiras e Leonardo Coelho Ribeiro**⁴⁸⁵, para quem, “ainda que o regime mais comum adotado seja o de uma única prorrogação, por igual período, ou até o prazo máximo do primeiro período, não é esse o único regime possível”; com efeito, “[h]á regimes que não permitem prorrogação, bem como regimes que permitem prorrogação por período diferente do primeiro”. E **Rafael Carvalho Rezende Oliveira**⁴⁸⁶, para quem “[a] prorrogação é consensual”, podendo “ser feita por prazo inferior, igual ou superior ao prazo inicialmente pactuado, observado o prazo máximo dos ajustes”.

Quanto a nós, filiamo-nos à segunda corrente acima.

Em primeiro lugar, porque a Constituição da República não proíbe que o prazo de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público seja maior que o prazo de vigência original do ajuste. Com efeito, na seção 1.1.2.3 acima, vimos que a CRFB/88, art. 175, par. ún.,

⁴⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo...* Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 227. Cf., ainda: Idem. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 218.

⁴⁸³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 420 e 779.

⁴⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 43. Cf., ainda: CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346-348.

⁴⁸⁵ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 293-294.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 233.

I, não estabeleceu – ao menos expressamente – nenhum limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, conferindo, pois, amplo poder discricionário ao legislador ordinário para regular a matéria. Assim sendo, nada impede que o legislador ordinário decida, a partir de uma ponderação de valores, que o interesse público requer a edição de uma lei autorizando a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de certo serviço público por período maior que o prazo de vigência original desses ajustes.

Em segundo lugar, porque, conforme visto acima, o legislador ordinário, no exercício da competência legislativa prevista na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, já teve a oportunidade de realizar a referida ponderação, autorizando, em diversos casos⁴⁸⁷, a prorrogação dos contratos de concessão por prazo maior que o prazo de vigência original do ajuste.

E em terceiro lugar, porque o argumento da violação ao caráter temporário do instituto jurídico da concessão não convence, com todo o respeito aos que pensam em contrário. Com efeito, mesmo que o prazo prorrogado seja maior que o prazo original, a concessão de serviço público continuará sendo aprazada. O que importa é que o prazo maior seja justificado.

13.1.2 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DO PRAZO DE PRORROGAÇÃO

Nos casos em que a legislação ordinária não estabelece, por si mesma, o prazo de prorrogação dos contratos de concessão (prazo fixo), transferindo essa tarefa ao Poder Concedente, este não pode agir de maneira arbitrária, devendo levar em consideração, basicamente, 2 (dois) critérios para fixar o referido lapso temporal – aliás, os mesmos utilizados para a fixação do prazo de concessão⁴⁸⁸; a saber:

- (i) o critério jurídico; e
- (ii) o critério econômico-financeiro⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ A Lei 9.074/95, art. 27, § 1.º, aplica-se a todos os serviços públicos federais, exceto o de telecomunicações, tendo, pois, alcance bastante amplo.

⁴⁸⁸ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 258.

O critério jurídico diz respeito ao ordenamento jurídico. Ele indica que o prazo de prorrogação deve observar o limite máximo previsto em lei ou no próprio contrato de concessão. Assim sendo, se a lei estabelece que certo contrato de concessão de serviço público poderá ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, o Poder Concedente está proibido de prolongá-lo por 30 (trinta) anos, por exemplo.

Por sua vez, o critério econômico-financeiro tem relação com o objeto da concessão de serviço público. Ele determina que o prazo de prorrogação deve ser suficiente (nem mais, nem menos) para que a concessionária amortize os novos investimentos em bens reversíveis, se remunerar pelos custos de administração da infraestrutura e, ainda, auferir uma margem de lucro justa, tudo cobrando tarifas módicas dos usuários⁴⁹⁰. 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, mesmo que decidisse se aventurar por um novo prazo contratual, a concessionária não conseguiria auferir as receitas necessárias para prestar serviço público adequado aos usuários; no segundo, porque a concessionária obteria uma margem de lucro exorbitante – tudo em prejuízo do interesse público. Ressalte-se que a aplicação do critério econômico-financeiro exige motivação técnica, como veremos melhor na seção 15.3 abaixo.

Os critérios supracitados, o jurídico e o econômico-financeiro, estão previstos, dentre outras, na Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 20, que o prazo de vigência dos contratos de concessão do serviço de “*geração de energia elétrica*” a que se refere poderá ser prorrogado

⁴⁸⁹ No caso específico das parcerias público-privadas, a definição do prazo de prorrogação deve levar em consideração, ainda, o critério orçamentário (Lei 11.079/04, art. 10, 22 e 28). Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.; CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas...* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 207-216.; PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Parceria Público-Privadas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 61-62.

⁴⁹⁰ Na aplicação do critério econômico-financeiro, o Poder Concedente pode considerar, ainda, os outros fatores; por exemplo: (i) as conjunturas do mercado; (ii) o prazo mínimo razoável de uma relação jurídica concessória, considerados os riscos inerentes à substituição de uma concessionária de serviço público por outra (Exemplo: o risco de comprometimento da qualidade do serviço público concedido em razão da falta de experiência da nova concessionária); (iii) o retorno mais rápido ou mais lento dos novos investimentos a serem realizados pela concessionária, o que impõe um equilíbrio entre os pouco rentáveis/deficitários anos do início do prazo de prorrogação e os muito rentáveis anos do fim; etc. Entretanto, a nosso sentir, todos esses fatores subsumem-se ao referido critério econômico-financeiro, porquanto, mesmo diante deles, o equilíbrio entre receitas e despesas da concessionária deve sempre ser mantido.

pelo “*prazo necessário à amortização do investimento* [critério econômico-financeiro], *limitado a trinta e cinco anos* [critério jurídico]”.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que o Poder Concedente deve considerar os critérios jurídico e econômico-financeiro ao fixar o prazo de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público. Com efeito, no julgamento do REsp 912.402/GO, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que, se a “*legislação que rege a matéria*”, o “*edital*” e o “*contrato*” previam que o prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público (de “*loteria*”) era de “*5 anos*”, prorrogável por “*igual período*”, “*não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado*”, prolongando o ajuste pelo “*prazo de 10 anos*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

Conquanto seja possível - e necessária - a previsão contratual, na concessão de serviço público, da prorrogação do contrato e seu prazo, é também certo não ser essa razão suficiente para que a Administração Pública ignore o dever de vinculação às condições estabelecidas para a contratação em edital.

Sendo assim, **fixado determinado prazo de duração para o contrato e também disposto, no mesmo edital e contrato, que esse prazo só poderá ser prorrogado por igual período, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado**, sob pena de violação não apenas das disposições contratuais, mas, sobretudo, de determinações impostas pela Constituição Federal e pela legislação que rege a exploração dos serviços de loterias. (STJ, REsp 912.402/GO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministro Mauro Campbell Marques, j. 06/08/2009, DJe 19/08/2009)⁴⁹¹ (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União, após afirmar que o “*objetivo central*” da referida prorrogação antecipada “*é possibilitar a realização de investimentos privados imediatos nos arrendamentos*”, deixou dito que o prolongamento de prazo é limitado pelo “*tempo necessário à amortização desses novos aportes*” – nem menos, nem mais. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200-35/15-Plenário; *verbis*:

⁴⁹¹ No mesmo sentido: TRF/2, AC 2009.51.01.012646-7, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Geraldine Pinto Vital de Castro, E-DJ 19/12/2014.; TRF/3, AI 0043893.07.2009.403000-0, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Nery Junior, e-DJ 11/04/2014.; TRF/4, AC 2006.70.00.012065-4, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a) p/ Acórdão: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 29/07/2009.

15. O art. 57 da Lei dos Portos, ao instituir a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de concessão, submeteu ao juízo discricionário do administrador a autorização de cada pleito, mas estabeleceu quatro condições objetivas a serem observadas: i) estar o ajuste vigente; ii) ter sido firmado sob a vigência da Lei 8.630/1993; iii) possuir previsão expressa de prorrogação ainda não realizada; e iv) apresentar plano de investimento a ser submetido à aprovação do ente público.

16. O objetivo central do dispositivo legal é possibilitar a realização de investimentos privados imediatos nos arrendamentos, oferecendo como contrapartida ao particular a prorrogação antecipada do vínculo contratual, **pelo tempo necessário à amortização desses novos aportes.** (grifo nosso)

De outra parte, a doutrina também deixa claro quais são os critérios que o Poder Concedente deve levar conta ao definir o prazo de prorrogação. De fato, em relação ao critério jurídico, **Rafael Munhoz de Mello**⁴⁹² ensina que “[h]á que se observar, na fixação do prazo de prorrogação, os limites eventualmente fixados pelo legislador, em atenção ao princípio da legalidade”; assim sendo, “se a lei determina que o serviço pode ser objeto de concessão por 30 anos, prorrogáveis por igual período, eventual prorrogação não poderá ultrapassar tal prazo”. E **Carlos Fernando do Nascimento**⁴⁹³ leciona que, na “prorrogação ordinária” (que nós chamamos de prorrogação comum), “o prazo da prorrogação pode, ou não, estar predefinido” (prazo fixo); se não estiver, ele será determinado por um “estudo técnico – creio que nos moldes de uma análise de impacto”, “mas será sempre limitado pela lei ou pelo próprio edital ou contrato”; e acrescenta: portanto, tal modalidade de prorrogação possui, dentre outras, a seguinte característica: “prazo indefinido a priori, limitado pela lei e pelo contrato, e determinado pela análise de impacto”. De outra parte, no que tange ao critério econômico-financeiro, **Flavio Amaral Garcia**⁴⁹⁴ expõe que “[o] prazo nos contratos de infraestrutura duradouros não pode ser fixado aleatoriamente”, porque ele “é um dos elementos determinantes na conformação do equilíbrio econômico-financeiro”; por

⁴⁹² MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014. p. 217.

⁴⁹³ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 52 e 55. Cf., ainda: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 296.; CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 216.; RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos...* 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 115.

⁴⁹⁴ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 584-590 e 602.

consequente, o “*procedimento de prorrogação [...] precisa ser instruído com os documentos que embasem a decisão final da autoridade competente*”, notadamente, “*estudos técnicos, projeções econômicas e avaliações financeira e jurídica*” que justifiquem, dentre outras coisas, “*a delimitação do novo período de extensão do prazo e a sua compatibilidade direta com a amortização dos investimentos*”. E **Rafael Véras de Freiras e Leonardo Coelho Ribeiro**⁴⁹⁵ explicam que a “*antecipação do prazo contratual mediante contrapartida*” visa a promover “*novos investimentos imediatos em infraestrutura pública*” – investimentos que, de outra forma, “*teriam de ser adiados até o final da vigência das concessões*”; por isso, ela é realizada pelo “*período necessário para que o concessionário venha a amortizar os novos investimentos realizados*”. Por fim, considerando ambos os critérios, **Egon Bockmann Moreira**⁴⁹⁶ afirma que a “*prorrogação desproporcional*” configura “*fraude à licitação*”.

Por derradeiro, é preciso considerar o entendimento de **Rafael Wallbach Schwind**⁴⁹⁷, para quem, como a finalidade (primordial) da prorrogação antecipada consiste em incentivar a realização de novos investimentos na concessão, “*a extensão do prazo de vigência deverá ser a necessária para a amortização dos novos investimentos*”, podendo, pois, ser “*maior ou menor do que o prazo de prorrogação previamente estabelecido no contrato*”.

Sem desprestigiar, de modo algum, o eminente doutrinador supracitado, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

Com efeito, a nosso sentir, na prorrogação antecipada, o prazo de prorrogação não pode ser superior ao limite máximo previsto no contrato de concessão. É que: (i) a prorrogação antecipada é uma prorrogação por interesse público; (ii) na prorrogação por interesse público,

⁴⁹⁵ FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 297. Cf., ainda: PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 143 e 146.; TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 224, 239 e 258.

⁴⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133-134. Cf., ainda: Idem. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015. p. 918.

⁴⁹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 509. Cf., ainda: FREITAS, Rafael Véras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 180.

o Poder Concedente decide sobre o prolongamento de prazo com base em razões de conveniência e oportunidade; e (iii) razões de conveniência e oportunidade não são suficientes para justificar o afastamento do limite máximo previsto no contrato de concessão.

Em outras palavras: é verdade que, na prorrogação antecipada, a definição do prazo de prorrogação é influenciada pelo prazo de amortização dos novos investimentos a serem realizados pela concessionária. Todavia, isso não a equipara à prorrogação por reequilíbrio – cujo motivo é um fato superveniente, imprevisível, que desequilibre a relação inicial entre os encargos e vantagens da concessionária. Na prorrogação por reequilíbrio, em que o Poder Concedente atua com fundamento no princípio da modicidade tarifária, premido pelo direito subjetivo da concessionária ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, até poderia discutir-se a não vinculação daquele ao limite máximo previsto no contrato de concessão – tese da qual discordamos^{498e499}. Mas não no caso da prorrogação antecipada, em que, conforme visto, o Poder Concedente decide prolongar o contrato por razões de conveniência e oportunidade.

Por fim, a tese do ilustre administrativista supracitado ainda prova demais. Com efeito, se a mera necessidade de amortização dos novos investimentos a serem realizados pela concessionária fosse razão suficiente para justificar o afastamento do limite máximo previsto no contrato de concessão, então, a prorrogação comum – que é condicionada, frequentemente, à realização de novos investimentos pela concessionária – também não estaria vinculada a tal

⁴⁹⁸ No mesmo sentido, **Rodrigo Valgas dos Santos** ensina que “a prorrogação para recomposição da equação inicial deve ser proporcional aos prazos fixados no contrato originário, sob pena de subversão legal e constitucional do instituto da concessão” (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público... *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006. p. 109-110.). Em sentido contrário: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 211.; RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário... Disponível em: <https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017. p. 14-15.; FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017... *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 182.

⁴⁹⁹ No mesmo sentido, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta SEP/PR, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto jurídico da prorrogação por reequilíbrio, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que “a ampliação de vigência de arrendamentos portuários para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual deve observar as restrições contidas na legislação e no contrato” – notadamente, o prazo máximo de prorrogação do contrato de arrendamento. Cf. Acórdão TCU n.º 774/2016-Plenário.

limite. Ou seja, o limite máximo sempre poderia ser afastado, quando a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) fosse condicionada à realização de novos investimentos – tese com a qual, sem dúvida, não podemos concordar.

13.1.2.1 *O caso específico das parcerias público-privadas*

Ao tratar da prorrogação dos contratos de parceria público-privada, a Lei 11.079/04, art. 5.º, I, estabelece que tais ajustes deverão dispor sobre seu prazo de vigência, o qual não será inferior a 5 (cinco) anos nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, *“incluindo eventual prorrogação”*.

O texto normativo do dispositivo supracitado deixa claro que, nas parcerias público-privadas, o prazo da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) não pode superar o limite de 35 (trinta e cinco) anos. Assim, se, por exemplo, o prazo de vigência original de determinado contrato de concessão patrocinada for de 35 (trinta e cinco) anos, esse ajuste não poderá, por expressa proibição legal, ser prorrogado por razões de conveniência e oportunidade das partes.

Aliás, esse é o entendimento de diversos doutrinadores de escol. Com efeito, **Maria Sylvia Zanella di Pietro**⁵⁰⁰ ensina que “[o] artigo 5.º, inciso I, da Lei n.º 11.079, exige que, entre as cláusulas dos contratos de parceria público-privada, conste a referente ao ‘prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação’”, o que significa dizer que, *“mesmo com as prorrogações, o contrato não poderá superar o prazo de 35 anos”*. **Fernando Dias Menezes de Almeida**⁵⁰¹ leciona que a Lei 11.079/04, art. 5.º, I, estabelece os *“prazos mínimo e máximo do contrato de PPP: respectivamente, 5 e 35 anos”*, sendo certo que *“[e]ventual prorrogação [...] deve estar compreendida nesse máximo, ou seja, o máximo não pode ser excedido sob argumento de prorrogação”*. **Jacinto Arruda Câmara**⁵⁰² expõe que, *“por determinação expressa da lei, contratos [de parceria público-*

⁵⁰⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública...* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 172.

⁵⁰¹ ALMEIDA, Fernando D. Menezes de. Comentários ao art. 5. In: POZZO, Augusto N. Dal et. al. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação a setores de infraestrutura*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 79-80.

privada], incluindo eventual prorrogação, não podem exceder o prazo de 35 anos (art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004)”; assim, “[é] possível que contratos de PPP admitam prorrogação”; mas “o somatório dos dois períodos (do contrato original e de sua prorrogação) não poderá superar os 35 anos”. **Florian de Azevedo Marques Neto**⁵⁰³ explica que, por força da “Lei 11.079/04”, o contrato de parceria público-privada “não pode ter prazo, nem inferior a 5 anos (art. 2.º, § 4.º, inc. II, e art. 5.º, I), nem superior a 35 anos (art. 5.º, I), nesse segundo caso, incluindo as eventuais prorrogações”, de modo que “as prorrogações devem estar compreendidas dentro do prazo máximo de 35 anos”; em suma: “prazo [...] mínimo de cinco anos e máximo de 35 (já com prorrogações)”. E **Rodrigo da Fonseca Chauvet e Reinaldo de Araújo Arlêo Japiassú**⁵⁰⁴ esclarecem que “[a] Lei das PPPs abordou o tema das prorrogações e fixou o prazo máximo de 35 anos de vigência de um contrato de PPP, já inseridas nesse período eventuais prorrogações”; e acrescentam: “A partir de tal previsão, elimina-se a possibilidade de que um contrato de PPP e suas prorrogações ultrapassem a marca de 35 anos”.

13.1.2.2 *Prorrogação pelo prazo máximo previsto em lei ou no contrato – ainda que tal prazo possa ser superior ao necessário à amortização dos novos investimentos a serem realizados pela concessionária – com direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente: o caso específico dos Setores Portuário e Ferroviário*

Em nossa pesquisa, verificamos uma nova praxe administrativa em matéria de prorrogação antecipada dos contratos de concessão de serviço público; qual seja: o Poder Concedente vem prorrogando, de forma automatizada, o prazo de vigência dos contratos de concessão pelo limite máximo previsto em lei ou em tais ajustes – em geral, 25 (vinte e cinco), 30 (trinta) ou 35 (trinta e cinco) anos, e fazendo constar do respectivo termo aditivo de prorrogação cláusula segundo a qual, se se verificar, a qualquer momento, que o prazo de

⁵⁰² CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 349. Cf., ainda: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013. p. 65.

⁵⁰³ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 211 e 263.

⁵⁰⁴ CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; JAPIASSÚ, Reinaldo de A. Arlêo. Parcerias público-privadas: prazo razoável de duração dos contratos. In: GALVÃO, Ciro di Benatti; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; DUARTE, Luciana G. Melquíades Duarte (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 31-55.

prorrogação é superior ao tempo necessário à amortização dos novos investimentos a serem realizados pela concessionária, o Poder Concedente terá, então, direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessão a seu favor, conforme mecanismos previstos no próprio termo aditivo.

De fato, é o que está acontecendo nos Setores Portuário e Ferroviário, conforme se extrai:

- (i) da Portaria SEP/PR 349/14, a qual regula a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário e estabelece, em seu art. 17, que, caso os novos “investimentos” propostos pela arrendatária “*não sejam suficientes para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento até o término da vigência contratual prorrogada*”, o Poder Concedente terá, então, direito ao “*reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento*”, o qual poderá ser realizado, “*a critério da SEP/PR*”⁵⁰⁵, mediante: (a) “*obrigação futura de investimentos a serem realizados*”; ou (b) a revisão da “*remuneração do arrendamento*” (leia-se: do valor pago pela prorrogação da outorga), cuja diferença será quitada “*em parcela única ou no prazo do contrato de arrendamento*”; e
- (ii) da Portaria GM 399/15, a qual disciplina a prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público ferroviário e estabelece: (a) em seu art. 3.º, *caput*, que tais ajustes poderão “*ter seu prazo ampliado até o máximo permitido*”; e (b) em seu art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, que, caso os novos “investimentos” propostos pelos concessionários “*não sejam suficientes para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão até o término da vigência contratual prorrogada*”, o Poder Concedente fará jus, então, ao “*equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão*” a seu favor, o qual poderá ser feito, “*a critério da ANTT*”, mediante: (ba) “*o pagamento de valor remanescente pelo concessionário, em parcela única ou no prazo de concessão prorrogado*”; e/ou (bb) “*obrigação futura de investimentos*” na concessão.

⁵⁰⁵ Vale lembrar que a SEP/PR foi extinta pela Lei 13.341/16, art. 1.º, I, tendo suas competências transferidas para o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil pela mesma Lei, art. 6.º, I. E que o Decreto 9.000/17, art. 2.º, II, “d”, criou a Secretaria Nacional de Portos na estrutura organizacional do referido Ministério.

A nosso sentir, a praxe administrativa supracitada é incompatível com o ordenamento jurídico em vigor. Com efeito, ela não obriga o Poder Concedente a considerar, de maneira rigorosa, o critério econômico-financeiro na definição do prazo de prorrogação, incentivando-o a agir de modo descuidado na delimitação desse prazo, com sério risco para a vantajosidade da prorrogação em relação à alternativa da realização de licitação pública para nova outorga do serviço público, tudo em manifesta violação dos princípios do regime jurídico-administrativo, notadamente, os princípios da impessoalidade, eficiência e motivação (CRFB/88, art. 37 e 93, X; e Lei 9.784/99, art. 2.º).

Aliás, esse também é o entendimento de **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**⁵⁰⁶, os quais, ao analisarem, especificamente, “a Portaria MT n.º 399/2015”, afirmam que “a questão do prazo máximo como ponto de partida, podendo gerar uma espécie de sobreoutorga, se os investimentos não forem suficientes, ou a possibilidade de exigência futura de novos investimentos, corre o risco de desvirtuar a lógica da prorrogação antecipada. Afinal, se o objetivo é antecipar investimentos, como falar em sobreoutorga? A prorrogação, em verdade, deveria se dar pelo prazo compatível com a amortização dos novos investimentos, e a percepção do justo lucro contratado”.

Por fim, vale ressaltar que a doutrina repudia, com veemência, a fixação aleatória do prazo de vigência dos contratos de concessão, seja o prazo original, seja o prazo prorrogado. Com efeito, **Marcelo Caetano**⁵⁰⁷ ensina que “[o] prazo pelo qual a exploração do serviço público pode ser transferida para uma empresa privada não deve fixar-se arbitrariamente: a regra é de que o prazo é função do tempo reputado necessário para a amortização, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para pôr o serviço a funcionar”. **Antônio Carlos Cintra do Amaral**⁵⁰⁸ leciona que “[o] prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado”, mas “[d]eve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos, menos receitas”; por isso, “[o] prazo da concessão

⁵⁰⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 150.

⁵⁰⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. 2, 10. ed. 7. reimp. rev. e actual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1117-1118.

⁵⁰⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86-87. Cf., ainda: Idem. *Concessão de serviço público: novas tendências*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 23-25.

não deve ser superior nem inferior ao necessário”, devendo “resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira”. **Flavio Amaral Garcia**⁵⁰⁹ expõe que “[o] prazo nos contratos de infraestrutura duradouros não pode ser fixado aleatoriamente”, mas “precisa ser aquele estritamente necessário para assegurar o legítimo direito da contratada na amortização dos seus investimentos e na percepção do lucro justo”; assim sendo, o “procedimento de prorrogação” precisa ser instruído com “documentos” que justifiquem, de maneira suficiente, “a delimitação do novo período de extensão do prazo e a sua compatibilidade direta com a amortização dos investimentos”. **Egon Bockmann Moreira**⁵¹⁰ explica que a “prorrogação desproporcional” configura “fraude à licitação”, pelo que a definição do prazo de prorrogação exige “motivação (de fato e de direito; técnica e jurídica) que permita concluir, indene de dúvidas, que se trata da melhor alternativa para a boa prestação do serviço”. E **Lino Torgal**⁵¹¹ esclarece que “a duração da prorrogação deve ser proporcionalmente fixada em função do tempo necessário para, em condições normais de exploração, o concessionário poder reintegrar e recompensar o capital que investiu”.

13.2 Contagem do prazo de prorrogação

Ao dispor sobre os “negócios jurídicos”, o Código Civil, art. 132, § 3.º, estabelece que, “[s]alvo disposição legal ou convencional em contrário”, “[o]s prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência”.

Segundo a doutrina, a regra jurídica supracitada aplica-se, supletivamente, à contagem do prazo de vigência (original e prorrogado) dos contratos de concessão de serviço público, por força do disposto na Lei 8.666/93, art. 54 c.c 124⁵¹².

⁵⁰⁹ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 584-590 e 602.

⁵¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133-134.

⁵¹¹ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 258.

⁵¹² GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 778.

Assim sendo, ressalvada disposição legal ou contratual em sentido contrário⁵¹³, a contagem do prazo de prorrogação far-se-á, data a data, a partir da assinatura do respectivo termo aditivo de prorrogação. Por exemplo: se um termo aditivo de prorrogação for assinado no dia 4 de julho de 2018, prorrogando certo contrato de concessão por 30 (trinta) anos, a contagem do prazo de prorrogação começará nesta data, encerrando-se no dia 4 de julho de 2048.

Com efeito, a regra de contagem de prazo acima está prevista, dentre outras, na Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 27, § 1.º, que, no caso de serviço público (exceto o de “telecomunicações”) prestado por “pessoa jurídica sob controle direto ou indireto” da União Federal, esta “poderá” promover a “privatização simultaneamente [...] com a prorrogação das concessões existentes”, sendo certo que o prazo de prorrogação será “contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão”.

De outra parte, a jurisprudência já decidiu que o prazo de prorrogação dos contratos administrativos deve ser contado a partir da assinatura do respectivo termo aditivo de prorrogação, salvo disposição em sentido contrário. Com efeito, no julgamento da AC 5036746-67.2014.404.7200, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região afirmou que os prazos contratuais “somente podem ser contados, ausente disposição expressa em contrário, a partir da data da assinatura do contrato”.

E a doutrina também confirma essa regra ao tratar da contagem do prazo de concessão. De fato, **José Cretella Júnior**⁵¹⁴ ensina que o “prazo da concessão” é contado da “data do ato jurídico que a outorga e pelo qual se faz a transferência de poderes em que essencialmente ela consiste” (“princípio da contagem a partir da data do ato jurídico”), “exceto quando o contrato de concessão fixe prazo dilatatório”. **Diogenes Gasparini**⁵¹⁵ leciona que a “vigência” dos contratos administrativos – dentre eles, os contratos de concessão – “tem início na data da

⁵¹³ **César de Barros Pinto** dá notícia de que, com fundamento na Lei 9.074/95, art. 17, § 5.º, a “contratação (prorrogação)” das concessões do serviço público de transmissão de energia elétrica com prazo vencido ou a vencer em 14 de fevereiro de 1995 (data da entrada em vigor da Lei 8.987/95) foi formalizada “em 2001, com retroatividade a 1995, com término em 2015” (PINTO, César de Barros. A indústria de transmissão de energia elétrica... *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 26-32, dez. 2008. p. 29 e 31.).

⁵¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*... v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 164. Cf., ainda: Idem. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 412.

⁵¹⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 768-769 e 778.

assinatura do ajuste ou em outra que lhe seja posterior”, sendo certo que, “[c]aso o prazo seja em meses ou em anos, prescreve o § 3.º, do art. 132, do Código Civil, sua conclusão ocorrerá no dia de igual número do início, ou no imediato, se faltar essa correspondência”. **Luiz Alberto Blanchet**⁵¹⁶ expõe que “[e]stes prazos [ou seja, os prazos de concessão] contam-se a partir da assinatura do contrato, devem coincidir com os prazos necessários à amortização do investimento e podem ser prorrogados”. **Marcelo Caetano**⁵¹⁷ explica que o prazo da concessão é contado da data da “última formalidade” requerida para a “eficácia” do “acto jurídico que a outorga”, “salvo quando o acto da concessão estabeleça um prazo dilatatório”. E **Manuel Maria Diez**⁵¹⁸ esclarece que “[e]l plazo de la concesión comienza a correr en la fecha que se hubiera estipulado en el mismo acto de concesión”; mas, “[s]i nada se hubiera establecido, se computa a partir del momento en que la concesión queda perfecta”.

Visto que o prazo prorrogado deve ser contado a partir da assinatura do termo aditivo de prorrogação, é preciso chamar atenção, agora, para o efeito jurídico da aplicação dessa regra de contagem no caso da prorrogação antecipada.

De fato, na seção 2.3.1.2 acima, dissemos que a prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão; que, nela, ocorre a antecipação do vencimento da concessão e, conseqüentemente, dos efeitos da prorrogação, respeitado o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ajuste; que ela opera a partir do termo final antecipado do prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público, e não do termo final original. Em uma palavra: que, na prorrogação antecipada, o prazo prorrogado conta-se da data da assinatura do respectivo termo aditivo de prorrogação.

Exempli gratia: (i) se uma lei estabelece que os contratos de concessão de determinado serviço público podem ter prazo de vigência de até 30 (trinta) anos, prorrogável por igual período; (ii) se a mesma lei dispõe, ainda, que a prorrogação desses contratos pode ser antecipada em até 5 (cinco) anos; (iii) se um contrato de concessão dessa classe foi celebrado em 4 de julho de 1995, pelo prazo de 30 (trinta) anos; e (iv) se as partes decidem antecipar os

⁵¹⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 58-59.

⁵¹⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. 2, 10. ed. 7. reimp. rev. e actual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1141.

⁵¹⁸ DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. v. 3, 1. ed. Buenos Aires: Omeba, 1965. p. 293. Cf., ainda: *Ibidem*, v. 2, p. 543.

efeitos da prorrogação desse contrato (prorrogação antecipada, portanto) pelo prazo máximo previsto em lei, assinando o respectivo termo aditivo de prorrogação em 4 de julho de 2020 (limite máximo de antecipação); então, (v) o novo prazo de vigência do contrato de concessão em questão (prazo prorrogado) começará a ser contado em 4 de julho de 2020 (termo final antecipado), e não em 4 de julho de 2025 (termo final original), encerrando-se, como resultado, em 4 de julho de 2050, e não em 4 de julho de 2055.

Em verdade, na situação hipotética acima, se o prazo de prorrogação só começasse a ser contado em 4 de julho de 2025, e não em 4 de julho de 2020, o prazo prorrogado total seria de 35 (trinta e cinco) anos, e não de 30 (trinta) anos, violando, portanto, o prazo máximo de prorrogação previsto na regra de competência – princípio da legalidade (CRFB/88, art. 37; e Lei 9.784/99, art. 2.º).

Não fosse o bastante, se, na prorrogação antecipada, não ocorrer a antecipação do vencimento da concessão; ou seja, se, nela, o prazo prorrogado não se contar da data da assinatura do respectivo termo aditivo de prorrogação, algumas características básicas do regime político brasileiro serão violadas, nomeadamente, o caráter republicano, democrático, representativo, presidencialista e pluralista de nossa ordem política (CRFB/88, art. 1.º e 76).

Com efeito, as características supracitadas implicam a eleição periódica (em prazo curto) do Presidente da República⁵¹⁹ (CRFB/88, art. 60, § 4.º, II; 77; e 82) e a proteção dos direitos da minoria política, da oposição (CRFB/88, art. 1.º, V; 17; 45; e 58, § 1.º) e, conseqüentemente, possibilitam, realmente, de tempos em tempos, a alteração da política de governo, especificamente sobre a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público (a minoria do passado pode tornar-se a maioria do futuro)⁵²⁰. Aliás, essa é a razão pela

⁵¹⁹ Representante escolhido pelo povo, pelo sufrágio universal e igualitário, com competência para aprovar o plano e os programas de governo e dirigir a Administração Pública de maneira independente (conquanto harmônica) em relação aos demais poderes (principalmente, em relação ao Poder Legislativo), nos limites da Constituição e da lei.

⁵²⁰ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002. passim.; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. Atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011. passim.; FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. v. 1, 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1962. passim.; JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1970. passim.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. passim.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. passim.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. passim.

qual **Darcy Azambuja**⁵²¹ adverte que “[a] *democracia* [...] *é, principalmente, um modo de determinar quem deve governar* [por certo período] *e para que fim*”.

Assim sendo, se a prorrogação antecipada não operar a partir do termo final antecipado do prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público, mas, sim, do termo final original, os ocupantes do governo ao tempo da assinatura do termo aditivo de prorrogação antecipada terão usurpado, inegavelmente, dos ocupantes do governo ao tempo em que a prorrogação antecipada se tornar eficaz, isto é, dos ocupantes do governo ao tempo da prorrogação comum⁵²², a competência para decidir sobre a prorrogação por interesse público, sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida administrativa. Sobre o ponto, vale lembrar as palavras de **Jean-Jacques Rousseau**⁵²³, um dos principais pensadores da democracia na modernidade: “*O soberano pode muito bem dizer: ‘Quero, neste momento, o que quer tal homem, ou, pelo menos, o que ele afirma querer’. Não pode, porém, afirmar: ‘O que esse homem quiser amanhã, também eu hei de querer’ – porque é absurdo submeter-se a vontade a grilhões futuros*”.

Mas que fique bem claro: uma coisa é prorrogar, antecipadamente, um contrato de concessão de serviço público, com vencimento antecipado do termo final do prazo de vigência do ajuste; outra, fazê-lo sem o vencimento antecipado. Quanto à primeira, entendemos que ela é plenamente compatível com a Constituição da República, em vista da relevante finalidade da prorrogação antecipada no âmbito da concessão de serviço público; já a segunda nos parece inconstitucional.

Por fim, vale ressaltar que o raciocínio acima restou positivado na recente Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 14, que o prazo de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público de energia elétrica será contado:

⁵²¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002. p. 313.

⁵²² Os quais: (i) enquanto governantes eleitos, poderão representar uma ideologia política diferente da dos primeiros, com uma percepção distinta da dos primeiros em relação ao instituto jurídico da prorrogação por interesse público; e (ii) que certamente terão, diante de si, um contexto político, econômico e social (e, consequentemente, uma opinião pública) diferente daquele em que a decisão sobre a prorrogação antecipada foi tomada.

⁵²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34.

- (i) no caso de prorrogação comum, “*a partir do 1.º (primeiro) dia subsequente ao termo do prazo de concessão*” (art. 14, I); e
- (ii) no caso de prorrogação antecipada, “*a partir do 1.º (primeiro) dia do mês subsequente ao da assinatura do contrato de concessão ou termo aditivo*” (art. 14, II).

Apresentadas as principais questões relativas ao prazo de prorrogação, vejamos, agora, os limites à prorrogação por interesse público.

14 Limites

Limites são as balizas fixadas pelo sistema jurídico (sem prejuízo daquelas previstas, expressamente, em lei), que demarcam a extensão da competência para a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão, e que jamais devem ser ultrapassadas pela autoridade administrativa competente.

A nosso sentir, esses limites são: (i) a proibição de prorrogação em caráter perpétuo ou por prazo indeterminado; (ii) a proibição de prorrogações sucessivas; e (iii) a proibição de alteração do objeto original do contrato de concessão.

Vejamos, então, em que consistem.

14.1 Proibição de prorrogação em caráter perpétuo ou por prazo indeterminado

Teoricamente, as concessões de serviço público podem ser outorgadas: (i) em caráter perpétuo – ou seja, sem termo final e sem direito de resgate para o Estado: duram até a extinção da concessionária; (ii) por prazo indeterminado – isto é, sem termo final, mas com direito de resgate para o Estado, que pode ser exercido a qualquer momento, mediante indenização da concessionária; ou (iii) por prazo determinado, longo (mais de 50 anos) ou curto (menos de 50 e mais de 30 anos)⁵²⁴.

No Brasil, atualmente, só se admitem as concessões por prazo determinado ou temporárias. Com efeito, é o que extraímos das diversas normas jurídicas contidas na Constituição da República (art. 175, par. ún., I; e 223, §§ 2.º, 3.º e 5.º) e nas leis gerais (Lei 8.666/93, art. 57, § 3.º c.c 124; Lei 8.987/95, art. 2.º, II e III; 5.º; 18, I e VI; 23, I, IX e XII; 35, I; e 42, *caput* e §§ 1.º a 3.º; e Lei 11.079/04, art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º; e 11) e setoriais (Exemplo:

⁵²⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo...* v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956. p. 373-379.; ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. 1. ed. Madrid: Aguilar, 1960. p. 636-639.; CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. 2, 10. ed. 7. reimp. rev. e actual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1118-1119.; BULLRICH, Rodolfo. *Curso de Derecho Administrativo*. v. 1, 1. ed. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1929. p. 300.; DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 413.

Lei 10.233/01, art. 28, II, “d”; 33; 34-A, § 2.º, I; e 35, II) sobre a matéria, as quais estabelecem, sem exceção, que os contratos de concessão de serviço público devem ter prazo de vigência determinado – variando, apenas, o limite máximo. Por sua clareza, vale citar:

- (i) a Lei 8.666/93, a qual estabelece, em seu art. 57, § 3.º c.c 124, que “[é] vedado contrato [de concessão de serviço público] com prazo de vigência indeterminado”;
- e
- (ii) a Lei 8.987/95, a qual dispõe, em seu art. 42, *caput* e §§ 1.º e 2.º, que “[a]s concessões [...] que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado [na data da entrada em vigor desta Lei – ou seja, em 14 de fevereiro de 1995] [...] permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização [...] das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão”.

Não tendo lugar entre nós as concessões em caráter perpétuo ou por tempo indeterminado, por conseguinte, também resta proibida a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) baseada nesses critérios⁵²⁵.

A propósito, vale ressaltar que os principais fundamentos da vedação a concessões/prorrogações em caráter perpétuo ou por prazo indeterminado são: (i) o dogma jurídico da inalienabilidade das competências públicas: o Poder Público não pode transferir, sem nenhum limite temporal, a prestação dos serviços públicos aos particulares, porque isso se assemelha à alienação da própria titularidade do serviço público⁵²⁶; e (ii) o princípio da isonomia, que garante a todos interessados, de tempos em tempos, a oportunidade de disputar a posição jurídica de concessionário de serviço público⁵²⁷.

⁵²⁵ A título histórico, **Hely Lopes Meirelles** dá notícia de que, durante a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista “a necessidade de prover o País de instalações, aparelhamentos e serviços de caráter urgente exigidos pelos interesses da segurança nacional”, o Governo Federal, por meio do “Decreto-lei n.º 5.664, de 14.7.1943”, prorrogou, “por tempo indeterminado, isto é – enquanto a concessionária bem servir, a juízo do Governo” – o prazo de vigência do “contrato de concessão para fornecimento de gás de iluminação” celebrado com a “Société Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro (SAG)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 58.).

⁵²⁶ Sobre o ponto, **Marçal Justen Filho** ensina que a “temporiedade” é característica essencial da concessão de serviço público; por isso, não se admitem “concessões eternas” nem por “prazo indeterminado”, o que equivaleria à “alienação de competências públicas” (JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 472.).

Neste momento, cumpre destacar que a jurisprudência já decidiu que os contratos de concessão não podem ser prorrogados em caráter perpétuo nem por prazo indeterminado. Com efeito, no julgamento da AC 2011.51.01.008425-0, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região afirmou que “[n]ão há que se falar em renovação [...] por prazo indeterminado do contrato administrativo, à vista da vedação contida no ordenamento a tal proceder, consoante se afere do disposto [...] no art. 57, § 3.º, do mesmo diploma legal [a saber: a Lei 8.666/93], que veda indeterminação do prazo de vigência”⁵²⁸.

Por fim, a doutrina também entende que os contratos de concessão de serviço público devem ter prazo certo e, conseqüentemente, que eles não podem ser prorrogados em caráter perpétuo ou por prazo indeterminado. Com efeito, **Floriano de Azevedo Marques Neto**⁵²⁹ ensina que a “temporalidade” é um dos “elementos comuns” a todas as espécies de concessão translativas; por isso, “a prorrogação [...] não pode ser indeterminada nem se repetir indefinidamente”; ademais, a “prorrogação ilimitada” caracteriza “o trespasse, em definitivo, da atribuição de disponibilizar a utilidade e do direito de explorá-la”. **Egon Bockmann Moreira**⁵³⁰ leciona que “a extensão do tempo contratual deve ser certa e exauriente, pois não pode ser renovada ad aeternum (pena de se transformar um contrato com prazo determinado em algo com termo final incerto)”. **Elena Landau**⁵³¹ expõe que “a legislação brasileira não prevê a prorrogação perpétua”, tendo em vista os “princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, isonomia e do interesse público” (pelos quais “não seria possível um agente ser privilegiado em detrimento de outro, assim como não deveria a União dispensar propostas mais vantajosas”). **Rafael Wallbach Schwind**⁵³² explica que “[o] artigo 57, § 3.º, da Lei

⁵²⁷ De fato, **João Pacheco de Amorim** leciona que “impõem os princípios da prossecução do interesse público e, sobretudo, da concorrência que os contratos públicos não tenham uma duração indefinida, falando-se, por isso, a tal propósito, num (implícito) princípio de temporalidade nesta matéria” (AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 23.).

⁵²⁸ TRF/2, AC 2011.51.01.008425-0, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJ 22/02/2013. No mesmo sentido: TRF/1, AGA 0038878-19.2006.4.01.0000/GO, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 29/01/2007.; TRF/2, AC 2009.51.01.025289-8, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, E-DJ 20/03/2014.; TRF/3, AI 0043893.07.2009.403000-0, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Nery Junior, e-DJ 11/04/2014.; TRF/5, AG 00173-88.51.2011.4.05.0000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJE 07/03/2012.

⁵²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 160 e 166-171.

⁵³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*... 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

⁵³¹ LANDAU, Elena. Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar? In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do Setor Elétrico*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 124.

8.666, *veda a celebração de contratos administrativos com prazo de vigência indeterminado*”; “[a]lém disso, o artigo 2.º, incisos II e III, da Lei 8.987, estabelece que os contratos de concessão de serviço público e de obra pública deverão ser celebrados por prazo determinado”; assim sendo, “[é] evidente que a prorrogação contratualmente prevista não pode levar à eternização do contrato de arrendamento portuário”. E **Carlos Fernando do Nascimento**⁵³³ esclarece que “[n]ão há contrato nem prorrogação por tempo indeterminado”.

14.2 Proibição de prorrogações sucessivas

Nas seções 2 e 10.5 acima, vimos, com base em razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias, que, ao contrário da renovação das concessões do serviço público de radiodifusão, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões dos demais serviços públicos só pode ser realizada 1 (uma) única vez, vedada, pois, a possibilidade de prorrogações por períodos sucessivos – mesmo que tal possibilidade esteja prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão (previsões que, a nosso sentir, são inválidas).

Em verdade, como visto, parece-nos que a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público em geral por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente constitui uma “*contrafação administrativa real*”⁵³⁴ de renovação das concessões de radiodifusão, tomada a CRFB/88, art. 223, como parâmetro.

Nada obstante, é preciso destacar, mais uma vez, que o ponto é controverso na doutrina, e que administrativistas de escol admitem a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público, desde que prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão.

Para evitarmos maiores repetições, remetemos o leitor às referidas seções.

⁵³² SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro*: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 504.

⁵³³ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas...* 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. p. 52.

⁵³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016. p. 117-119.

14.2.1 A REGRA JURÍDICA CONTIDA NO DECRETO FEDERAL N.º 8.033, DE 27 DE JUNHO DE 2013, ART. 19: POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS ATÉ DETERMINADO LIMITE MÁXIMO

Recentemente, o Exmo. Sr. Presidente da República editou o Decreto federal n.º 9.048, de 10 de maio de 2017⁵³⁵, por meio do qual alterou diversos dispositivos do Decreto federal n.º 8.033, de 27 de junho de 2013, o qual, por sua vez, regulamentara a Lei 12.815/13.

Dentre os dispositivos alterados, está o art. 19, o qual:

- (i) em sua redação original, estabelecia que o prazo de vigência dos contratos de concessão e de arrendamento portuário poderia ser prorrogado “*uma única vez*”, a critério do Poder Concedente, por período não superior ao prazo de vigência original do ajuste; e
- (ii) em sua nova redação, passou a dispor que o prazo de vigência dos referidos ajustes poderá ser prorrogado “*sucessivas vezes*”, a critério do Poder Concedente, até o limite máximo de 70 (setenta) anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações.

A nosso sentir, a alteração supracitada é manifestamente ilegal. Explicamos.

É cediço que, no Brasil, o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo é limitado pelo princípio da legalidade (CRFB/88, art. 5.º, II; 37; e 84, IV), de modo que os decretos de execução não podem dispor *contra, ultra* ou *citra legem*, mas, apenas, *secundum legem*⁵³⁶.

Ao regular a prorrogação por interesse público no âmbito do Setor Portuário, a Lei 12.815/13, art. 57, estabeleceu, expressamente, que somente os contratos que possuísem “*previsão expressa de prorrogação ainda não realizada*” poderiam ser prorrogados pelo Poder Concedente; *verbis*:

⁵³⁵ Mais conhecido como “Decreto dos Portos”.

⁵³⁶ GASPARINI, Diogenes. *Poder regulamentar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 83-84.; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 420-421.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até. 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 49.

Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam **previsão expressa de prorrogação ainda não realizada**, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente. (grifo nosso)

De outra parte, a leitura da exposição de motivos da MP 595/12 (posteriormente, convertida na Lei 12.815/13) também deixa claro que, originalmente, apenas as autorizações portuárias poderiam ser prorrogadas sucessivamente, mas, não, os contratos de concessão e de arrendamento portuário; *verbis*:

6. [...] O prazo de exploração do porto organizado e da instalação portuária nele localizada será de 25 anos, prorrogável por no máximo igual período. Ao final do prazo contratual, os bens e instalações reverterão ao Poder Concedente para nova licitação.

7. A exploração fora do porto organizado será mediante autorização, formalizada em contrato de adesão a ser celebrado entre o interessado e a SEP. O prazo das autorizações também será de 25 anos, mas passível de sucessivas prorrogações, desde que o autorizatário se comprometa com investimentos e dê continuidade às atividades de operação portuária na instalação. (grifo nosso)

Aliás, essa é a razão pela qual, ao regulamentar a Lei dos Portos, o Decreto 8.033/13, art. 19, estabelecia, de maneira subalterna, em sua redação original, que o prazo de vigência dos contratos de concessão e de arrendamento portuário poderia ser prorrogado somente “*uma única vez*”.

Todavia, transgredindo os limites fixados pela intenção reguladora da Lei 12.815/13, art. 57 (portanto, em verdadeiro abuso de poder regulamentar), o Decreto 8.033/13, art. 19, com a redação dada pelo Decreto 9.048/17, passou a prever que o prazo de vigência dos contratos de concessão e de arrendamento portuário também poderá ser prorrogado “*sucessivas vezes*” – ainda que até certo limite máximo.

Embora ele seja manifestamente ilegal, o Decreto 9.048/17 permite-nos tratar de uma questão interessantíssima sobre o instituto jurídico da prorrogação por interesse público; a saber: se, estabelecido um limite máximo de prorrogação, um contrato de concessão de serviço público pode ser prorrogado, sucessivamente, por razões de conveniência e oportunidade, até esse limite. Exemplos:

- (i) estabelecido o limite máximo de prorrogação de 15 (quinze) anos, um contrato de concessão de serviço público com prazo de vigência de 30 (trinta) anos pode ser

prorrogado, sucessivamente, por razões de conveniência e oportunidade, por 3 (três) períodos de 5 (cinco) anos cada, totalizando 45 (quarenta e cinco) anos de duração?

- (ii) definido o limite máximo de prorrogação de 30 (trinta) anos, um contrato de concessão de serviço público com prazo de vigência de 30 (trinta) anos pode ser prorrogado, sucessivamente, por razões de conveniência e oportunidade, por 3 (três) períodos de 10 (dez) anos cada, totalizando 60 (sessenta) anos de duração? e
- (iii) fixado o limite máximo de prorrogação de 90 (noventa) anos, um contrato de concessão de serviço público com prazo de vigência de 30 (trinta) anos pode ser prorrogado, sucessivamente, por razões de conveniência e oportunidade, por 3 (três) períodos de 30 (trinta) anos cada, totalizando 120 (cento e vinte) anos de duração?

A nosso sentir, não. Porque todas as hipóteses supracitadas violam a CRFB/88, art. 175, par. ún., I c.c. 223, que proíbe a prorrogação sucessiva dos contratos de concessão de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, merecendo, aliás, interpretação estrita, como vimos na seção 1.1.2.2.1 acima, para que a exceção (ou seja, a prorrogação por interesse público) não se torne a regra.

Por fim, é preciso considerar o entendimento de **João Pacheco de Amorim**⁵³⁷, para quem é legítima a “previsão de (i) um prazo mais curto do que o máximo legalmente estipulado com (ii) a possibilidade de prorrogações desse prazo até se atingir o limiar máximo que a lei consente”, porque tal previsão mantém “o contraente privado sob pressão até à data limite em que terá que haver lugar, forçosamente, a um novo procedimento concursal”, promovendo, pois, o “princípio da prossecução do interesse público” em maior grau que a “fixação de um prazo global mais longo (de 30 anos – ou mais!) que assegure ao cocontratante as máximas segurança e conforto por todo esse período”.

Sem desprestigiar, de modo algum, o eminente jurista português, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

⁵³⁷ AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos... In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 46-47.

Com efeito, se a prorrogação da concessão é, em todo caso, apenas uma possibilidade (expectativa de direito), e não uma certeza (direito subjetivo) para a concessionária, presumivelmente, os licitantes levarão em consideração esse risco ao formularem suas propostas econômicas, calculando a recuperação de seus custos, a amortização de seus investimentos e a obtenção de seu lucro com base no prazo de concessão garantido pelo edital de licitação, e não no prazo de concessão máximo previsto em lei. Assim sendo, o licitante vencedor sabe, de antemão, que, ao final do prazo de concessão, ele terá extraído da outorga tudo o que dela podia legitimamente esperar. E, conseqüentemente, podemos concluir que a pressão econômica exercida sobre a concessionária durante a execução do contrato de concessão é exatamente a mesma, tanto no caso de prazo de concessão igual ao máximo previsto em lei, quanto no de prazo menor do que o máximo.

Um exemplo pode tornar mais claro o nosso raciocínio. Suponhamos que uma lei preveja que o prazo máximo de certo tipo de contrato de concessão é de 30 (trinta) anos. Suponhamos, ainda, que, seguindo a estratégia do eminente jurista português, o Poder Concedente estabeleça, no edital de licitação, que o prazo de vigência de um contrato de concessão dessa classe será de 10 (dez) anos, podendo ser prorrogado, sucessivamente, até o máximo previsto em lei. Nessa hipótese, cientes de que o contrato de concessão poderá ser prorrogado, ou não (risco ordinário), os licitantes presumivelmente formularão suas propostas econômicas considerando o prazo de concessão de 10 (dez) anos, e não o de 30 (trinta) anos. Assim sendo, como dito, o licitante vencedor sabe, de antemão, que, ao final do prazo de 10 (dez) anos, ele terá extraído da atividade econômica consubstanciada no serviço público tudo o que dela podia legitimamente esperar; e, conseqüentemente, a pressão econômica exercida sobre ele é exatamente a mesma que no caso de concessão por prazo de 30 (trinta) anos.

14.3 Proibição de alteração do objeto original do contrato de concessão

Nas seções 2, 5.2 e 9 acima, vimos, com base em razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias, que, tal como a renovação das concessões do serviço público de radiodifusão, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões dos demais serviços públicos pode ser realizada com a alteração do conteúdo do contrato de concessão, respeitado, porém, sempre, o objeto original do ajuste – sob pena de

violação do princípio da isonomia e do instituto jurídico da licitação pública que ele fundamenta.

Nada obstante, é preciso destacar, mais uma vez, que o ponto é controvertido na doutrina, e que administrativistas de escol sustentam que, ao contrário da renovação dos contratos administrativos, a prorrogação não pode ser realizada com a alteração de outras cláusulas contratuais, além daquela relativa ao próprio prazo de vigência desses ajustes.

Para evitarmos maiores repetições, remetemos o leitor às referidas seções.

14.4 Possibilidade de alteração subjetiva da relação jurídica concessória

Ao tratar das características dos contratos administrativos em geral – dentre eles, os contratos de concessão de serviço público, a doutrina ensina que tais ajustes possuem caráter pessoal (*intuitu personae*), ou seja, são celebrados em razão das condições pessoais do contratado, verificadas em processo de licitação pública ou de dispensa/inexigibilidade de licitação, conforme o caso⁵³⁸.

Com base nessa característica, diversos doutrinadores de escol entendem que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público não pode ser realizada com a alteração da concessionária. De fato, **Hely Lopes Meirelles**⁵³⁹ ensina que a “[p]rorrogação do contrato é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores”; e que ela “dispensa nova licitação, porque pressupõe o mesmo contratante e as mesmas condições do contrato original”. **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**⁵⁴⁰ leciona que “[a] prorrogação, uma vez recomendada pelo interesse público,

⁵³⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 241-242 e 247-248.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo...* 15. ed. rev. refund. e atual. 3. tirag. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 188 e 194.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 165, 193, 333 e 348.

⁵³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47-48. Cf., ainda: *Ibidem*, v. 1, 1971, p. 80.; *Idem*. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 218.; *Idem*. *Licitação e contrato administrativo...* Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 226.

⁵⁴⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 335.

constitui a extensão programada da vigência do contrato além do prazo inicialmente fixado, 'com o mesmo contraente e nas mesmas condições anteriores'". Caio Tácito⁵⁴¹ expõe que "[a] prorrogação pressupõe, necessariamente, a manutenção de vínculo preexistente, entre pessoas certas e determinadas", "significa manter a bilateralidade de origem, não comportando que se cogite de substituir qualquer das partes"; em uma palavra: importa "em dilatar o prazo da prévia relação jurídica entre as mesmas partes". Celso Ribeiro Bastos⁵⁴² explica que "[a] prorrogação vem a ser um prolongamento do prazo de vigência inicialmente previsto para um contrato", dando-se "por um mesmo contratado e segundo as mesmas condições e independentemente de nova licitação". E Adilson Abreu Dallari⁵⁴³ esclarece que a prorrogação é "a possibilidade de – após o término do prazo contratualmente estabelecido, mediante um novo ajuste – assegurar-se a continuidade da prestação do mesmo serviço, pelo mesmo concessionário, por um novo prazo determinado".

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminentes administrativistas, nós ousamos discordar, respeitosamente, de seu entendimento.

É que, a nosso sentir, as Leis 8.666/93, art. 72; e 78, VI; 8.987/95, art. 25, § 1.º; 26; 27; e 27-A; e 11.079/04, art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, § 2.º, I; 5.º-A; e 9.º, § 1.º; flexibilizaram, claramente, o caráter pessoal dos contratos administrativos em geral ao admitirem diversas graus de alteração subjetiva em tais ajustes, desde que previstas no edital de licitação e/ou nos próprios contratos e previamente autorizadas pela Administração Pública, nomeadamente: (i) a subcontratação; (ii) a subconcessão; (iii) a assunção da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores; (iv) a assunção do controle societário da concessionária por seus financiadores e garantidores; (v) a transferência do controle societário pela concessionária; (vi) a transferência da concessão; (vii) a associação do contratado com outrem; e (viii) a fusão, cisão ou incorporação do contratado.

⁵⁴¹ TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1318 e 1321. Cf., ainda: Idem. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1289.

⁵⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 311-322, out./dez. 2002. p. 317-318. Cf., ainda: Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135.; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives G. da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil...* v. 7, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 135.

⁵⁴³ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 83-84.

Assim sendo, entendemos que, havendo autorização legal específica, previsão no edital de licitação e/ou no contrato de concessão de serviço público e prévia anuência do Poder Concedente, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) pode ser realizada com a alteração subjetiva da relação jurídica concessória.

Por fim, vale ressaltar que referida possibilidade está prevista, expressamente, na Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 27, que, nos casos de serviços públicos (exceto o de “telecomunicações”) prestados por “*pessoa jurídica sob controle direto ou indireto*” da União Federal, esta “*poderá*” promover a “*privatização simultaneamente [...] com a prorrogação das concessões existentes*”^{544e545}.

E que, no julgamento da ADI 1.582/DF, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, julgou improcedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da regra jurídica supracitada, sob o argumento de que a transferência do controle societário simultaneamente com a prorrogação da concessão era “*a única forma de uma empresa pública exploradora de serviço público ser privatizada*”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Carlos Velloso; *verbis*:

O problema citado, examinado e enfrentado pela Lei 9.074, especificamente pelo art. 27 e seus incisos, diz respeito à privatização de pessoa jurídica sob controle direto ou indireto da União, que presta serviço público, cujo valor de mercado da empresa tenha como elemento integrante os próprios serviços públicos prestados. **A solução dada pela lei foi exatamente uma licitação**, de acordo com a linha do art. 175, da Constituição, **que envolva, simultaneamente, o controle acionário da empresa e a outorga ou prorrogação da concessão. É a única forma de uma empresa pública exploradora de serviço público ser privatizada.** (STF, ADI 1582/DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Ministro Carlos Velloso, j. 07/08/2002, DJ 06/09/2002)⁵⁴⁶ (grifo nosso)

Apresentados os limites ao exercício da competência para a prorrogação por interesse público, vejamos, agora, a forma desse ato administrativo *lato sensu*.

⁵⁴⁴ A Lei federal n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, estabelece, em seu art. 2.º, § 1.º, “a”, que a alienação do controle societário das empresas controladas pelo Estado é uma das formas de privatização.

⁵⁴⁵ A Lei 9.074/95, art. 30, prevê que o disposto no art. 27 aplica-se, ainda, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios.

⁵⁴⁶ No mesmo sentido: TRF/4, AC 2002.04.01.051625-3/SC, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, DJ 23/11/2005.

15 Forma

Na doutrina, podem ser encontradas 2 (duas) concepções sobre a forma como elemento, pressuposto ou requisito de validade do ato administrativo *lato sensu*: (i) a concepção restrita; e (ii) a concepção ampla. Na primeira, a forma é entendida como o modo de exteriorização do ato administrativo previsto em lei ou não proibido por ela. Exemplo: decreto, despacho, alvará etc. Já na segunda, a forma é compreendida não apenas como o modo de exteriorização do ato administrativo, mas também como todas as formalidades que precedem e sucedem sua edição – nomeadamente, a formalização, o procedimento, a motivação, o registro e a publicação o ato administrativo⁵⁴⁷.

No presente trabalho, adotaremos a concepção ampla da forma para analisar a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão de serviço público, porquanto ela possibilita estudarmos mais aspectos deste instituto jurídico.

15.1 Formalização

Nas seções 5 e 5.1 acima, vimos que a prorrogação por interesse público tem natureza de negócio jurídico administrativo bilateral, formando-se, pois, a partir de um acordo de vontades entre o Poder Concedente e a concessionária de serviço público.

Nos termos da Lei 8.666/93, art. 38, par. ún.; e 60 c.c 124, esse acordo de vontades deve ser formalizado por escrito, em um instrumento denominado de “*termo aditivo de prorrogação*”, lavrado na repartição pública interessada, aprovado pela assessoria jurídica da Administração Pública e, depois de autografado, juntado aos autos do processo administrativo que lhe deu origem.

Aliás, é o que extraímos, também:

⁵⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 192.; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.; REIGOTA, João Manuel dos Santos. Atos administrativos. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 195.

- (i) da Lei 9.427/96, a qual estabelece, em seu art. 15, II, que o regime do “*serviço pelo preço*” é aquele em que as “*tarifas máximas*” do serviço público concedido são fixadas, dentre outros instrumentos, no “*contrato que prorrogue a concessão*” – *rectius*: no termo aditivo de prorrogação;
- (ii) da Lei 12.783/13, a qual dispõe, em seu art. 12, § 1.º, que, deferido o pedido de prorrogação antecipada pelo Poder Concedente, a concessionária do serviço público de energia elétrica deverá assinar o respectivo “*termo aditivo*” de prorrogação no prazo de até 30 (trinta) dias, contado da convocação; e
- (iii) da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 11, que, encerrada a consulta pública prevista em seu art. 10, o “*termo aditivo de prorrogação*” dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário será encaminhado ao Tribunal de Contas da União para fins de controle.

A propósito, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público deve ser formalizada por termo aditivo de prorrogação, sob pena de invalidade. Com efeito, no julgamento do REsp 735.698/RJ, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que, “*nas hipóteses permitidas, [a prorrogação] exige formalidade, assim como o contrato*”, devendo ser materializada por “*termo aditivo*”, e não por “*simples carta*” de “*preposto da Administração Pública*”. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon; *verbis*:

Diante dos fatos assim alinhados, a pergunta que se faz é a seguinte: **caberia, dentro do rigor formal de um contrato administrativo, a alteração de uma das cláusulas da avença (inclusive, uma das cláusulas principais) por iniciativa e risco de um preposto da empresa, mediante simples carta?** E o que dizer do disposto no art. 57, da Lei de Licitações?

Ao admitir a **prorrogação**, estabelece o legislador, adredemente, nos diversos incisos do § 1.º, do art. 57, as causas possíveis, sem abandono do **rigor formal** do prazo contratual previsto, os quais devem ser fielmente cumpridos, inclusive no tocante à prorrogação. **Esta, nas hipóteses permitidas, exige formalidade, assim como o contrato, o que se faz por termo aditivo, compatibilizando-se a excepcionalidade com o estabelecido na lei, § 2.º, do art. 57, do mesmo diploma legal: [...].** (STJ, REsp 735.698/RJ, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Ministra Eliana Calmon, j. 18/12/2007, DJ 13/02/2008)⁵⁴⁸ (grifo nosso)

⁵⁴⁸ No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EREsp 735.698/RJ, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 12/09/2012, DJe 20/11/2012.; TRF/1, AC 0000120-92.2002.4.01.3400/DF, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes

Por fim, a doutrina também afirma que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público deve ser corporificada em termo aditivo ao contrato. De fato, **Toshio Mukai**⁵⁴⁹ ensina que, “na prorrogação da concessão, exige-se um termo aditivo contratual”. **Egon Bockmann Moreira**⁵⁵⁰ leciona que a prorrogação da concessão é “ato formal”, pelo que “[s]ua implementação requer termo aditivo ao contrato”. **Flavio Amaral Garcia**⁵⁵¹ expõe que “[a] prorrogação do prazo nas parcerias público-privadas é instrumentalizada por meio de termo aditivo, a saber, acordo firmado consensualmente entre as partes, e que tem por objetivo prolongar o lapso temporal inicialmente ajustado”. **Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro**⁵⁵² explicam que “[a] prorrogação antecipada resultará na celebração de um termo aditivo aos pactos concessórios”. E **Maria Luiza Machado Granziera**⁵⁵³ esclarece que “[t]oda prorrogação de contrato constitui alteração do mesmo”, razão pela qual “só pode ser efetivada por meio de instrumento aditivo, com as devidas justificativas”.

15.2 Processo administrativo específico

Ao tratar do processo administrativo, a doutrina relaciona, comumente, as noções de função pública e processo, afirmando que este constitui instrumento para o exercício legítimo daquela⁵⁵⁴. No caso da prorrogação por interesse público, este liame é especialmente claro. Explicamos.

Ribeiro, e-DJF1 30/08/2010.; TRF/2, AG 2008.02.01.001044-6, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, DJU 02/12/2008.; TRF/3, AI 0009065.14.2011.403000-0, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Muta, e-DJ 27/05/2011.; TRF/4, AC 5018456-72.2012.404.7200, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, j. 18/11/2013.; TRF/5, AC 2007.83.00.017709-5, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE 17/09/2012.

⁵⁴⁹ MUKAI, Toshio. *Concessões e permissões de serviços públicos...* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 84 e 86.

⁵⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132.

⁵⁵¹ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 601. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 420 e 422.

⁵⁵² PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 169.

⁵⁵³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos...* 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 163.

⁵⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987. p. 66-71.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Procedimento administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 24-28.; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 28.; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 291-292.; SIMÕES, Mônica M. Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26-30.

Nas seções 1.1.2.2, 7.4 e 8 acima, vimos que a prorrogação por interesse público: (i) possui caráter excepcional; (ii) só pode ser realizada diante de situação de fato caracterizadora da vantajosidade medida; e (iii) constitui, em regra, decisão discricionária do Poder Concedente.

A nosso sentir, os aspectos supracitados tornam imperativa a instauração de processo administrativo específico para a decisão sobre a prorrogação por interesse público – mais precisamente, de um processo administrativo negocial⁵⁵⁵. Com efeito, somente no âmbito de um processo administrativo com uma fase de instrução bem planejada, que garanta a cooperação de todas as entidades, órgãos e agentes públicos envolvidos, bem assim a participação dos diversos interessados (especialmente, as concessionárias e os usuários do serviço público), poderão ser colhidos os dados necessários para o Poder Concedente verificar a conveniência e oportunidade da medida, tendo em vista as finalidades (genérica e específica) da lei.

Ademais, o dever jurídico de instauração de processo administrativo específico para a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público decorre da própria lei. De fato, a Lei 8.666/93, art. 57, §§ 1.º e 2.º c.c 124, estabelece que: (i) “*toda prorrogação*” será “*previamente autorizada pela autoridade competente*”; (ii) a autorização será “*justificada por escrito*”; e (iii) os “*motivos*” da prorrogação serão “*devidamente autuados em processo*” – tudo a indicar a exigência de um processo administrativo, ou seja, de uma sucessão de atos interligados e direcionados a uma decisão final.

Neste momento, vale relembrar que doutrinadores de escol ensinam que a instauração de processo administrativo é obrigatória, dentre outras hipóteses, precisamente quando a lei o exigir. É o caso de **Sílvio Luís Ferreira da Rocha**⁵⁵⁶, para quem “[o] *processo administrativo é obrigatório [...] quando a lei ou ato administrativo o previrem*”.

⁵⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo...* 15. ed. rev. refund. e atual. 3. tirag. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 181 e 637.

⁵⁵⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279-280. Cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Procedimento administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 39-40.; Idem. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 478-479.

De outra parte, a jurisprudência já decidiu que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público deve ser decidida no âmbito de processo administrativo específico. Com efeito, no julgamento da AC 5018456-72.2012.404.7200, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região decidiu que “[t]oda prorrogação deve ser formalizada no bojo do processo administrativo que lhe deu causa”⁵⁵⁷.

Por sua vez, a doutrina também afirma que a decisão acerca da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público exige processo administrativo específico. De fato, **Jesse Torres Pereira Junior**⁵⁵⁸ ensina que “[a]s normas do § 1.º, do art. 57 [da Lei 8.666/93], são gerais, quando admitem a prorrogabilidade dos prazos contratuais”, mas “impõem que os motivos da prorrogação sejam comprovados em processo administrativo”. **Alexandre Santos de Aragão**⁵⁵⁹ leciona que “a prorrogação geralmente tem que envolver negociações para evitar desequilíbrio econômico-financeiro favorável ao concessionário, negociações essas que, naturalmente, devem ser realizadas no bojo de um processo administrativo regular e transparente”. **Flavio Amaral Garcia**⁵⁶⁰ expõe que, “[e]m se tratando uma de decisão que interfere [...] com projetos de interesse direto da coletividade”, a decisão que prorroga um contrato de concessão de serviço público deve ser “fruto de um procedimento [...] que confira racionalidade e transparência ao processo decisório”, sendo certo que, em razão dessas exigências, “o procedimento da prorrogação [...] precisa ser instruído com os documentos que embasem a decisão final da autoridade competente, como manifestações dos órgãos técnicos, delimitação do novo período de extensão do prazo e a sua compatibilidade direta com a amortização dos investimentos, avaliação do desempenho global do concessionário ou parceiro privado e o cumprimento das suas obrigações, a explicitação das causas que justificam a opção pela prorrogação do prazo, manifestações e requerimentos da sociedade empresária contratada e, ainda, o exame jurídico do órgão competente, a quem cabe avaliar a juridicidade da decisão administrativa a partir dos parâmetros contratuais e da moldura

⁵⁵⁷ TRF/4, AC 5018456-72.2012.404.7200, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, j. 18/11/2013. Cf., ainda: TRF/4, APELREEX 5015193-16.2013.404.7000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, j. 18/02/2015.

⁵⁵⁸ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 655.

⁵⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 554.

⁵⁶⁰ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593 e 602. Cf., ainda: Idem. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 420-421.

normativa aplicável". **Leon Fredja Szklarowsky**⁵⁶¹ explica que “[a] *prorrogação deverá ser justificada por escrito; conter autorização prévia da autoridade competente para celebrar o contrato; ser feita por aditamento (vedada a prorrogação de contrato findo); mediante autuação no processo*”. E **Antonio Roque Citadini**⁵⁶² esclarece que “*os motivos que amparam as alterações dos prazos contratuais [...] devem ser alvo de comprovação em processo próprio*”.

Por fim, cumpre destacar que a prorrogação por interesse público exige a instauração de processo administrativo específico mesmo no caso da prorrogação premial, na qual, como visto na seção 2.3.1.3 acima, o Poder Concedente decide, de maneira vinculada, sobre a matéria. É que, nesse caso, o processo administrativo se destina a verificar o motivo da prorrogação-prêmio, ou seja, o preenchimento das condições para o prolongamento de prazo previstas no contrato de concessão.

15.2.1 PROCEDIMENTO (OU RITO)

Todo processo administrativo compreende um procedimento ou rito. Comumente, o procedimento é conceituado como certa sucessão de atos interligados e direcionados a uma decisão final⁵⁶³. Em razão de sua finalidade específica, esses atos podem ser reunidos nas chamadas “*fases do processo administrativo*”, basicamente: (i) a fase de instauração; (ii) a fase de instrução; e (iii) a fase de decisão⁵⁶⁴. Entretanto, não existe um único procedimento, aplicável a todo e qualquer processo administrativo: o rito varia de acordo com o fim do processo. Com efeito, **Alberto Xavier**⁵⁶⁵ deixa claro que, em razão do “*caráter instrumental dos processos*

⁵⁶¹ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Duração dos contratos administrativos. In: MUKAI, Toshio (Coord.). *Curso avançado de licitações e contratos públicos*. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 187.

⁵⁶² CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 409-412.

⁵⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 456.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 281.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 275-276.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo...* 15. ed. rev. refund. e atual. 3. tirag. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 852.

⁵⁶⁴ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 483.; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 200-201.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 658-659.

⁵⁶⁵ XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. 1. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 29.

[...] sua estrutura e modo de ser se adequa, necessariamente, aos fins ou interesses que tem por objetivo realizar”.

Em nossa pesquisa, verificamos que cada lei, regulamento ou contrato disciplina de maneira diferente o procedimento do processo de prorrogação dos distintos contratos de concessão de serviço público.

Assim sendo, a título de ilustrativo, apresentaremos, em linhas gerais, o procedimento do processo de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário, o qual foi regulado: (i) pela Lei 13.448/17; (ii) pela Portaria GM 399/15; (iii) pela Resolução ANTT 4.975/15; e (iv) pelos próprios contratos de concessão. Senão vejamos:

- **Fase de instauração:**
 - **Iniciativa:** o processo de prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão do serviço público ferroviário poderá ser instaurado “*por provocação de qualquer uma das partes do contrato*” (Lei 13.448/17, art. 5.º, § 1.º)⁵⁶⁶;
 - **Prazo para a formulação do pedido de prorrogação:** nada obstante:
 - **Prorrogação comum:** o pedido de prorrogação comum poderá ser formulado “[a]té 60 (sessenta) meses antes do termo final do prazo contratual” (Contratos de Concessão, Cláusula Terceira, § 1.º)⁵⁶⁷; e

⁵⁶⁶ A Resolução ANTT 4.975/15, art. 1.º, estabelecia que o processo de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público ferroviário seria instaurado, apenas, com o “*pedido de prorrogação*” das “*concessionárias*”. A nosso sentir, com o advento da Lei 13.448/17, essa disposição regulamentar caducou, ou seja, foi retirada do ordenamento jurídico em razão de sua incompatibilidade com a legislação posterior (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.).

⁵⁶⁷ A Lei 13.448/17, art. 5.º, § 2.º, estabelece que o pedido de prorrogação comum dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário deverá ser formulado até “*24 (vinte e quatro) meses*” antes do termo final do prazo contratual, “*exceto quando houver disposição contratual em contrário*”. Especificamente no caso dos contratos de concessão do serviço público ferroviário, existe, conforme visto acima, disposição contratual em contrário. Assim sendo, a Lei 13.448/17, art. 5.º, § 2.º, não se aplica à prorrogação comum desses ajustes.

- **Prorrogação antecipada:** o pedido de prorrogação antecipada poderá ser formulado a qualquer momento, desde que o transcurso do prazo de vigência do contrato de concessão esteja “*entre cinquenta e noventa por cento do prazo originalmente estipulado*” (Lei 13.448/17, art. 6.º, § 1.º);
- **Órgão ou entidade a que o pedido de prorrogação deve ser dirigido:** por fim, as concessionárias do serviço público ferroviário deverão formular o pedido de prorrogação perante o “*órgão*” ou a “*entidade competente*”, no caso do Setor Ferroviário, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil ou a ANTT (Contratos de Concessão, Cláusula Terceira, § 1.º; e Lei 13.448/17, art. 5.º, § 2.º);
- **Fase de instrução:**
 - **Realização de avaliação prévia:** instaurado o processo de prorrogação, a ANTT deverá realizar “*avaliação prévia*” que ateste a “*capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços*” no prazo prorrogado (Lei 13.448/17, art. 8.º, § 2.º);
 - **Elaboração de estudo técnico prévio:** ato contínuo, a Agência Reguladora elaborará “*estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento*”, observado o conteúdo estabelecido na Lei 13.448/17, art. 8.º, § 1.º (Lei 13.448/17, art. 8.º);
 - **Encaminhamento do termo de referência à concessionária:** verificada a conveniência e a oportunidade da prorrogação, a ANTT enviará, então, um “*termo de referência*” à concessionária, contendo os parâmetros que tal empresa deverá observar na elaboração do respectivo “*plano de negócios*”; basicamente, parâmetros para a definição: (i) das “*metas*” de qualidade que a concessionária deverá cumprir no prazo de prorrogação; (ii) dos “*investimentos*” que ela deverá realizar no mesmo período; (iii) do “*valor de outorga*” que ela deverá pagar, “*quando for o caso*”; e (iv) do “*fluxo de*

caixa” da concessão no prazo prorrogado, com vistas à determinação do “*equilíbrio econômico-financeiro*” do contrato (Contratos de Concessão, Cláusula Terceira, § 1.º; e Resolução ANTT 4.975/15, art. 3.º);

- **Apresentação do plano de negócios pela concessionária:** recebido o termo de referência, a concessionária deverá apresentar, no prazo de “*até 180 (cento e oitenta) dias*”, à ANTT, o respectivo “*plano de negócios*”, o qual deverá estar embasado por “*estudos técnicos*” que demonstrem o atendimento dos parâmetros constantes do termo de referência (Portaria GM 399/15, art. 1.º, § 3.º; e Resolução ANTT 4.975/15, art. 4.º);
- **Elaboração do termo aditivo pela ANTT:** aprovado o plano de negócios, a ANTT elaborará, então, o “*termo aditivo*” de prorrogação (Portaria GM 399/15, art. 2.º; e Resolução ANTT 4.975/15, art. 2.º e 4.º, § 4.º);
- **Submissão da prorrogação à consulta pública:** lavrado o termo aditivo, a prorrogação será submetida à “*consulta pública*”, na qual a ANTT deverá apresentar o “*objeto*”, a “*motivação*” e as “*condições*” da prorrogação, fixado o “*prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de*

sugestões” pelos interessados (Lei 13.448/17, art. 11, par. ún.; Portaria GM 399/15, art. 5.º; e Resolução ANTT 4.975/15, art. 4.º, § 3.º)^{568e569};

- **Encaminhamento da documentação ao Tribunal de Contas da União:** encerrada a consulta pública, a documentação relativa à prorrogação será encaminhada ao “*Tribunal de Contas da União*” para fins de controle externo (Lei 13.448/17, art. 11)⁵⁷⁰;
- **Solicitação de esclarecimentos e/ou complementações pela ANTT:** durante a fase de instrução, a ANTT poderá solicitar, a qualquer momento, à concessionária, os “*esclarecimentos ou complementações*” que entender pertinentes sobre o plano de negócios (Resolução ANTT 4.975/15, art. 4.º, § 2.º);

⁵⁶⁸ No julgamento do TC 024.882/2014-3, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Plenário do Tribunal de Contas da União decidiu que, embora a “*Lei 12.815/2013*”, a “*Portaria-SEP/PR 349/2014*” e a “*Resolução-Antaq 3.220/14*” não previssem a realização de audiência ou consulta pública nos processos de prorrogação antecipada, ainda assim a consulta popular era obrigatória. Com efeito, a Corte de Contas argumentou que: (i) a prorrogação antecipada é caracterizada por “*considerável assimetria de informação*” em desfavor do Poder Concedente – a qual, diferentemente da licitação pública, não é mitigada pela “*competição pelo mercado*” (pelo “*filtro do mercado*”); (ii) nada obstante, tal fragilidade pode ser mitigada pela realização de “*audiência pública/consulta pública*” nos processos de prorrogação, já que a submissão da prorrogação antecipada aos operadores portuários concorrentes, aos usuários e à população local (em suma: aos “*conhecedores do mercado*”) pode trazer melhores elementos para a tomada de decisão do Poder Concedente, com a identificação de “*ganhos de eficiência e redução de custos ocultos*”; (iii) não fosse o bastante, a “*Lei 10.233/01*”, “*art. 34-A*”, “*§ 1.º*”, prevê que, previamente a qualquer outorga para a “*exploração de infraestrutura*” portuária, o Poder Concedente deve submeter o “*edital de licitação*” à “*consulta pública*”, pelo que, se a audiência ou consulta pública prévia é obrigatória no caso da licitação pública – em que, conforme visto acima, a assimetria de informação é mitigada pela competição pelo mercado, com maior razão ela também deve ser no caso da prorrogação antecipada, em que tal mitigação não se verifica; e (iv) por fim, a consulta popular também é obrigatória, porque o “*Decreto 4.122/2002*”, “*art. 30*”, e a “*Resolução-Antaq 3.585/2014*”, “*art. 14*”, preveem que “*as... decisões da Diretoria... [da ANTAQ] que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública*”. Eis a razão pela qual a legislação de regência passou a prever a obrigatoriedade da realização de consulta pública no processo de prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão do serviço público ferroviário.

⁵⁶⁹ **Ana Paula de Barcellos** ensina que, “*a fim de potencializar os benefícios dessa ‘fase de instrução’, a Administração poderá viabilizar não apenas o recebimento de razões, mas também a contradita dessas razões pelos interessados entre si, de modo a enriquecer o procedimento*” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A gestão do tempo pela regulação...* In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 2, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 184-185.).

⁵⁷⁰ A MP 752/16 não estabelecia o momento em que a referida documentação deveria ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União (se prévia ou posteriormente à assinatura do termo aditivo de prorrogação), gerando divergência sobre a matéria. A Lei 13.448/17 resolveu essa questão.

- **Elaboração do relatório final:** encerrada a instrução, a área técnica da ANTT elaborará, no prazo de “90 (noventa) dias”, prorrogável por igual período, o “relatório final” do processo de prorrogação, manifestando-se, de maneira “conclusiva”, sobre a “aderência do plano de negócios às condições técnico-administrativas e econômico-financeiras” propostas pela Agência Reguladora; e, ato contínuo, encaminhará os autos do processo administrativo à “Diretoria” Colegiada da ANTT (Resolução ANTT 4.975/15, art. 4.º, § 1.º);
- **Fase de decisão:** apresentado o relatório do processo de prorrogação, a Diretoria Colegiada da ANTT decidirá sobre o pedido de prorrogação, autorizando, ou não, a celebração de “termo aditivo” ao respectivo contrato de concessão do serviço público ferroviário, ouvida, previamente, a “Procuradoria Federal Especializada junto à ANTT” (Contratos de Concessão, Cláusula Terceira, § 1.º; e Resolução 4.975/15, art. 4.º, § 4.º).

Por fim, vale acrescentar que, por força da Lei 8.666/93, art. 38, par. ún.; 60; e 61, par. ún.: (i) o “extrato” do termo aditivo de prorrogação deverá ser objeto de “registro” administrativo na ANTT; e (ii) a versão “resumida” do termo aditivo de prorrogação deverá ser publicada na imprensa oficial no prazo legal, como condição para sua eficácia.

15.3 Motivação

A motivação também integra o conceito de forma. Ela consiste na exposição do motivo, isto é, dos pressupostos de direito e de fato que habilitam (comandam ou permitem) a prática do ato administrativo (Lei 9.784/99, art. 2.º, *caput* e par. ún., VII, e 50). A doutrina diverge sobre o caráter obrigatório da motivação: para uns, todo ato administrativo deve ser motivado⁵⁷¹; para outros, somente alguns devem sê-lo⁵⁷². Nada obstante, uns e outros

⁵⁷¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 102.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 95-96.; GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

⁵⁷² FONSECA, Tito Prates da. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. p. 397.; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 125-126.; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico

concordam que, havendo previsão expressa em lei, a motivação é obrigatória. É o caso da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) dos contratos de concessão de serviço público.

Com efeito, a Lei 8.666/93, art. 57, § 2.º c.c 124, estabelece, expressamente, que “*toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito [...] pela autoridade competente para celebrar o contrato*”.

Nada obstante, o dever de motivar a prorrogação por interesse público não decorre, apenas, da regra jurídica supracitada. Em verdade, ele é corolário de todo o regime jurídico-administrativo – notadamente do princípio da motivação dos atos administrativos (CRFB/88, art. 93, X; e Lei 9.784/99, art. 2.º) – e da natureza da decisão de prorrogação, a qual diz respeito à questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, por muito anos. Assim sendo, o referido dever jurídico continuaria a existir, ainda que não houvesse – como há – previsão expressa nesse sentido.

Visto que a motivação da prorrogação por interesse público é obrigatória, aplicam-se a ela as seguintes considerações:

- (i) tal motivação deve ser apresentada por escrito, de maneira clara, congruente e suficiente, nos autos do processo de prorrogação (Lei 8.666/93, art. 57, § 2.º; e 60; e Lei 9.784/99, art. 50, § 1.º);
- (ii) ela deve abranger não apenas a justificativa da prorrogação, ou não, da concessão, mas também a do momento da prorrogação (no caso da prorrogação antecipada), do prazo da prorrogação e das condições para a prorrogação – nada disso pode ser decidido aleatoriamente;
- (iii) a motivação deve ser técnica, baseada na avaliação global do comportamento pretérito da concessionária e em estudos de viabilidade (jurídica, técnica *stricto sensu*, econômico-financeira etc.) substanciosos, que demonstrem, efetivamente, no caso concreto, a existência de uma situação de fato excepcional, caracterizadora da

vantajosidade da prorrogação em relação às alternativas da prestação direta e da realização de nova licitação pública – não sendo suficiente a mera invocação do interesse público ou de outros conceitos jurídicos igualmente indeterminados; e

- (iv) além da falta de motivação, a obscuridade, a incongruência e a insuficiência da motivação também são causas de invalidade da prorrogação.

Neste momento, vale citar, por seu caráter ilustrativo, a Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seus art. 8.º e 10, par. ún., que a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário será submetida, previamente, à consulta pública, na qual o Poder Concedente deverá apresentar “*a motivação para a prorrogação*”, notadamente “*estudo técnico prévio*” que demonstre a “*vantagem*” da medida “*em relação à realização de nova licitação para o empreendimento*”.

Continuando, vale mencionar, ainda, que a jurisprudência já decidiu que a prorrogação das concessões de serviço público sempre deve ser motivada, sob pena de nulidade do ato. Com efeito, no julgamento da AC 0000521.75.2009.403612-1, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região afirmou que “[a] *prorrogação de contratos administrativos é expediente do qual somente pode socorrer-se o administrador em situações excepcionais, previstas na lei de regência, e devidamente justificadas pela autoridade competente, sob pena de malferimento dos princípios que regem a Administração Pública*”⁵⁷³.

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que “*a decisão do Poder Concedente de prorrogar concessões [...] deve, sim, ser muito bem fundamentada, evidenciando, com clareza, as vantagens e desvantagens dessa escolha*”, já que, do contrário, seriam possíveis “*prorrogações aos desejos do eventual administrador público que, sem qualquer motivação, poderia, assim,*

⁵⁷³ TRF/3, AC 0000521.75.2009.403612-1, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Márcio Moraes, e-DJ 13/12/2013. No mesmo sentido: TRF/1, AC 0000120-92.2002.4.01.3400, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 30/08/2010.; TRF/2, AG 2008.02.01.001044-6, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, DJU 02/12/2008.; TRF/3, AI 0009065.14.2011.403000-0, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Muta, e-DJ 27/05/2011.; TRF/5, AC 2007.81.00.002105-4, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, DJE 14/10/2011.

manter, indefinidamente, concessões públicas”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/2015-Plenário; *verbis*:

97. Desse modo, **a decisão do Poder Concedente de prorrogar concessões nunca antes licitadas deve, sim, ser muito bem fundamentada, evidenciando, com clareza, as vantagens e desvantagens dessa escolha para cada caso, concessão a concessão**. E, ao fazê-lo, deverá assegurar, nos termos do art. 7.º, da Lei 12.783/2013, “a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica”.

98. **Entender de forma diversa abriria precedente para prorrogações aos desejos do eventual administrador público, que, sem qualquer motivação, poderia, assim, manter, indefinidamente, concessões públicas sem licitação, em detrimento de princípios constitucionais e legais que disciplinam a matéria.** (grifo nosso)

Por sua vez, a doutrina também afirma que a decisão de prorrogação por interesse público precisa ser devidamente justificada, sob pena de invalidade. De fato, **Maria Sylvia Zanella di Pietro**⁵⁷⁴ ensina que “*a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado*”; por isso, “*as prorrogações [...] somente serão válidas, se, além de obedecerem aos requisitos estabelecidos na lei, forem devidamente motivadas pelo Poder Concedente*”. **Adilson Abreu Dallari**⁵⁷⁵ leciona que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público “*só é admissível em circunstâncias excepcionais, devidamente justificadas*”; e acrescenta: “[a] *ausência de justificativa para a continuação do contrato – por novos e até mais extensos períodos – constitui um vício autônomo, suficiente para gerar a nulidade dos contratos*”. **Egon Bockmann Moreira**⁵⁷⁶ expõe que a prorrogação dos contratos de concessão exige “*motivação (de fato e de direito; técnica e jurídica) que permita concluir, indene de dúvidas, que se trata da melhor alternativa para a boa prestação do serviço*”; nesse sentido, “*há [...] a necessidade de estudos técnicos minuciosos, a instruir o respectivo procedimento administrativo, que expliquem e justifiquem a decisão administrativa da prorrogação*”. **Maurício Portugal Ribeiro**⁵⁷⁷ explica que “[a]

⁵⁷⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública...* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116-117. Cf., ainda: Idem. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 246.

⁵⁷⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988. p. 83-84 e 87.

⁵⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132-133 e 164.

⁵⁷⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário... Disponível em: <https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-

prorrogação de prazo do contrato é ato discricionário da Administração Pública”; nada obstante, “*é importante haver justificativa para a decisão de prorrogação*”; com efeito, tal decisão deve ser fundamentada por meio de “*um estudo de custo/benefício para o Poder Concedente/usuário, que compara a opção de prorrogar o contrato em curso com a opção de realizar nova licitação*”, “*considerando cenários em relação à melhor proposta que se espera obter na licitação*”. E **Lino Torgal**⁵⁷⁸ esclarece que a prorrogação das concessões de serviço público só pode ser realizada, “*se a Administração apresentar dados fiáveis e reveladores de que, no curto prazo, não são expectáveis ofertas com condições mais interessantes, do ponto de vista económico-financeiro, do que as que já constam do contrato de concessão*”; e continua: na motivação, o Poder Concedente deve demonstrar: (i) o “*cumprimento de obrigações legais e contratuais*” pela concessionária; e (ii) a “*conveniência da solução da prorrogação para o interesse público*”, ou seja, “*por que é que aquele interesse é melhor servido por via da prorrogação do prazo do que através do exercício administrativo directo das actividades em causa ou mediante a prática de uma nova decisão de contratar e consequente promoção do correspondente procedimento pré-contratual*”; e, por fim, o jurista português conclui: o dever de motivar a prorrogação decorre dos “*princípios gerais do ordenamento jurídico-administrativo*”, razão pela qual “*entendemos que [...] a declaração negocial a emitir nesse sentido deve ser expressamente fundamentada, sob pena de invalidade*”.

Por fim, cumpre destacar que, ao tratar dos contratos administrativos em geral, a jurisprudência já decidiu, em diversas oportunidades, que:

- (i) o Poder Judiciário pode realizar o controle de legalidade da decisão que defere ou indefere o pedido de prorrogação, mas, não, o controle de mérito⁵⁷⁹;
- (ii) são motivos justos para o indeferimento do pedido de prorrogação: (a) o interesse da Administração Pública em retomar o objeto do contrato para realizar nova

+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017. p. 15.

⁵⁷⁸ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 237-242.

⁵⁷⁹ TRF/3, AC 0008725.83.2009.403600-0, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Andre Nabarrete, e-DJ 25/05/2016.; TRF/4, AC 5000960-73.2011.404.7100, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 07/10/2013.; TRF/5, AC 0007868.62.2012.405830-0, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, DJE 16/05/2013.

licitação⁵⁸⁰; e (b) o descumprimento das obrigações contratuais pela contratada⁵⁸¹; e

- (iii) são motivos injustos para o indeferimento do pedido de prorrogação: (a) o motivo ilegal – exemplo: a propositura de ação judicial contra a Administração Pública, o que constitui mero exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, garantido constitucionalmente⁵⁸²; e (b) o motivo inexistente ou manifestamente incongruente (teoria dos motivos determinantes)⁵⁸³.

A nosso sentir, as decisões judiciais supracitadas são plenamente aplicáveis aos contratos de concessão de serviço público.

15.3.1 PRORROGAÇÃO TÁCITA OU AUTOMÁTICA

Neste momento, cabe a pergunta: a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) pode ser realizada de maneira tácita ou automática? Antes de respondermos, convém fazer, apenas, um esclarecimento terminológico: entendemos por prorrogação tácita a que não tem fundamento em cláusula contratual, ocorrendo pela simples continuação da execução do contrato de concessão após o advento do termo final de seu prazo de vigência; e, por prorrogação automática, a que, tendo fundamento em cláusula contratual, ocorre, desde que

⁵⁸⁰ TRF/4, AG 2009.04.00.024071-3, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, D.E. 14/04/2010.

⁵⁸¹ TRF/1, AMS 0015942-33.2002.4.01.3300/BA, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 02/08/2004.; TRF/2, APELRE 2000.51.01.025087-4, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Reis Friede, E-DJ 03/10/2013.; TRF/3, MS 0010400.73.2008.403000-0, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator(a): Desembargador Federal Antonio Cedenho, e-DJ 16/12/2014.; TRF/4, AC 5000960-73.2011.404.7100, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 07/10/2013.; TRF/5, AC 2006.82.00.000078-4, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Desembargador Federal Bruno Teixeira, DJE 19/12/2013.

⁵⁸² TRF/1, AC 0003017-66.2002.4.01.3700/MA, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 26/02/2016.; TRF/3, AI 0001384.51.2015.403000-0, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator(a): Desembargadora Federal Marli Ferreira, e-DJ 23/06/2015.

⁵⁸³ TRF/1, AC 0003017-66.2002.4.01.3700/MA, Órgão Julgador: Sexta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 26/02/2016.; TRF/2, AG 2013.02.01.013474-0, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Desembargador Federal Marcus Abraham, E-DJ 11/11/2014.; TRF/5, AC 2000.05.00.057009-8, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, DJ 19/11/2003.

o contrato de concessão não seja denunciado por qualquer das partes até certo momento e/ou segundo certo procedimento.

Existe uma grande divergência na doutrina, tanto no Brasil, quanto em outros países, sobre a possibilidade de prorrogação tácita ou automática dos contratos de concessão de serviço público.

De fato, a primeira corrente sustenta que a prorrogação tácita ou automática é válida, desde que prevista em lei e no próprio contrato de concessão. Dentre outros, filiam-se a essa corrente **Mário Masagão**⁵⁸⁴, para quem “[a] *expiração do prazo, sem que se proceda prorrogação expressa, ou mesmo tácita se prevista no contrato, acarreta o término da concessão*”. **Arnoldo Wald**⁵⁸⁵, para quem “*é manso e pacífico o entendimento de acordo com o qual a prorrogação do contrato administrativo não é vedada pelo legislador, podendo ser convencionalizada desde o início do contrato, ser presumida e até ocorrer de pleno direito, desde que não haja notificação em contrário das partes*”. **Rosah Russomano e Nailê Russomano de Mendonça Lima**⁵⁸⁶, para quem o contrato de concessão extingue-se, normalmente, pela expiração do prazo contratual; mas “[t]al não sucederá, é evidente, se, antes de processar-se o decurso do mesmo, houver prorrogação, ou se esta fluir, tácitamente embora, das determinações contratuais”. **Laurent Richer**⁵⁸⁷, para quem “[i]l est également possible qu’à l’expiration du contrat les parties choisissent de poursuivre leurs relations en renouvelant le contrat”, sendo certo que “[l]e renouvellement du contrat peut résulter d’une clause de tacite reconduction, sauf interdiction de ce type de clause”. E **Pedro Gonçalves**⁵⁸⁸, para quem “[a] prorrogação pode ser expressa ou tácita (neste caso, desde que fixado na ‘lei da concessão’ o prazo de vigência da prorrogação)”; e acrescenta: “a prorrogação (tácita) do contrato” ocorre em razão da “ausência de denúncia”, isto é, do “acto que manifesta a vontade de não prorrogar o contrato”.

⁵⁸⁴ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 277.

⁵⁸⁵ WALD, Arnaldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 187. Cf., ainda: Idem. Prorrogação de contrato de arrendamento de mina... In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 207.

⁵⁸⁶ RUSSOMANO, Rosah; LIMA, Nailê R. de Mendonça. *Lições de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1972. p. 281.

⁵⁸⁷ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 10^e éd. Paris: LGDJ, 2016. p. 248. Cf., ainda: Idem. *Les contrats administratifs*. 1^{er} éd. Paris: Dalloz, 1991. p. 96-97.

⁵⁸⁸ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos...* 1. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 328.

Por outro lado, a segunda corrente entende que a prorrogação tácita ou automática é inválida, porquanto ela é incompatível com o regime jurídico-administrativo, notadamente com os princípios da motivação e da publicidade dos atos administrativos. Dentre outros, filiam-se a essa corrente **Hely Lopes Meirelles**⁵⁸⁹, para quem “[n]ão há prorrogação automática nos contratos administrativos e, muito menos, nos de concessão de serviço público”, sendo certo que, “[m]esmo quando expressamente autorizada na lei, no edital e no termo do ajuste, a prorrogação ficará, sempre, dependente da vontade da Administração, como intérprete do interesse público e responsável pelo serviço concedido”. **Egon Bockmann Moreira**⁵⁹⁰, para quem “[s]ua implementação [ou seja, da prorrogação] requer termo aditivo ao contrato de concessão, devidamente motivado (técnica e juridicamente)”, razão pela qual “não é válida nem sequer a cogitação a propósito de aditamentos ‘tácitos’”. **Flavio Amaral Garcia**⁵⁹¹, para quem “parece incompatível cogitar, nas parcerias público-privadas, o cabimento da prorrogação tácita”, tendo em vista que “[o] déficit de transparência e fundamentação que a extensão silenciosa do prazo contratual acarretaria, aliado à ilegítima limitação do exercício de controle externo, torna a prorrogação tácita inconciliável com projetos estruturantes do interesse público”. **Lino Torgal**⁵⁹², para quem a “ilegitimidade das prorrogações tácitas” é corolário dos “princípios gerais do ordenamento jurídico-administrativo”, notadamente dos princípios “da concorrência e da transparência”; por isso, seriam inadmissíveis as “estipulações que previssem que a Administração, em alternativa a declarar, expressamente, a ampliação do prazo, emitisse tal declaração tacitamente, considerando-se o contrato prorrogado sem mais formalidades”. E **Miguel S. Marienhoff**⁵⁹³, para quem, “[e]n la hipótesis de referencia [ou seja, na hipótese em que a concessionária continua prestando o serviço público apesar de vencido o lapso pelo qual se outorgou a concessão], no existe tácita reconducción de la concesión de plazo vencido”; isso “porque no hay concesiones de servicio

⁵⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 10, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 153-154 e 160-161. Cf., ainda: (i) no mesmo sentido: *Ibidem*, v. 3, 1981, p. 47-48.; *Idem*. *Licitação e contrato administrativo...* Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 226-230.; e (ii) em sentido contrário: *Ibidem*, v. 6, 1982, p. 408.; *Ibidem*, v. 8, 1984, p. 207.

⁵⁹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132.

⁵⁹¹ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 603. Cf., ainda: *Idem*. *Licitações e contratos administrativos...* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 421-422.

⁵⁹² TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011. p. 242.

⁵⁹³ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 3-B, 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 628.

público ‘implícitas’, ni derechos ‘implícitos’ nacidos de una concesión de servicio público’; e acrescenta: “Trátase de principios generales aplicables en materia de ‘concesiones’, sean éstas de uso del dominio público, de obra pública o de servicio público”.

Quanto a nós, filiamo-nos à segunda corrente acima.

Em primeiro lugar, porque, a nosso sentir, o caráter formal do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público não se compadece com a prorrogação tácita ou automática desses ajustes, a qual traz risco de eternização da outorga, além de dificultar o controle da atuação administrativa – tudo em nítido prejuízo ao interesse público.

E, em segundo lugar, porque a interpretação sistemática da Lei 8.666/93, art. 38, par. ún.; 57, §§ 1.º e 2.º; 60; e 61, par. ún. c.c 124, deixa claro que o ordenamento jurídico brasileiro veda a prorrogação tácita ou automática dos contratos de concessão de serviço público, ao estabelecer que: (i) as “*minutas*” dos termos aditivos de prorrogação serão “*examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração Pública contratante*”; (ii) “*toda prorrogação*” deverá ser “*previamente autorizada pela autoridade competente*”; esta autorização será “*justificada por escrito*”; e os “*motivos*” da prorrogação deverão ser “*devidamente autuados em processo*”; (iii) as prorrogações serão formalizadas por meio de “*aditamentos*” aos respectivos contratos de concessão; (iv) o “*extrato*” do termo aditivo de prorrogação deverá ser objeto de “*registro*” na repartição pública interessada; e (v) a versão “*resumida*” do termo aditivo de prorrogação será publicada na imprensa oficial.

Por fim, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu, em diversas oportunidades, que os contratos de concessão não podem ser prorrogados, nem tácita, nem automaticamente. Com efeito, no julgamento da AC 523.824/CE, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região decidiu que a prorrogação dos contratos de permissão de serviço público (de “*transporte interestadual rodoviário de passageiros*”) é uma “*faculdade do Poder Público*”, que tem lugar, “*quando verificada a necessidade de atendimento a interesse público mediante conveniência e oportunidade administrativas*”, razão pela qual “*não há que se falar em direito*

à *prorrogação do contrato*”, muito menos em “*direito adquirido à prorrogação automática*”⁵⁹⁴.

15.4 Registro administrativo

A Lei 8.666/93, art. 60 c.c 124, estabelece que os termos aditivos de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão “*arquivo cronológico*” de seus “*autógrafos*” (leia-se: de seus originais) e “*registro sistemático*” de seu “*extrato*”. Trata-se do chamado “*registro administrativo*”, cuja finalidade consiste em comprovar a existência da prorrogação por interesse público e de seus termos, possibilitando o controle da atuação administrativa⁵⁹⁵.

A propósito, vale trazer à baila a lição de **Diogenes Gasparini**⁵⁹⁶, para quem “[a] *prorrogação é formalizada por termo de aditamento ou, como preferem alguns, por termo de prorrogação*”, sendo certo que, “[a]ssinado o aditamento, deve ele, em resumo, ser publicado (art. 61, par. ún.), para que alcance a eficácia desejada, e promovido o seu registro junto aos órgãos competentes da Administração Pública contratante”.

Por fim, cumpre destacar que a CRFB/88, art. 71, §§ 1.º e 2.º c.c 75, aboliu o registro dos contratos de concessão de serviço público – e, por conseguinte, dos respectivos termos aditivos de prorrogação – nos Tribunais de Contas ao submeter tais atos jurídicos a controle (concomitante ou) posterior das Cortes de Contas, e não a controle prévio. Assim, embora estejam sujeitos a controle externo pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas,

⁵⁹⁴ TRF/5, AC 523.824/CE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator(a): Juiz Federal Ivan Lira de Carvalho (Conv.), j. 17/05/2016, DJE 20/05/2016. No mesmo sentido: TRF/1, AC 0060225-21.2000.4.01.0000/BA, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator(a): Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira, DJ 20/03/2006.; TRF/2, AG 2008.02.01.001044-6, Órgão Julgador: Sétima Turma, Relator(a): Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, DJU 02/12/2008.; TRF/3, AI 00260318120134030000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Muta, e-DJ 11/07/2014.; TRF/4, AC 5013966-59.2011.404.7000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 21/09/2012.; TRF/5, AC 512.555/PE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a): Desembargador Federal Manoel Erhardt, j. 06/09/2012, DJE 13/09/2012.

⁵⁹⁵ MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos...* 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 161-162.; PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 681-682.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1149.

⁵⁹⁶ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 779 e 798.

os termos aditivos de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público não precisam mais ser registrados nas Cortes de Contas para se perfectibilizarem^{597e598}.

15.5 Publicação

A CRFB/88, art. 37, estabelece que o exercício da função administrativa está sujeito, dentre outros, ao princípio da publicidade, segundo o qual os atos administrativos devem ser divulgados oficialmente, ressalvados os casos de sigilo previstos na própria Constituição⁵⁹⁹.

Em harmonia com o referido princípio jurídico, a Lei 8.666/93, art. 61, par. ún., dispõe que a Administração Pública deve providenciar a publicação do extrato do termo aditivo de prorrogação (número do processo de prorrogação, partes, objeto e prazo, pelo menos) na imprensa oficial, até o 5.º (quinto) dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 (vinte) dias daquela data, como “*condição indispensável de sua eficácia*”.

Além de implementar a condição suspensiva acima⁶⁰⁰, a publicação do resumo do termo aditivo de prorrogação visa a possibilitar o controle da atuação administrativa⁶⁰¹. De fato, essa finalidade fica clara, por exemplo, pela simples leitura:

- (i) da Lei 8.666/93, a qual estabelece, em seu art. 63, que são assegurados a “*qualquer interessado*” os direitos de “*conhecimento*” (*rectius*: vista) e de “*cópia*” do

⁵⁹⁷ A título histórico, vale mencionar que o Decreto federal n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922 (“Código de Contabilidade Pública da União”) estabelecia, em seu art. 55, que os “*actos de prorrogação*” deveriam respeitar todas as formalidades exigidas para a celebração dos contratos administrativos, “*inclusive registro pelo Tribunal de Contas*”.

⁵⁹⁸ **Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara** dão notícia de que, “[d]esde de 1967, o controle externo sobre as contratações públicas no Brasil passou a ser a posteriori” – “*modelo [...] mantido pela Constituição de 1988*”; e acrescentam: razões de “*ordem prática*” justificaram “*a mudança no momento da realização do controle externo*”: com “[o] crescimento do Estado, de suas funções e, conseqüentemente, do volume de contratos por ele celebrados”, “[m]ostrava-se praticamente inviável sujeitar toda e qualquer contratação a prévio registro, anterior à sua implementação” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos tribunais de contas...* In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 191-192 e 198-199.).

⁵⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.; GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Atual. por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78.

⁶⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas...* 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 293-294.

⁶⁰¹ BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 84.

processo de prorrogação e do respectivo termo aditivo de prorrogação, mediante o pagamento dos emolumentos devidos; e

- (ii) da Lei federal n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, a qual dispõe, em seu art. 41, I, “b”, que o Tribunal de Contas da União fiscalizará os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres “*pela publicação no Diário Oficial da União*”.

De outra parte, a finalidade específica do prazo para a publicação do extrato do termo aditivo de prorrogação consiste em evitar que a Administração Pública antedate o referido instrumento, prorrogando contrato de concessão já extinto. No ponto, vale citar a lição de **Carlos Ari Sundfeld**⁶⁰², para quem “*a não publicação no prazo pode ser considerada como forte indício de que tal expediente foi adotado [ou seja, a antedatificação do instrumento], o que levará, dependendo do caso, à desconsideração da data de celebração apontada no instrumento, com as consequências daí decorrentes*”; por exemplo: a “*impossibilidade de prorrogação por já vencido o prazo contratual quando da prorrogação (se a perda do prazo para a publicação referir-se a instrumento de prorrogação)*”.

Por fim, cumpre destacar que, a nosso sentir, a não publicação do termo aditivo de prorrogação na imprensa oficial (leia-se: a não publicação pura e simples ou publicação a destempo) não constitui vício de forma essencial, não causando, pois, a invalidade da prorrogação por interesse público (como querem alguns doutrinadores de escol⁶⁰³), desde que a legitimidade do prolongamento de prazo possa ser comprovada. Assim sendo, filiamo-nos à corrente doutrinária que sustenta que as consequências jurídicas da não publicação são, apenas: (i) a ineficácia do termo aditivo de prorrogação; e (ii) a responsabilidade disciplinar do agente público omissor⁶⁰⁴. Em verdade, parece-nos que o caso exige não confundir forma com formalismo exagerado, desconsiderando todo o complexo processo de prorrogação.

⁶⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo...* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 217.

⁶⁰³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 353-359.; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 242-243.

⁶⁰⁴ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 686-688.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1151-1155.; SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo...* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 217.; MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos...* 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 163-164.; PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *Contrato administrativo*. In:

Apresentada a forma da prorrogação por interesse público, vejamos, por fim, a consequência jurídica do não prolongamento de prazo.

16 Extinção do contrato no termo final do prazo de vigência

Os contratos administrativos podem ser classificados com base em diversos critérios. Em função do prazo, eles dividem-se em: (i) contratos por prazo ou contratos de execução continuada; e (ii) contratos por escopo ou contratos de execução instantânea/imediata. Nos primeiros, o prazo contratual possui caráter extintivo (ou seja, fixa o termo final da relação jurídica entre as partes); por isso, tais ajustes extinguem-se, normalmente, pelo término do prazo contratual. Nos segundos, ao contrário, o prazo contratual tem caráter meramente moratório (isto é, estabelece o termo final para a conclusão do objeto contratual sem sanção); assim, esses contratos não se extinguem, naturalmente, pelo término do prazo, mas, sim, pela execução do objeto contratual⁶⁰⁵.

O contrato de concessão de serviço público é um contrato por prazo. Desse modo, ele extingue-se, naturalmente, no termo final de seu prazo de vigência:

- (i) se a concessionária não formular um pedido de prorrogação/não concordar com as condições propostas pelo Poder Concedente; ou
- (ii) se o Poder Concedente indeferir, por qualquer motivo, o referido pedido.

De fato, é o que extraímos:

- (i) de maneira geral, das Leis 8.987/95, art. 35, I; e 11.079/04, art. 3.º, *caput* e § 1.º, as quais estabelecem que “[e]xtingue-se a concessão” de serviço público pelo “advento do termo contratual”; e
- (ii) de maneira específica, dentre outras, da Lei 9.074/95, a qual dispõe, em seu art. 22 c.c 19, § 4.º; e 24, que as concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica “serão revertidas para a União no vencimento do prazo da concessão, e licitadas”, se a concessionária em questão não apresentar “pedido de

⁶⁰⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo...* 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 239.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 22-23.; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos...* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 79-80.

prorrogação”, não concordar com o *“reagrupamento”* das *“áreas [...] das concessões”*, ou se houver *“pronunciamento do Poder Concedente contrário ao pleito”* da empresa.

Por fim, cumpre destacar que, extinta a concessão pelo decurso do prazo, o Poder Concedente deve assegurar a continuidade do serviço público, indenizando a concessionária pelos eventuais investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados, nos termos da lei e do contrato (Lei 8.987/95, art. 35 e 36; e Lei 11.079/04, art. 3.º).

Apresentados os principais aspectos da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as conclusões mais importantes da presente dissertação.

Conclusões

Ao fim desta dissertação, apresentamos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- (i) em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e, em nível infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;
- (ii) a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público – ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada em: (a) prorrogação por emergência; (b) prorrogação por reequilíbrio; e (c) prorrogação por interesse público;
- (iii) prorrogação por interesse público é o prolongamento do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público em geral – exceto dos contratos de concessão do serviço público de radiodifusão, realizado, exclusivamente, pelo Poder Executivo, 1 (uma) única vez, pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste, desde que presentes os pressupostos específicos da medida e a concessionária aceite/cumpra determinadas condições caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* às alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade;
- (iv) as subespécies de prorrogação por interesse público são: (a) a prorrogação comum; e (b) a prorrogação antecipada. Ademais, uma e outra podem ter, ou não, caráter premial;
- (v) os pressupostos da prorrogação por interesse público são: (a) autorização legislativa; (b) outorga precedida de licitação pública; (c) previsão originária no edital de licitação e/ou na minuta de contrato que o acompanha; (d) contrato vigente; (e) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (f) fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária (prestação de

serviço público adequado); (g) vantajosidade da medida; (h) consenso entre as partes; e (i) qualificação no PPI⁶⁰⁶;

- (vi) a prorrogação por interesse público pode estar sujeita às mais diversas condições. Exemplo: (a) o pagamento pela prorrogação da outorga; (b) a redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (c) a realização de novos investimentos na concessão; (d) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão; (e) a extinção do caráter de exclusividade da concessão; (f) a reorganização das áreas de concessão; (g) a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários; (h) a incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão; (i) a solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais; etc.;
- (vii) os limites à prorrogação por interesse público são: (a) a proibição de prorrogação em caráter perpétuo ou por prazo indeterminado; (b) a proibição de prorrogações sucessivas – ainda que estabelecido um limite máximo de prorrogação; e (c) a proibição de alteração do objeto original do contrato de concessão; e
- (viii) observados esses pressupostos, condições e limites, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada, com ou sem caráter premial) é compatível com a CRFB/88, recebendo o apoio de boa parte da doutrina e da jurisprudência.

⁶⁰⁶ Este último pressuposto aplica-se, exclusivamente, à prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário, como vimos na seção 10.9 acima.

Lista de Referências

AGUADO, Samuel Tejado. El nuevo modelo ferroviario español: la competencia en el transporte ferroviario de pasajeros. In: PASTOR, Juan Alfonso Santamaría et. al. (Dir.). *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. 1. ed. Madrid: Iustel, 2011. p. 253-337.

ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. 1. ed. Madrid: Aguilar, 1960.

ALENCAR, Dilermando Gomes de. Marco legal referente às prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 201-227.

_____. Prorrogação de concessão de centrais elétricas com potência instalada até 1.000kW. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, v. 8, n. 44, p. 49-55, mar./abr. 2009.

_____. Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público. *A&C Revista de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, v. 8, n. 34, p. 229-241, out./dez. 2008.

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. v. 1, 1. ed. Milão: Giuffrè, 1971.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson S. Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA, Fernando D. Menezes de. Comentários ao art. 5. In: POZZO, Augusto N. Dal et. al. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação a setores de infraestrutura*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 71-90.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Concessão de serviço público: novas tendências*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo*: estudos, pareceres e comentários. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002. cap. 9.

AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 19-77.

ANAYA, Dante A. Cervantes. *Manual de Derecho Administrativo*. 7. ed. Lima: Rodhas, 2016.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

ARANHA, Márcio Iorio. Renovação dos contratos de concessão da telefonia fixa no Brasil. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 13, p. 225-238, jan./jun. 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Do negócio jurídico administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. Atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. C. da Costa. 1. ed. reimpr. São Paulo: Almedina, 2009.

BARATIERI, Noel Antônio. *Serviço público na Constituição Federal*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 2, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173-213.

BARCELOS, Marco Aurélio; FREITAS, Tarcísio Gomes de. A lógica dos investimentos cruzados nas ferrovias do Brasil. *Serviço de Notícias Agência Infra*, Brasília, 28 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-logica-dos-investimentos-cruzados-nas-ferrovias-do-brasil/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni: atti amministrativi e negozio di Diritto Privato*. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1974.

BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 245-280.

_____. Discricionariedade administrativa, realização adequada dos fins legais e observância dos princípios constitucionais. Direito subjetivo à prorrogação de contrato de concessão para exploração de gás e petróleo. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. v. 2, 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 299-343.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives G. da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 7, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 8, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 41, p. 311-322, out./dez. 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Romário de Oliveira. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor Elétrico sem licitação: verdades, meias verdades e pontos para reflexão. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 139-174.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2. ed. actual. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 13^e éd. Paris: A. Rousseau, 1933.

BEZNOS, Clovis. Concessão de serviço público, prorrogação, vícios do edital de licitação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 263-271, jan./mar. 1991.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. v. 2, 5 ed. Buenos Aires: Depalma, 1955.

BINENBOJM, Gustavo. Alterações de prazo nas concessões e permissões de serviço público. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 102, p. 26-30, jan. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das licitações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Sidney. *Contratos da Administração Pública*. 1. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

_____. *Parceria público-privada passo a passo: comentários à Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu a PPP no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987/95 e à Lei 9.074/95, com as inovações da Lei 9.427/96 e da Lei 9.648/98*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alice Gonzalez. Arrendamento de áreas portuárias, contrato de prorrogação, licitação, obrigatoriedade. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n. 11, p. 858-863, nov. 2001.

BORTOLOZZI, Madian Luana. Concessão de serviço público de telecomunicações. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 181-228.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Contrato de Concessão do Serviço Público Ferroviário celebrado entre a União Federal e a MRS Logística S/A*. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/contrato_mrs.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRITO, Ana Clara Toledo. Prorrogação de concessões de geração de energia hidrelétrica: a responsabilidade civil do Estado legislador. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 26, p. 175-190, set./out. 2016.

BULLRICH, Rodolfo. *Curso de Derecho Administrativo*. v. 1, 1. ed. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1929.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. v. 2, 10. ed. 7. reimp. rev. e actual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 2004.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o interesse público*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339-353.

CAMPELO, Lirismar. Arrendamento de instalação portuária: condições para a prorrogação do contrato. *Revista Jurídica Consulex*, [S.l.], v. 16, n. 368, p. 14, mai. 2012.

CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso básico de Direito de Energia Elétrica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

CAMPOS, Francisco. Concessão de serviço público, situação da concessionária após a expiração do prazo contratual. In: CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 235-261.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

CANASI, José. *Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1984.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-221.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. ampl. e atual. até 30.06.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. 3. tirag. Salvador: JusPodium, 2015.

CASTILLO, María Isabel Rivas. *Régimen jurídico de las infraestructuras ferroviarias*. 1. ed. Sevilla: IAAP, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Parecer acerca da situação das empresas permissionárias do serviço público de transporte coletivo por ônibus em face da exigência constitucional de licitação pública. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 517-556.

_____. Parecer para o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Município do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS – acerca da juridicidade dos instrumentos delegatórios da permissão do serviço público de transporte coletivo na cidade do Rio de Janeiro: renovação das atuais permissões por força de lei municipal. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 1163-1204.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. refund. e atual. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1961.

_____. *Teoria dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Tratado de Direito Administrativo: serviço público, execução direta, autarquia, economia mista, concessões*. v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956.

CENCIO, Jorge A. Silva. La concesión de servicio público. In: PLATE, Luis E. Chase et. al. *Contratos administrativos: contratos especiales*. v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Astrea, 1982.

CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; JAPIASSÚ, Reinaldo de A. Arlêo. Parcerias público-privadas: prazo razoável de duração dos contratos. In: GALVÃO, Ciro di Benatti; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; DUARTE, Luciana G. Melquíades (Org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 31-55.

CHIARADIA, Benedito Dantas. *As licitações e os contratos administrativos: crítica e prática da Lei 8.666/1993 e da Lei 12.462/2011*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo e exigência constitucional de prévia licitação pública. *Revista dos*

Tribunais online, São Paulo, v. 2, p. 239-288, ago. 2012. Disponível em:
<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000163e82dc58438bb43d2&docguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&hitguid=Icd5752d0e82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=297&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>.
Acesso em: 10 jun. 2018.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da Filosofia do Direito*. Tradução: Elisete Antoniuk. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

COLSON, Clément. *Cours d'économie politique: les travaux publics et les transports*. v. 6, 2^e éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910.

COSTA FILHO, Paulo Gesteira. Considerações sobre a prorrogação das concessões no Setor Elétrico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, São Paulo, n. 1, p. 143-173, jan. 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99, da Lei n. 8.666, de 21.6.1993*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, Maria D'Assunção; BONFIM, Natalia Felipe Lima. Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 197-210, jan./mar. 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 8, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. Concessão de serviço público: sucessão e subconcessão. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Serviços públicos e poder de polícia*. v. 5, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1015-1030.

_____. *Contratos administrativos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1967.

_____. *Das licitações públicas: comentários à nova Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Direito à prorrogação automática de contrato de concessão. In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo perante os tribunais*. v. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. cap. 21.

_____. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo perante os tribunais*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996. cap. 9.

_____. *Tratado de Direito Administrativo: contratos administrativos*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Parceria Público-Privadas – PPPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

CUNHA, Jatir Batista da. Celebração e prorrogação de contratos de permissão de estações aduaneiras. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 90, p. 41-46, out./dez. 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 316-317.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Omeba, 1965.

_____. *Derecho Administrativo*. v. 3, 1. ed. Buenos Aires: Omeba, 1965.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

DUTRA, Joísa Campanher; SANTOS, Gabriella M. de Azevedo dos. Prorrogação de contrato de concessão de uso de bem público aos produtores independentes de energia como hipótese de renegociação. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 243-261, jul./set. 2016.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Batista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. v. 2, 1. ed. reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1990.

_____. *Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial*. v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual. por Gustavo Binenbojm. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

_____. O regime legal do rádio e da televisão em face da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 49-63, jul./set. 1961.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 2, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo positivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98 e a Medida Provisória n. 1.795/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERRARI, Regina Maria M. Nery. *Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. 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*, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 197-227, out./dez. 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Porto, arrendamento, cessão e prorrogação do contrato. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, ano 10, n. 26, p. 144-152, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 4, 1. ed. São Paulo: 1995.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. _____. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 7, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. v. 1, 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1962.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 138-168.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FIORINI, Bartolome A. *Derecho Administrativo*. v. 1, 2. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

FONSECA, Tito Prates da. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FONTES NETO, Maximino Gonçalves. Prorrogação de permissões. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 38-41, jun. 2009.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 12. ed. México: Porrúa, 1968.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.

FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Administrativo: em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*. v. 1, 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

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

GARCIA, Flavio Amaral. Transporte rodoviário e complementar de passageiros: algumas controvérsias. In: SOUTO, Marcos J. Villela (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 515-530.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. *Concesión de servicios públicos*. 1. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

GARCÍA, Maria Yolanda Fernández. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. 1. ed. Madrid: INAP, 2003.

GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 4. ed. São Paulo: NDJ, 2011.

_____. *Direito Administrativo*. Atualizado por Fabrício Motta. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Poder regulamentar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. Visão geral das parcerias público-privadas. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de. *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: MP, 2006. p. 33-60.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Democracia e concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 54, p. 210-228, jan. 2006.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. v. 2, 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993.

_____. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1981.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Novo modelo de concessão portuária: inteligência do art. 34, Lei n. 10.233/2001. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 36, p. 43-73, out./dez. 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. e notas por Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos. *Direito Civil brasileiro: parte geral*. v. 1, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. v. 3, 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 181-231.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. As modificações no Setor de Energia Elétrica e os contratos de concessão. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. cap. 13.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Prorrogação das concessões do Setor Elétrico: o caso Cemig. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 154, p. 46-50, jun. 2013.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Singular, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. 1. ed. reimp. Torino: G. Giappichelli, 2000.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 3, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950.

_____. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950.

JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito (Zweck im Recht)*. 1. ed. Salvador: Progresso, 1950.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.

_____. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. _____. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LANDAU, Elena. Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar? In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do Setor Elétrico*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 111-133.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1, 4. ed. Montevideu: [s.n.], 1974.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. v. 2, 1^{re} éd. Paris: LGDJ, 1983.

LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do Sistema de Telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LENTINI, Arturo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. v. 1, 1. ed. Milão: Editrice, 1939.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LOPES, Vera Maria de O. Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

LYRA FILHO, Augusto Tavares de. *Contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: T. V. Pontes, 1941.

MALÉZIEUX, Raymond. *Manuel de Droit Administratif*. 1^{re} éd. Paris: Cujas, 1954.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 3-A, 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 3-B, 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A prorrogação dos contratos de concessão do Setor Elétrico e a Medida Provisória n. 579/2012. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. al. (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 903-919.

_____. Aspectos regulatórios a serem considerados na formulação de um novo modelo para o Setor de Saneamento Básico no Brasil. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Serviços públicos e poder de polícia*. v. 5, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 837-855.

_____. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas, princípio de atualidade, reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 22, p. 195-123, jan. 1998.

_____. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 263-273.

MARTINS, Ives G. da Silva. Competência privativa dos Estados para conceder serviços de exploração de linhas ferroviárias dentro do Estado: inteligência dos arts. 21, XI, d, e 25, § 1.,

da CF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 303-317, abr./jun. 2002.

MARTINS, Ives G. da Silva. Contratos prorrogados à luz do Direito que os rege, legitimidade, inadimplência do Poder Público, responsabilização civil do Estado e das autoridades. In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 63-80.

_____. Concessão de serviço público: existência de cláusula contratual que prevê renovação ao final do prazo contratado; dispensa de nova licitação para prorrogação; opinião legal. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, v. 3, n. 6, p. 33-39, jun. 1999.

_____. Inteligência do art. 42, parágrafo 1., da Lei n. 8.987/95, distinção entre norma geral e norma de aplicação, o princípio da irretroatividade garantindo concessão de transportes com prorrogação assegurada no contrato. In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 147-163.

_____. Irretroatividade da norma transitória para licitações e contratos pactuados à luz do Direito anterior, inteligência do artigo 42, da Lei 8.987/95. In: MARTINS, Ives G. da Silva. *Questões de Direito Administrativo*. 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999. p. 81-95.

_____. Legalidade de renovação contratual prevista em concessão anterior à Lei n. 8.987/95: inteligência do art. 42 do referido Diploma e outros aspectos. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, ano 15, n. 8, p. 483-495, ago. 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo neoconstitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Regime jurídico da televisão brasileira à luz da Constituição. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, Salvador, n. 280, 19 out. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/regime-juridico-da-televisao-brasileira-a-luz-da-constituicao>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il provvedimento. In: CASSESE, Sabino (Coord.). *Tratatto di Diritto Amministrativo: Diritto Amministrativo generale*. v. 1, 2. ed. Milão: Giuffrè, 2003. p. 797-1034.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito Administrativo moderno*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 10, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 146-161.

_____. Concessão de serviço público: prorrogação automática do contrato. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 8, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 205-211.

_____. Concessão de serviço público: prorrogação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 405-414.

_____. Concessão remunerada de uso. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 75-82.

_____. *Direito Administrativo brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Licitação, adjudicação, anulação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 42-63.

_____. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666, de 21.6.1993, 8.883, de 8.6.1994, e 9.648, de 27.5.1998*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Reversão de bens na concessão. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 55-74.

_____. Transporte coletivo municipal. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 5, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 114-127.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. _____. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros. 2016.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tirag. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Empresas estatais criadas para prestar serviço público às quais foi outorgada a correspondente concessão, desnecessidade de prorrogação da concessão outorgada ao cabo do prazo e, pois, de realizar licitação para prestação do sobredito serviço: enquanto a lei não extinguir dita pessoa, ela continuará titulada para prestar os serviços em vista dos quais foi criada. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2. ed. 3. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Procedimento administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 9-44.

_____. *Serviço público e concessão de serviço público*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

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

MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. Aspectos jurídico-administrativos da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 1-18, jan./mar. 1950.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos: com apontamentos sobre a Lei paulista n. 6.544/89*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. até a EC n. 55/07 São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: teoria da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 260, p. 917-919, out. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. rev. refund. e atual. 3. tirag. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; DE FREITAS, Rafael Vêras. *A nova regulação portuária*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo: parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2009.

MOTTA, Carlos P. Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, Toshio. *Concessões e permissões de serviços públicos: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória n. 1.017, de 1995, das concessões do Setor Elétrico*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direito Administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Traduzido por Peter Naumann. Apresentação de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre em uma visão luso-brasileira*. 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, p. 75-95, out./dez. 2011.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessões e permissões de serviços públicos: serviços públicos da União, Estados, Municípios e entes reguladores*. 1. ed. Bauru: Edipro, 1996.

OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rafael C. Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, n. 93, p. 145-162, set./out. 2015.

OLIVEIRA, Rafael C. Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *Delegação administrativa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. v. 1, 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

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. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 12, n. 48, p. 223-245, abr./jun. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PESTANA, Marcio; FACCHINATTO, Renan Marcondes; CORTEZE, Mario. Atualidades nas concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo da Infraestrutura*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 269-282, abr./jun. 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito Administrativo: pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação das ferrovias*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

PINTO, César de Barros. A indústria de transmissão de energia elétrica: desenvolvimento, aspectos regulatórios e desafios. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 26-32, dez. 2008.

PINTO, Luciana M. R. Sardinha. *A radiodifusão no Direito brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. Contrato administrativo. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. cap. 9.

POLTRONIERI, Renato. *Parcerias público-privadas e a atuação administrativa: reflexões sobre a instituição de parcerias entre a Administração Pública e o Setor Privado e os contratos administrativos aplicáveis a esta forma especial de concessão de serviço público*. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2005.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PRADO, Lucas Navarro. Condições prévias para a licitação de uma PPP. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Estudos sobre a Lei de Parceria Público-Privadas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 47-70.

PRADO, Lucas Navarro; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O tempo nas concessões de infraestrutura: prazo de vigência e sua prorrogação. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. v. 1, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 410-448.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajust. ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Mutabilidade dos contratos administrativos. In: REALE, Miguel. *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 45-66.

_____. Serviços públicos concedidos. In: REALE, Miguel. *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 93-115.

REALE, Miguel. Um caso de lícita dispensa de licitação para prorrogação de contrato de serviço público. In: REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. cap. 11.

REBELO, Darci Norte. Para que o natural não fique imutável. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 106, p. 26-29, mai. 2009.

REIGOTA, João Manuel dos Santos. Atos administrativos. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. cap. 6.

RENZO, Francesco di. *I contratti della Pubblica Amministrazione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1975.

RIBEIRO, Maurício Portugal. A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário: seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei. Disponível em:
<https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085>. Acesso em: 19 fev. 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. 1. ed. 2. tirag. São Paulo: Malheiros, 2010.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 10^e éd. Paris: LGDJ, 2016.

_____. *Les contrats administratifs*. 1^{re} éd. Paris: Dalloz, 1991.

RIVERA, Luis José Béjar. La concesión en México. In: CORREA, Andry Matilla; CAVALCANTI, Bruno. *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. 1. ed. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 13-36.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 13^e éd. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. *Regime jurídico dos contratos da Administração: atualizado de acordo com a Lei n. 8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos, e a Medida Provisória n. 1.079, de 28.07.95, de desindexação da econômica*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2016.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Da renovação das concessões e permissões de serviços de radiodifusão em face do arquivamento por órgão camerário do Congresso Nacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 241-249, abr./jun. 2005.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*. 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988.

RODRÍGUEZ, Pedro Antonio Lamprea. *Contratos administrativos: tratado teórico y práctico*. 1. ed. Bogotá: Fondo de Cultura Jurídica, 1979.

ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo: características das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e dos particulares em colaboração com o Estado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 6^e éd. Paris: Dalloz, 1937.

ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Amministrativo: principi generali*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1937.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUSSOMANO, Rosah; LIMA, Nailê R. de Mendonça. *Lições de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1972.

SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016.

SANT'ANNA, Ricardo Martins. A ausência de critérios objetivos para a prorrogação de concessões de geração hidráulica de energia elétrica. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Gustavo Kaercher (Org.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. 1. ed. Brasília: ANEEL, 2010. p. 175-200.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos: formação e controle interno da execução*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Traducción: J. J. Santa-Pinter. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2014.

SCHIESARI, Nelson. *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Hemeron, 1975.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SILVA, Antonio Marcello da. *Contratações administrativas: comentários à lei de obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do Estado de São Paulo (Lei n. 10.395, de 17 de dezembro de 1970, com as alterações da Lei n. 10.408, de 5 de outubro de 1971)*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão no serviço público*. 1. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMÕES, Mônica M. Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUTO, Marcos J. Villela. *Direito Administrativo contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STUBER, Walter Douglas. *O financiamento de projetos no Brasil e a Lei de Concessões*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. cap. 7.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (Coord.). *Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25-44.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-45.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari; MESQUITA, Olívia do Amaral. O paradoxo da licitação: o caso das franquias postais. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 7, n. 78, p. 83-105, jun. 2012.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Duração dos contratos administrativos. In: MUKAI, Toshio (Coord.). *Curso avançado de licitações e contratos públicos*. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 163-190.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1287-1295.

_____. Concessão de energia elétrica, prorrogação de prazo, consórcio. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1317-1324.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011.

TORRES, André de Avellar. Da outorga ao contrato: prorrogação versus relicitação das concessões de energia elétrica e outros temas correlatos. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, v. 13, n. 13, p. 279-305, nov. 2016.

VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. 1. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965.

VIEIRA, Evelise P. T. Prado. *Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*. v. 1, 4. ed. Torino: Torinese, 1954.

XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. 1. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALD, Arnaldo. Da necessidade legal e econômica de prefixação das condições da prorrogação do prazo das concessões do serviço móvel celular. In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. cap. 14.

_____. Prorrogação de contrato de arrendamento de mina, quando há previsão contratual de prorrogação automática. In: WALD, Arnaldo. *Pareceres: direito das concessões*. v. 3, 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. cap. 15.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 8^e éd. Paris: Sirey, 1958.

_____. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6^e éd. Paris: Sirey, 1950.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Traducción por Héctor Masnatta y actualizada por Francisco Humberto Picone. v. 1, 1. ed. Buenos Aires: Arayú, 1954.

+ + + + +