

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Das condições (ou contrapartidas) que o Poder Concedente pode exigir para a realização da chamada “prorrogação por interesse público” das concessões de serviço público

Conditions (or counterparts) that the Granting Authority may require to carry out the so-called “prorogation by public interest” of public service concessions

Felipe Montenegro Viviani
Guimarães

Sumário

A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS	13
Ivo Teixeira Gico Junior	
DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	41
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS	62
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori	
POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO	84
Ricardo Lins Horta	
A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS	124
Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz	
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO	140
Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent	
LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES	155
Giraldo Yanitza	
IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT	173
Mary Maerz	
PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE....	190
Bianca Baracho	
A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL	212
Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado	

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA.....	231
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez	
A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....	250
Pedro Niebuhr	
A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....	274
José Adércio Leite Sampaio	
THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS	295
Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?	313
Fernando Leal	
“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	350
Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL?	373
Cristóbal Carmona Caldera	
SUÍTE MÚSICO-JURISPRUENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO	401
Marcílio Toscano Franca	

Das condições (ou contrapartidas) que o Poder Concedente pode exigir para a realização da chamada “prorrogação por interesse público” das concessões de serviço público*

Conditions (or counterparts) that the Granting Authority may require to carry out the so-called “prorogation by public interest” of public service concessions

Felipe Montenegro Viviani Guimarães**

Resumo

Este artigo trata da prorrogação das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes (ou prorrogação por interesse público). Seu objetivo é verificar as condições (ou contrapartidas) que podem ser exigidas para a realização dessa espécie de prorrogação — considerada pelo Poder Executivo federal um dos principais instrumentos para incentivar novos investimentos privados em setores de infraestrutura fundamentais para o desenvolvimento do Brasil. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que a prorrogação por interesse público pode estar sujeita às mais diversas condições — por exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a redução da tarifa cobrada dos usuários; (iii) a realização de novos investimentos na concessão; (iv) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão; e (v) a extinção da exclusividade da outorga —, o que confirma a hipótese de pesquisa.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Serviço público. Concessão. Prorrogação. Condições.

Abstract

This article deals with the prorogation of public service concessions for mere reasons of convenience and opportunity of the parties (or public interest prorogation). Its purpose is to verify the conditions (or counterparts) that may be required to carry out this species of prorogation — considered by the federal Executive Branch one of the main instruments to encourage new private investments in key infrastructure sectors for the development of Brazil. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the prorogation by public interest may be subject to the most diverse conditions — for example: (i) the payment for the prorogation of

* Recebido em 08/06/2019

Aprovado em 04/12/2019

** Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica (São Paulo, SP, Brasil). Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor e Advogado. E-mail: felipemvg@hotmail.com.

the grant; (ii) **the reduction of the tariff charged of the users**; (iii) the realization of new investments in the concession; (iv) the inclusion of a performance clause in the concession contract; and (v) the extinction of the grant exclusivity —, which confirms the hypothesis of research.

Keywords: Administrative law. Public service. Concession. Prorogation. Conditions.

1 Introdução

No presente artigo, nós analisaremos o instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a prorrogação por meras razões de conveniência e oportunidade das partes ou, simplesmente, prorrogação por interesse público.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a prorrogação por interesse público de inúmeras concessões foi autorizada, recentemente, no Brasil, por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País. Em segundo 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, pois, estudo acurado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos tratando, especificamente, da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público, razão pela qual o presente trabalho buscará contribuir para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Nesse sentido, nosso objetivo consiste em verificar as condições que o Poder Concedente pode exigir para a realização da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público¹. E nossa hipótese de pesquisa é que essas condições podem ser bastante variadas, dado o amplo poder discricionário conferido pela Constituição da República ao Poder Concedente para dispor sobre a matéria.

O método de abordagem do tema é o dedutivo. E o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam o instituto da prorrogação no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, nós apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação por interesse público. E, na segunda, veremos as condições que podem ser exigidas para a realização dessa espécie de prorrogação. Ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

2 Espécies de prorrogação

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “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:

¹ No presente artigo, a expressão “condição para a prorrogação por interesse público” significa a contrapartida dada pela concessionária de serviço público em troca do prolongamento do prazo de vigência da respectiva concessão.

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)

No exercício da competência legislativa acima, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas), art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), art. 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei 12.815/13 (Lei de Portos), art. 57, 62, 66 e 67; e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32².

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público — ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência — pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público, que se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada³e⁴.

Vejam, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação, especialmente da última delas.

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 da concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada 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 regra, de seis a vinte e quatro meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, 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”⁵.

Sobre o ponto, 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 (STF) deixou dito que, para garantir a “continuidade” do serviço público (de “transporte coletivo de passageiros”),

² Cf., no âmbito do Estado de São Paulo, a recente Lei 16.933/19, art. 1.º a 7.º; 16; e 17.

³ Propomos as expressões “prorrogação por emergência”, “prorrogação por reequilíbrio” e “prorrogação por interesse público” (“comum” ou “antecipada”) para denominar as espécies de prorrogação das concessões de serviço público por sua relativa clareza e concisão. Nada obstante, reconhecemos que a expressão “prorrogação por interesse público” não é ideal, mas, apenas, utilitária, já que toda prorrogação visa, ao fim e ao cabo, a promover o interesse público — ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo (finalidade genérica). Apesar desse problema de “rótulo”, buscaremos demonstrar, nas seções abaixo, que as espécies de prorrogação das concessões de serviço público possuem características específicas inconfundíveis. Por fim, vale destacar que ainda existe grande divergência na doutrina acerca da terminologia adequada para nomear as espécies de prorrogação.

⁴ 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; e a Lei 16.933/19, art. 3.º, I. 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, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.

⁵ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.783/13, art. 9.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 16.

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 vogal, 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.⁶ (grifo nosso)

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

Declarada a nulidade da permissão outorgada sem licitação pública, não se pode condicionar o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, cabendo ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação.

Convém ressaltar que a eventual paralisação na prestação do serviço de transporte público de que trata a presente demanda, coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço, em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal, anterior a conclusão do procedimento licitatório, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

Assim, **visando a continuidade do serviço público de transporte e o interesse de toda coletividade, autoriza-se a realização do procedimento licitatório no prazo de até 1 ano**, independentemente do trânsito em julgado, **momento em que cessam os efeitos dos contratos em questão.**⁷ (grifo nosso)

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência das concessões de serviço público.

De fato, Adilson Abreu Dallari⁸ ensina 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”.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 118-MC/PR*. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator p/ o acórdão: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 3 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346192>. Acesso em: 2 ago. 2019.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ*. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2019.

⁸ 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. Cf., ainda: no Brasil, CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347; 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; na Espanha, 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*. Madrid: Montecorvo, 1988. p. 150-157; na Argentina, GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. v. 3. p. 221.

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 da 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 ou força maior. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da outorga.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11, o qual, ao dispor sobre as condições para a 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”⁹.

A propósito, vale salientar que a jurisprudência já afirmou a juridicidade da prorrogação por reequilíbrio.

Com efeito, no julgamento do RMS 1.835/DF, o Tribunal Pleno do STF 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 troco 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.¹⁰ (grifo nosso)

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, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público¹¹] 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 774/16; *verbis*:

Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro-Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), Sr. Edinho Araujo, fundamentada no art. 1.º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, e no art. 264, do RI/TCU, versando sobre dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, no tocante aos seguintes pontos: a) unificação ou consolidação de contratos de arrendamento portuário; e b) extensão do prazo de vigência de contratos de arrendamento portuário, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

⁹ Cf., ainda: no âmbito federal, Resolução Antaq 3.220/14, art. 14, III; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 4.º, § 2.º; 5.º, par. ún.; e 7.º, § 1.º, 8.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Recurso em Mandado de Segurança nº 1.835/DF*. Recorrente: Emílio Lourenço Dias. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Mário Guimarães. Brasília, 23 de setembro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103342>. Acesso em: 2 ago. 2019.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 83-84 e 88.

[...]

A SEP/PR defende, em síntese, a prorrogação contratual, como meio para proporcionar o reequilíbrio econômico-financeiro, não vinculada à prorrogação prevista pelo art. 57, da Lei 12.815/2013, e pelo art. 19, do Decreto n.º 8.033, de 2013, por ela denominada “prorrogação ordinária”, em paralelo com a “prorrogação extraordinária”.

[...]

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

A indiscriminada alteração do termo final dos contratos realçaria, na maior parte dos casos, a imprevisibilidade no setor portuário, dificultando o planejamento futuro dos possíveis concorrentes e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios, com consequências danosas para o sucesso das licitações, com a igualdade de todos os interessados e a melhor proposta para a Administração. Por conseguinte, o poder concedente deve usar o mecanismo de alteração de prazo com extrema cautela, devido ao seu efeito deletério no mercado de arrendamentos portuários.

[...]

Em conclusão, **tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual**, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado.¹² (grifo nosso)

Por derradeiro, a doutrina também apoia a prorrogação por reequilíbrio das concessões de serviço público.

De fato, Antônio Carlos Cintra do Amaral¹³ 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”.

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 das partes, desde que os pressupostos de validade da

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Acórdão TCU nº 774/16*. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 6 de abril de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910. Acesso em: 2 ago. 2019.

¹³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 16-30. Cf., ainda: no Brasil, 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. 128-129 e 131-134; 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. p. 108-110; na Espanha, ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960. p. 571 e 642-643; em Portugal, 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. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 64-66.

medida estejam presentes¹⁴ e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) 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 atividade¹⁵. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência das concessões 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) em vista das circunstâncias vigentes à época — dentre outros, o “pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço”¹⁶.

Sobre o ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público.

Com efeito, no recente julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do STF decidiu que os contratos de concessão de serviço público se extinguem, normalmente, no termo final de seu prazo de vigência, “salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do ajuste”, ou melhor, “salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa) e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

A regra, portanto, é que a contratação tenha um termo predefinido — prazo contratual — cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (e em especial a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo.

[...]

Um **contrato de concessão**, portanto, firmado que é a partir de um certame licitatório, tem a temporariedade como uma de suas marcas fundamentais, ocorrendo, desse modo, o **encerramento** do contrato *no prazo* nele definido, **salvo a realização de ajuste**, ao final do termo, pela **prorrogação contratual**, se atendidas as exigências legais para tanto e *se presente o interesse público na permanência do ajuste*.

[...]

Como salientado anteriormente, o prazo contratual definido tinha seu término previsto para 28/8/13. Após essa data, não havia qualquer garantia de continuidade do contrato, **salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa)** e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos, dentre eles: (i) cumprimento do contrato e (ii) a implementação das disposições regulamentares que viessem a ser estabelecidas para o setor elétrico (primeira subcláusula da cláusula quarta do contrato).¹⁷e¹⁸ (grifo nosso)

¹⁴ Exemplo: (i) outorga precedida de licitação; (ii) previsão no edital de licitação; (iii) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (iv) consenso entre as partes; e (v) vantajosidade da medida.

¹⁵ As condições para a prorrogação por interesse público serão apresentadas na seção 2 abaixo.

¹⁶ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.074/95, art. 19 c.c 25; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, I e II.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 2 ago. 2019.

¹⁸ O STF debruçar-se-á, em breve, novamente, sobre o tema da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Com efeito, está previsto para o segundo semestre deste ano o julgamento da medida cautelar da ADI 5.991/DF, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra dispositivos da Lei 13.448/17. A propósito, vale ressaltar que, nessa ação judicial, a PGR manifestou, expressamente, o entendimento de que, apesar da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o instituto da prorrogação antecipada “em si” é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I. Eis o trecho principal da petição inicial da referida ação direta: “Importante ressaltar que não se argui, aqui, a inconstitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada em si. O que se defende é que, embora a Constituição preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no art. 175—parágrafo único—I, essa prorrogação não pode ser permitida — muito menos realizada — em desacordo com os ditames con-

No julgamento do TC 024.882/2014-3, o Plenário do TCU concluiu que a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário “não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos”, desde que: (i) a celebração de tais contratos tenha sido precedida de “regular procedimento licitatório”; e (ii) a prorrogação seja condicionada à realização de “novos investimentos”, pela arrendatária, na infraestrutura portuária. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200/15; *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.¹⁹ (grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, o Plenário do TCU considerou “constitucional” a prorrogação antecipada de diversas concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de licitação pública. De fato, os Ministros da Corte de Contas concordaram que a licitação simultânea de todas as concessões de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (ou seja, de quarenta e três concessões de distribuição, que atendiam, em conjunto, dezoito Estados da Federação, fornecendo energia elétrica a cerca de cinquenta milhões de unidades consumidoras, e movimentando, diretamente, em torno de sessenta bilhões de reais, o que representava, no ano de 2014, aproximadamente, cinquenta por cento do mercado e da receita de distribuição nacionais), na conjuntura econômica e política do País existente àquela época (isto é, 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 (pelo prazo de trinta anos). Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/15; *verbis*:

16. Ao analisar os argumentos do MME e da Aneel que justificam a opção pelo modelo escolhido, a

stitucionais que norteiam a Administração Pública e que informam os seus atos, em particular, a eficiência, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade, previstos no art. 37–caput, bem como com a regra da licitação” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. [Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF]).

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU n.º 2.220/15*. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, 2 de setembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f. Acesso em: 2 ago. 2019.

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 estabelecidos.²⁰e²¹ (grifo nosso)

²⁰ TCU, Acórdão n.º 2.253/15, Órgão Julgador: Plenário, Relator(a): Ministro José Múcio Monteiro, j. 9.9.2015.

²¹ Outro precedente jurisprudencial importante sobre a matéria será a decisão que o TCU vier a tomar nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação por interesse público da concessão da Rumo Logística Operadora Multimodal S/A referente à Malha Paulista (Rumo – Malha Paulista) — *leading case* em matéria de prorrogação de concessões ferroviárias na Corte. A propósito, vale ressaltar que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) já aprovou a referida prorrogação, que aguarda, agora, o aval da Corte de Contas. O TCU ainda não tem data para decidir sobre a matéria. Entretanto, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da prorrogação da Rumo — Malha Paulista “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação” (MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. [Parecer apresentado nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo-Malha Paulista]).

Por sua vez, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público.

De fato, Celso Antônio Bandeira de Mello²² ensina que os contratos de concessão de serviço público podem ser prorrogados “por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo”, nesse 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”.

Vistas as características específicas da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as condições que o Poder Concedente pode exigir para a realização dessa espécie de prorrogação.

3 Condições para a prorrogação por interesse público

Na seção 1.3 acima, vimos que a prorrogação por interesse público é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas), propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da medida *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade.

Essas condições podem ser as mais variadas, tendo em vista o amplo poder discricionário conferido, pela CRFB/88, art. 175, par. ún., I, ao Poder Concedente para dispor sobre a matéria²³. Senão vejamos.

3.1 Pagamento pela prorrogação da outorga

Algumas leis estabelecem que o prazo de vigência das concessões 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 para prorrogação da outorga.

²² 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. São Paulo: MP, 2009. p. 57. Cf., ainda: no Brasil, 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; 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 416-426; 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. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 496-505; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloisa 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. p. 14-15; 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; 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. p. 176-183; NASCIMENTO, Carlos Fernando do. O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 39-68, mai. 2019. p. 55-57 e 59-60; na França, LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. v. 2. Paris: LGDJ, 1983. p. 635-638 e 685-687; na Itália, IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. reimpr. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 608-613; em Portugal, TORRALBA, 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 e 233-248; na Argentina, ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*: parte especial. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 140-144; no Uruguai, LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4. ed. Montevideo: [s.n.], 1974. v. 1. p. 76-77 e 574; no Chile, VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965. p. 90-91.

²³ Com efeito, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, não fixou — ao menos expressamente — nenhum limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público pelo legislador ordinário; por exemplo: ela não previu que o referido instituto atenderia a tal ou qual fim; teria lugar diante de tal ou qual situação fática; poderia ser utilizado em tal ou qual momento da concessão e por tal ou qual prazo; obedeceria a tal ou qual procedimento; e, para o que nos interessa mais neste trabalho, dependeria da aceitação de tal ou qual condição pela concessionária de serviço público.

É o caso, por exemplo:

- (i) da Lei 9.074/95, a qual estabelece, em seu art. 4.º, § 1.º, que a prorrogação das concessões do serviço público 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 das concessões 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”; 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 das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário fundamentará tais prolongamentos por meio de estudo técnico, do qual constarão “os valores devidos ao Poder Público pelas prorrogações, quando for o caso”²⁴.

Sobre o ponto, Arnoldo Wald²⁵ ensina que é “manso e pacífico” o entendimento de que as concessões de serviço público podem ser prorrogadas 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”, nesse caso, “desde que conhecidos os elementos que ensejarão a sua fixação”.

3.2 Redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos em bens reversíveis já amortizados

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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.

É o caso, por exemplo, da Lei 12.783/13, a qual prevê, em seu art. 13 c.c 15, que a prorrogação antecipada das concessões do serviço público 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”. A propósito, Toshio Mukai²⁶ leciona que a prorrogação dos contratos de concessão pode ser realizada “em prol da prestação adequada do serviço”, “nos termos da estipulação contratual”; mas, nesse 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”²⁷.

²⁴ Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 6.º; e 7.º, § 1.º, 7.

²⁵ 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*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v. 3. p. 182-187.

²⁶ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 458-459.

²⁷ 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. De fato, 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, reiterar-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: 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*. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 4. p. 52-53.).

3.3 Realização de novos investimentos na concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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:

- (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 das concessões 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”²⁸e²⁹.

Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto³⁰ 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”.

3.4 Adequação do contrato de concessão ao ordenamento jurídico em vigor

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões de serviço público pode ser prorrogado, apenas e tão somente se a concessionária em questão concordar em adequar o respectivo con-

²⁸ Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 2.º, § 1.º; 5.º; 6.º; e 7.º, § 1.º, 1.

²⁹ A propósito, vale dizer que não vemos nenhuma proibição ao condicionamento da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões 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 — leia-se: a Administração Pública ou outra concessionária, permissionária ou autorizatária. 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 sistemático do Subsistema Ferroviário Federal (Lei 12.379/11, art. 20). No mesmo sentido, Marco Aurélio Barcelos e Tarcísio Gomes de Freitas entendem 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.).

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167-168.

trato de concessão ao ordenamento jurídico em 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 das concessões do serviço público 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 do serviço público de energia elétrica conterá “cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem o disposto nesta Lei”.

A respeito, Clément Colson³¹ leciona 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 meio dela, “[o]n peut alors corriger ce qui, dans le contrat primitif, ne répondrait plus aux besoins [públicas]”.

3.5 Inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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 de concessão.

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 das concessões do serviço público de energia elétrica far-se-á de acordo com a seguinte condição: o novo contrato de concessão conterá “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 das concessões 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 das concessões do serviço público ferroviário será orientada pela inclusão de “parâmetros de qualidade dos serviços” nos contratos prorrogados, com os respectivos “planos de investimento”.

3.6 Adoção das melhores práticas regulatórias no contrato de concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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 das concessões 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”³².

³¹ COLSON, Clément. *Cours d’économie politique: les travaux publics et les transports*. 2. éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. v. 6. p. 419.

³² Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 2.º, § 1.º; e 6.º.

3.7 Extinção do caráter de exclusividade da concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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 das concessões do serviço público ferroviário poderão ser realizadas com ou sem “caráter de exclusividade quanto a seu objeto”³³.

Sobre o ponto, Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁴ 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.

3.8 Reorganização das áreas de concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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”;
- (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”.

A propósito, Romário de Oliveira Batista³⁵ leciona 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”.

³³ Cumpre destacar 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 das concessões do serviço público ferroviário seriam 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.

³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59-60.

³⁵ 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*. Brasília: Anel, 2010. p. 164-168.

3.9 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 das concessões 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:

- (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 elétrica 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 aos chamados consumidores cativos), a serem “definida[s]” pela “Aneel” e “revisadas, periodicamente,” pela Agência Reguladora, “conforme regulamento do Poder Concedente”; e
- (ii) da Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 9.º, III e § 1.º, que a prorrogação das concessões 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 pelo concessionário.

Sobre o tema, vale ressaltar que, nos chamados “serviços em rede” — caso do serviço público ferroviário, o direito de acesso à rede está relacionado, diretamente, ao acesso ao próprio mercado, sendo, pois, essencial para promover a existência de uma pluralidade de operadores e, conseqüentemente, a concorrência intrasetorial. Com efeito, Samuel Tejado Aguado³⁶ 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 los servicios ferroviarios 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”.

3.10 Incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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 prevê, em seus art. 3.º; 6.º; 22; e 25, caput e § 2.º, II, que a prorrogação das concessões 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 ajustes³⁷.

³⁶ 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*. Madrid: Iustel, 2011. p. 271-272.

³⁷ Cf., ainda, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 2.º, § 1.º.

A respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Juliano S. de Albuquerque Maranhão³⁸ lecionam 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 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)”.

Eis a razão pela qual entendemos que somente “serviços acessórios” podem ser incluídos ou excluídos das concessões 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 (CRFB/88, art. 5.º; e 175). Exemplo: por ocasião da prorrogação por interesse público, o serviço de transporte ferroviário (serviço principal) não pode ser incluído em uma concessão do serviço público ferroviário cujo objeto original seja, apenas, 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.

3.11 Solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais

Algumas leis estabelecem, ainda, que o prazo de vigência das concessões 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 dispõe, 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”.

3.12 Quaisquer outras condições propostas pelo Poder Concedente por ocasião da prorrogação

Algumas leis estabelecem, por fim, que o prazo de vigência das concessões 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 prevê, em seu art. 99, § 1.º, que a Anatel poderá propor, a seu “critério”, quaisquer “novos condicionamentos” para a prorrogação do prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações, “tendo em vista as condições vigentes à época”.

Analisando, especificamente, a regra jurídica supracitada, Márcio Iorio Aranha³⁹ 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

³⁸ 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. p. 224.

³⁹ 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.

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 condicionamentos; 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, a definição de “novas metas para universalização” do serviço público.

4 Considerações finais

Ao fim deste artigo, expomos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- (i) em nível constitucional, o fundamento do instituto da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e, em nível infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;
- (ii) a prorrogação das concessões de serviço público — isto é, o prolongamento de seu prazo de vigência — pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio; e (c) a prorrogação por interesse público;
- (iii) prorrogação por interesse público é aquela realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) 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; e
- (iv) dado o amplo poder discricionário conferido pela CRFB/88, art. 175, par. ún., I, ao Poder Concedente para dispor sobre a matéria, as condições para a prorrogação por interesse público podem ser as mais variadas; por 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 adequação do contrato de concessão ao ordenamento jurídico em vigor; (e) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão; (f) a adoção das melhores práticas regulatórias no contrato de concessão; (g) a extinção do caráter de exclusividade da concessão; (h) a reorganização das áreas de concessão; (i) a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários; (j) a incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão; (k) a solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais; etc.

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*. Madrid: Iustel, 2011. p. 253-337.

ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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*. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 4. p. 19-77.

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.

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.agencia-infra.com/blog/infradebate-a-logica-dos-investimentos-cruzados-nas-ferrovias-do-brasil/>. Acesso em: 21 nov. 2019.

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*. Brasília: Aneel, 2010. p. 139-174.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ*. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 118-MC/PR*. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator p/ o acórdão: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 3 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346192>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Recurso em Mandado de Segurança nº 1.835/DF*. Recorrente: Emílio Lourenço Dias. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Mario Guimarães. Brasília, 23 de setembro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103342>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU nº 2.220/15*. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, 2 de setembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/%20?uuid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão TCU nº 2.253/15*. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência

Nacional de Energia Elétrica. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. *Acórdão TCU nº 774/16*. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 6 de abril de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910. Acesso em: 2 ago. 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6. p. 339-353.

COLSON, Clément. *Cours d'economie politique: les travaux publics et les transports*. 2. ed. Paris: Gauthier-Villars, 1910. v. 6.

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.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial*. Buenos Aires: Depalma, 1977. v. 2.

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.

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.

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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

GRECA, Alcides. *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*. 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943. v. 3.

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.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. reimp. Torino: G. Giappichelli, 2000.

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.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Montevideu: [s.n.], 1974. v. 1.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. v. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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*. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

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.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *[Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF]*. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Ato impugnado: Lei 13.448/17, art. 6.º, § 2.º, II; 25, §§ 1.º e 3.º a 5.º; e 30, § 2.º. Data do protocolo: 13 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747937195&prcID=5522428#>. Acesso em: 7 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *[Parecer apresentado nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo-Malba Paulista]*. Órgão Julgador: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Augusto Nardes. Unidades jurisdicionadas: Ministério da Infraestrutura e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Procurador: Júlio Marcelo de Oliveira. Data: 7 de julho de 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 39-68, maio 2019. Disponível em: <https://www.periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/24506/21699>. Acesso em: 21 jun. 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

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*. Madrid: Montecorvo, 1988.

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.

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.

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*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

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.

VERGARA, Ariel Gonzales. *La concesión, acto creador de derechos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1965.

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*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v. 3. cap. 14.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.