

19 de outubro de 2018

As espécies de prorrogação dos contratos de concessão do serviço público

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

Advogado

Resumo: *O presente artigo analisa o tema da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público. Ele justifica-se, dentre outras razões, porque, recentemente, vários atos normativos foram editados no Brasil autorizando a prorrogação de diversos contratos de concessão, razão pela qual o interesse teórico e prático pelo tema é realmente muito grande em nosso País, neste momento. Assim sendo, o objetivo do presente artigo consiste em apresentar as espécies de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público. A hipótese de pesquisa é que existem 3 (três) espécies básicas de prorrogação; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão do presente artigo é que existem 3 (três) espécies básicas de prorrogação, confirmando, pois, a hipótese de pesquisa.*

Palavras-chaves: *Direito Administrativo. serviço público. concessão. prorrogação.*

Sumário: *1 Introdução. 2 Espécies de prorrogação. 2.1 Prorrogação por emergência. 2.2 Prorrogação por reequilíbrio. 2.3 Prorrogação por interesse público. 3 Conclusões.*

19 de outubro de 2018

1 Introdução

No presente artigo, nós analisaremos o tema da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque, recentemente, vários atos normativos foram editados no Brasil autorizando a prorrogação 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 segundo lugar, porque a prorrogação constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral, por muitos anos, merecendo, portanto, estudo aprofundado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos e, até onde conseguimos apurar, nenhum livro tratando, especificamente, da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, de modo que o presente artigo contribuirá para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto jurídico do Direito Administrativo.

Nesse sentido, nosso objetivo consiste em apresentar as espécies de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público. A hipótese de pesquisa é que existem 3 (três) espécies básicas de prorrogação; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público.

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

¹ Exemplo: o Decreto 9.048/17 (mais conhecido como “Decreto dos Portos”), editado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, Michel Temer, para regulamentar a prorrogação no âmbito do Setor Portuário.

19 de outubro de 2018

2 Espécies de prorrogação

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação do prazo de vigência dos contratos de concessão de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “prorrogação” dos contratos de concessão.

No exercício da referida competência legislativa, foram editadas várias leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação dos contratos de concessão. Exemplo: a Lei 8.987/95 (“Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos”), a Lei 11.079/04 (“Lei das Parcerias Público-Privadas”) e a Lei 12.783/13 (“Lei de Prorrogação das Concessões do Serviço de Energia Elétrica”).

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria 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.

Vejamos, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação.

19 de outubro de 2018

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, 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 assumo 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 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

19 de outubro de 2018

verificada a “impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço” ao término do contrato².

*Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência dos contratos de concessão. De fato, **Antão de Moraes**³ 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 eminente autor acrescenta que o Poder Concedente tem “a faculdade de coagi-la [ou seja, a concessionária de serviço público], 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”.*

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

² 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.

³ 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.

Opinião

19 de outubro de 2018

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, o contrato de concessão é prorrogado pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11, 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”.

Sobre o ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já afirmou a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. Com efeito, no julgamento do AG 5021381-73.2013.4.04.0000/RS, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região decidiu que “[a] lei que regula o regime de concessão da prestação de serviços públicos autoriza a prorrogação do contrato, com a continuidade da exploração dos serviços concedidos, como forma de indenização dos bens reversíveis ou de eventuais desequilíbrios contratuais⁴”.

*Por derradeiro, a doutrina também admite a prorrogação por reequilíbrio. De fato, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁵ ensina que a*

⁴ 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.

⁵ 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.

19 de outubro de 2018

prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro 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”.

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 estejam presentes os pressupostos específicos da medida⁶ 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 atividade⁷. Nesse caso, o

⁶ Os pressupostos da prorrogação por interesse público são: (i) autorização legislativa; (ii) outorga precedida de licitação pública; (iii) previsão originária 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 PPI – este último pressuposto, exclusivamente para a prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos rodoviário e ferroviário.

⁷ A prorrogação por interesse público pode estar sujeita às mais diversas condições. Exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a redução do valor da tarifa proporcionalmente ao nível de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) a realização de novos investimentos na concessão; (iv) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão; (v) a extinção do caráter de exclusividade da concessão; (vi) a reorganização das áreas de concessão; (vii) a vinculação de parte da capacidade de produção da infraestrutura ao atendimento de determinado grupo de agentes econômicos ou usuários; (viii) a incorporação de novas tecnologias e serviços (acessórios) na concessão; (ix) a solução amigável de grandes conflitos administrativos setoriais; etc.

Opinião

19 de outubro de 2018

contrato de concessão é prorrogado 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 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”.

Neste momento, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. Com efeito, no julgamento do TC 024.882/2014-3, 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 arrendatárias⁸.

*Por sua vez, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público dos contratos de concessão. De fato, **Hely Lopes Meirelles**⁹ ensina que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público “é admitida em nosso direito”, desde que: (i) haja “expressa previsão” no edital de*

⁸ TCU, TC 024.882/2014-3, Órgão Julgador: Plenário, Relator(a): Ministra Ana Arraes, AC 2.200-35/15-Plenário, j. 2/9/15.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação, adjudicação, anulação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 47-48.

19 de outubro de 2018

licitação – a qual “é necessária à correta formulação das propostas”; (ii) exista “interesse para o serviço público”; e (iii) haja “concordância das partes”.

Por fim, vale ressaltar que subespécies de prorrogação por interesse público são: (i) a prorrogação comum; e (ii) a prorrogação antecipada. Ademais, uma e outra podem ter, ou não, caráter premial. Entretanto, trataremos dessas subespécies em outro artigo.

3 Conclusões

Ao fim deste artigo, concluímos que existem 3 (três) espécies básicas de prorrogação; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público – a qual se subdivide em: (a) prorrogação comum e prorrogação antecipada. E, conseqüentemente, resta confirmada nossa hipótese de pesquisa.

The species of prorogation of the public service concession contracts

Abstract: *This article analyzes the theme of the prorogation of the term of validity of public service concession contracts. 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 theme is very great in our Country, at this moment. Therefore, the purpose of this article is to present the species of prorogation of the public service concession contracts. The research hypothesis*

19 de outubro de 2018

is that there are three (3) basic species of prorogation; namely: (i) the emergency prorogation; (ii) the rebalancing prorogation; and (iii) prorogation by public interest. The method of approach of the theme is the deductive, and the method of research, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that there are three (3) basic species of extension, thus confirming the research hypothesis.

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

Lista de referências

MEIRELLES, Hely Lopes. 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.

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. 51-65.

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.

Agradeço à minha família e aos meus colegas do grupo de shortlines.

19 de outubro de 2018

Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

