

JOSÉ JAIR MARQUES JUNIOR

PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

JOSÉ JAIR MARQUES JUNIOR

PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

Nome: MARQUES JUNIOR, José Jair

Título: Prorrogação de concessões de serviços públicos

Versão corrigida em junho de 2016. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

Aprovado em: 11 de abril de 2016.

Banca examinadora:

Prof. Tit. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ . Assinatura: _____

Prof. Tit. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ . Assinatura: _____

Prof. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma Instituição: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP-FGV-SP)

Julgamento: _____ . Assinatura: _____

Marques Junior, José Jair.

Prorrogação de concessões de serviços públicos / José Jair Marques Junior.
Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto -- São Paulo, 2016.

364 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em “Direito do Estado”) –
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Concessão de serviço público. Prorrogação. 2. Tempo administrativo. 3. Regime jurídico. Sistematização. I. Marques Junior, José Jair; Marques Neto, Floriano de Azevedo, orientador. II. Prorrogação de concessões de serviços públicos.

AGRADECIMENTOS

Antes de agradecer a realização do trabalho a quem me auxiliou e me orientou ao longo dos quase quatro anos de luta, seguem as confissões de um aluno inquieto, que continuamente se mostrou desafiado pelos caminhos da pós-graduação.

Confesso ter me questionado da utilidade de me dedicar, num longo período de tempo, às atividades acadêmicas, em detrimento de meu aprimoramento profissional, com os estudos para concurso da magistratura. Ledo engano que, por sorte, tive a oportunidade de superar, em tempo de vislumbrar as qualidades que um estudo científico focado e profundo num determinado tema de conhecimento pode agregar às técnicas de raciocínio jurídico, que, diariamente, tenho a gratidão de praticar.

Confesso, na mesma medida, ter me preocupado com a disponibilidade de tempo a que teria de me propor, em detrimento das minhas relações sociais e familiares. O que restou infundado, visto que consegui lograr manter o contato, saudável, com todos que me quiseram bem e puderam compreender as dificuldades desse longo período enredado em estudo e pesquisa.

Confesso ter vibrado com o comunicado da minha aceitação para ingresso no Programa da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, universidade em que anteriormente havia tido a oportunidade de me graduar e aproveitar para conhecer mentes brilhantes de professores e alunos. Um acerto. Vislumbrei uma grata oportunidade de prosseguir com o intento de me desafiar e instigar os meus limites.

Confesso ter me indagado da pertinência das aulas teóricas do curso da pós-graduação. Mais um equívoco. Salvo poucas ausências justificadas pelo abalo episódico da saúde, tive a oportunidade de ter um comparecimento elevado e interessado ao curso, animado pelas constantes discussões e debates travados nos seminários pelos colegas e pelas ideias transmitidas e provocações instigadas pelos professores altamente qualificados.

Confesso ter me amedrontado com as sazonais reuniões abertas propostas pelo professor orientador em conjunto com os demais orientandos, desde os inícios dos trabalhos. Outra impressão equivocada devidamente superada com a minha análise

presente de que tais encontros foram fundamentais para a criação de vínculos entre os pares, de respeito e de constante questionamento das posições jurídicas defendidas por cada um dos colegas.

Confesso ter visto como uma obrigação institucional e moral, vez que aluno da pós-graduação, de acompanhar as aulas da graduação ministradas pelo professor orientador. Um outro acerto. É fundamental a percepção de que a universidade é um campo fértil para o desenvolvimento e frutificação de ideias que nortearão o futuro do nosso país e, quiçá, do mundo. Para tanto, vejo naturalidade na tomada dessa percepção de que as aulas da graduação, com, na maioria, jovens de seus poucos vinte anos de idade, completam a visão de que poderemos ter, no futuro próximo, novos expoentes e defensores de teorias fundamentais para o aprimoramento da ciência jurídica.

Confesso ter me desanimado, por algumas vezes, com o truncado andamento das pesquisas, por motivos diversos. A confiança da tomada do rumo certo, todavia, fez com que eu tivesse a percepção de que o caminho para a elaboração da dissertação dependia, quase que exclusivamente, da minha responsabilidade e do meu trabalho.

Declaradas essas confissões, é possível dizer, com satisfação, que o trabalho frutificou e pode orientar a interpretação de um tema caro à administração pública brasileira, sobre como encarar, com objetividade e segurança jurídica, decisões de prorrogação de concessões de serviço público.

Reconheço que muitas personagens foram cruciais ao longo do desenvolvimento deste trabalho, de modo que os citarei sem respeito à ordem cronológica dos fatos.

Um dos mais importantes dos agradecimentos é dado à pessoa do meu orientador desde tempos de graduação, Floriano de Azevedo Marques Neto. Fica registrado o respeito em relação à sua pessoa bem como o agradecimento pelo fino trato e disponibilidade imediata para a resolução de minhas inquietações acadêmicas. A inteligência formidável e rapidez de pensamento do grande professor também ficam apontadas como razão do meu crescente – e empolgado – interesse pelo direito administrativo, refundado a partir de suas ideias renovadoras e provocadoras, tendo sido magistral a oportunidade de acompanhá-lo, ao longo de boa parte do curso, nas aulas da

graduação como monitor do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino - PAE, sendo inenarrável a confiança no meu trabalho, como também de presenciar a sua ascensão funcional, com inegável merecimento, a Professor Titular da Cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Aos professores Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza, então recém-ingressantes ao qualificado corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fica meu agradecimento infindável pelas colaborações dadas e questionamentos feitos por ocasião do Exame de Qualificação. Ao primeiro, agrego o inestimável compartilhamento das responsabilidades na administração do curso de graduação ao longo do segundo semestre de 2013, reverenciando-o, ainda, pela astúcia e galhardia com que ministrava as aulas teóricas aos terceiranistas. E ao segundo, faço peculiar distinção pelo garbo e elegância no trato com os alunos, respeitando as suas opiniões e os instigando ao permanente questionamento dos paradigmas tradicionais do direito, e também pelo empréstimo de obra de sua coleção.

Aos professores Edmir Netto de Araújo, Fernando Dias Menezes de Almeida, Fernanda Dias Menezes de Almeida, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Vitor Rhein Schirato, fica o agradecimento pela oportunidade de obter, de suas aulas, o conhecimento técnico indispensável para a elaboração dessa dissertação e também a oportunidade de prestigiar as suas opiniões e teorias indispensáveis para a consolidação de um direito público requalificado na contemporaneidade e que observa, em seu fundamento, o respeito às garantias dos administrados e a adoção da consensualidade na prática administrativa.

Ao Professor Fernando especialmente, congratulo-o pelo sucesso no concurso à cadeira de Professor Titular de Direito Administrativo nesta Faculdade, que pude testemunhar, além de constatar a erudição do trabalho realizado. Ainda registro o agradecimento pela oportunidade única de intercâmbio acadêmico na Faculdade Jean Moulin – Lyon 3, na cidade francesa de mesmo nome, durante uma semana de inesquecível coleta de conhecimento que se agregou ao presente trabalho.

Quanto aos amigos pós-graduandos, faço questão de apontar cinco pessoas determinantes para o sucesso da empreitada da dissertação e dos demais trabalhos acadêmicos a que me incumbi.

A André Rosilho, meu muito obrigado pela objetividade no tratamento dos debates jurídicos que teve comigo, pela disponibilidade em me ouvir, pela parceria firme e inquebrantável, que, certamente, ficará para o futuro.

A Camila Viana, uma gratíssima surpresa surgida ao longo do curso, a quem faço especial reverência pela naturalidade, pela alegria, pela companhia, pela maestria em debater e pelo especial senso de responsabilidade e crítica no desenvolvimento dos trabalhos de orientação no Grupo de Pesquisa sobre o Controle da Administração Pública – GPCAP.

A João Paulo Spörl, o amigo do instinto, adotado como o irmão caçula que não tive, fica registrado o meu muito obrigado pela constante troca de ideias sobre o direito administrativo e pelo companheirismo.

A Juliana Luvizotto, fica anotado o meu agradecimento especial pelas parcerias acadêmicas que fizemos ao longo do curso e pelas trocas de conhecimento possibilitadas pela sua ampla disponibilidade em escutar e habilidade em criticar com precisão os meus devaneios.

A Rafael Hamze Issa, o aluno que foi companheiro do início dos trabalhos, das primeiras monitorias, que me passou a segurança necessária para que eu pudesse exteriorizar os meus pensamentos jurídicos, com a cautela da fundamentação, e a quem, indubitavelmente, posso chamar de amigo fiel. Sua sabedoria é inquestionável, meu caro.

À gama de amigos-alunos com os quais tive oportunidade de dividir os momentos da pós-graduação, em especial Alexandre Carneiro da Cunha Filho, Ana Rita de Figueiredo Nery, André Ferraz, Caio Perez, Gabriel Galvão, Juliana Bonacorsi de Palma, Lívia Wanderley, Maís Moreno, Mariana Chiesa, Marina Cardoso de Freitas, Marina Fontão Zago, Nara Merlotto, Rafael Roque Garofano e Rodrigo Miragaya. A Livia, Maís, Mariana, Marinas, Rafael e Rodrigo, além do André, fica registrado o especial agradecimento por terem me auxiliado com a finalização do projeto para o Exame de Qualificação, numa discussão interminável de sexta-feira à noite, com colaborações inestimáveis para o trabalho final. A Lívia também registro meu agradecimento pela divisão de tarefas em monitoria, com extrema competência e precisão de sua parte. A Alexandre e Ana Rita, juízes que admiro e agradeço pelos debates constantes e pela

confiança na redação de artigo acadêmico, recentemente publicado na obra coletiva sobre as interfaces da crise hídrica e o direito. Ainda o agradecimento aos graduandos-pesquisadores do GPCAP, a quem faço nas pessoas de Tatiane Siqui, Marcela Pedrazzoli, Marcos Ueda, Laís Portilho e Pedro Massola. Fica também registrado o meu agradecimento a Isabel Bossato, que, com a sua personalidade única, sutil e sagaz, colaborou para o bom andamento das monitorias e me presenteou com ótimos momentos de conversa nas minhas visitas frequentes ao escritório do meu orientador.

Ao meu chefe e amigo, distinto Professor e Desembargador Walter Piva Rodrigues, fica registrado o agradecimento pelo incentivo à minha dedicação à academia e pela compreensão pelos momentos em que tive de me ausentar do trabalho para cumprimento das tarefas da pós-graduação.

Aos meus amigos de trabalho no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também aponto minha gratidão, a quem faço nas pessoas de Marina Rodrigues, Juliana Ayres, Rodrigo Barcellos, Ricardo Martos, Suzue Higa, Maurício Abreu, Marcos Schreiner, Renata Viana, Júlia Gavião, Júlia Nobre, Gustavo Fávaro, Luciana Hioki, Jaqueline Ceconi, Fernando Notaroberto, Cristiane Governati, Leonardo Gonzales, Vivian Yugar, Marília Golfieri, Leonardo Vicentin, Lívia Parisotto, Riccardo Silva, Felipe Menezes, Zeus Tristão e Matheus Behrends, pelo carinho e preocupação constante em relação à minha pessoa. A Marina, Lívia, Riccardo, Felipe e Matheus, fica também registrado o agradecimento ao apoio que me deram na reta final dos trabalhos, assumindo responsabilidades minhas no Tribunal ao longo das férias que tive de me valer.

À Marina Silveira e à Juliana Ayres, fica registrado todo um agradecimento especial pela compreensão constante e pela torcida da minha trajetória acadêmica. Também as congratulo por aguentar as minhas ausências, escutar minhas lamúrias e suportar variações de humores decorrentes da assunção das muitas obrigações ao longo desses últimos anos.

Aos meus amigos que a vida em São Paulo me proporcionou, também fica registrada a minha ampla gratidão, Mônica Nakahara, Marcelo Chiode, Lígia Sauer, Gabriel Moreira, Karina Yamashiro, Monica Thomazella, Tiago Panula, Luiz Augusto Tavares Peres, Michele Dantas, Paulo Victor Nakano, Leandro Lovetro, Vitor Polacchini, Vitor Gambassi, Ana Paula Simão, Celisa Bazan, Gabriela Alcoforado, João Múcio

Mendes, João Paulo Sbragia e Ricardo Menegaz, estendido tal agradecimento às suas respectivas famílias, com as quais tenho a oportunidade de conviver.

Aos amigos araçatubenses e biriguienses espalhados pelo mundo e que a vida de São Paulo não deixou esquecer, Caroline Nishi, Elaine Dupas, Érica Yassumoto, João Rafael Vicentini, Laís Rossi, Laura Stanquini, Mariana Boatto e Sérgio Okano, minha eterna gratidão por compreenderem minhas ausências e, quando da minha presença, fazerem me lembrar de que a vida não é só feita de material jurídico.

De Araçatuba, ainda registro um agradecimento especial a Silvia Helena Natal e Antonio Craveiro Junior e a sua família, por terem me auxiliado ao adquirir uma obra em local por mim inalcançável nesse momento de dedicação à pesquisa.

Por último, agradeço a todos os meus familiares, das famílias Brito e Marques, o fazendo nomeadamente nas pessoas dos meus pais José Jair Marques e Mirtes Teresinha de Souza Brito Marques, da minha tia Miriam Pereira Brito e de minha irmã Juliana Cristina Brito Marques.

A Miriam, reconheço ser inestimável o tempo de um semestre que passou comigo longínquo no ano de 2005, em que este recém-calouro ingressava na graduação em direito, na temerosa São Paulo. Sem o seu apoio, temia que eu tivesse retornado logo a minha cidade natal, pois as perspectivas da vila grande eram realmente cruéis para mim. Meu muito obrigado pelo apoio constante e por entender a impossibilidade de visitá-la com a constância que eu desejo.

A Juliana, digo que o mundo lhe espera, ansiosamente, para que aplique a sua ampla capacidade de resolver os problemas, agora como recém-advogada. Prevejo mais do que sucesso ao seu futuro, pressinto que toda a sua habilidade pode, e deve, ser dedicada ao auxílio dos que necessitam a interpretação renovada do direito, integrada pela sua expertise com outras áreas de conhecimento, adquiridas no passado. Obrigado pela paciência, pela compreensão e pelos momentos de destempero que tive e que você fez a questão de reduzi-los a quase nada, pela irrelevância que eles tiveram na nossa relação de irmandade e cumplicidade.

Aos meus pais, em conjunto, agradeço pela estabilidade familiar, moral, sentimental e financeira, que me proporcionaram ao longo da minha vida de estudante e continuam a fazê-lo sem pestanejar.

Ao meu pai, fica o meu agradecimento pelas ligações telefônicas desejosas de saber as novidades da minha dissertação, vigilância essa não encarada como cobrança mas incentivo dos bons, que certamente me fez buscar dar o meu melhor.

À minha mãe, finalmente, registro o agradecimento pela empatia, por toda a sua capacidade de se colocar no lugar das pessoas, de entender como e por que o seu filho ficava quieto, inquieto e irrequieto ao longo desses últimos anos. Acho essa sua habilidade, além de assombrosa, mais importante do que saber ou compreender regras jurídicas: saber compreender o comportamento do ser humano é indispensável para que possamos compreender a aplicabilidade das regras que fazem os homens por imperativos de boa convivência.

RESUMO

MARQUES JUNIOR, José Jair. Prorrogação de concessões de serviços públicos. 2016. 364 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Na sua expressão contemporânea, a concessão de serviço público tem se mostrado um instrumento de gestão estatal buscado com frequência para possibilitar a transferência a particulares da atribuição da execução de função pública prestacional de interesse para a coletividade, assim definida pela Constituição Federal. A par da sua configuração como um contrato, regido pelo direito de regras e princípios e pelas cláusulas contratuais, o emprego da concessão de serviço público ainda enfrenta dificuldades na aplicação de uma das possibilidades de sua dinâmica de mutabilidade, qual seja, a prorrogação dessa concessão de serviço público. A hipótese central do trabalho consiste na verificação de que parte dessa resistência à aplicação consistente da prorrogação como uma técnica contratual decorre da instabilidade das fronteiras de seu regime jurídico. A hipótese propõe a sistematização desse regime jurídico, no contexto da análise do regime jurídico geral vigente das concessões de serviço público e da sua peculiaridade prorrogatória, como uma solução possível para a conferência de previsibilidade e segurança à decisão administrativa que adote a técnica prorrogatória. A prorrogação incide sobre o prazo original de vigência do contrato de concessão e o aumenta, de forma a possibilitar um período superior de exploração do serviço concedido ao concessionário, projetando-se novas obrigações de investimento no novo período. A pesquisa jurisprudencial, da prática administrativa e de textos normativos, legais e contratuais, demonstra que a racionalidade do controle jurisdicional é refratária a tendências legislativas ou administrativas que fixem cláusulas prorrogatórias com finalidades impróprias e que são justificadas pelo descumprimento do tempo administrativo pelos agentes envolvidos na concessão de serviço público. O controle jurisdicional ainda revela deferência do Poder Judiciário na interpretação da eficácia da cláusula contratual prorrogatória. A apresentação de um regime geral da prorrogação das concessões de serviços públicos, numa leitura de sistema, foi apontada como iniciativa positiva e como mecanismo apropriado para a solução da disfuncionalidade da aplicação da técnica prorrogatória.

PALAVRAS-CHAVES:

Concessão de serviço público; prorrogação; prazo; tempo administrativo; duração; concessão; serviço público; técnica contratual; regime jurídico; Constituição Federal (artigo 175); licitação; dever de licitar; discricionariedade administrativa; sistematização; mutabilidade; dinâmica contratual.

RÉSUMÉ

MARQUES JUNIOR, José Jair. Prolongation de la durée des concessions de service public. 2016. 364p. Master – Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2016.

L'expression contemporaine de la concession de service public est consacrée à gestion publique et à la transference aux privés des attributions d'exécution de la fonction administrative de service public ayant comme destination la collectivité des citoyens administrés, ainsi définie par la Constitution Fédérale. La concession de service public est un contrat, régie par le droit de règles et principes et les clauses contractuelles. Il y a des difficultés sur l'application de la concession de service public dans le domaine du prolongement du temps contractuel, dans la pratique dynamique de mutabilité. La hypothèse principal du texte se situe dans la découverte d'une résistance à l'application du prolongement de temps de la concession, qui se justifie en raison de l'instabilité des frontières de son régime juridique. Le but du texte est la proposition d'une systématisation du régime juridique de la concession de service public et de la technique de prolongation de sa durée, afin de conformer ses caractères de prévisibilité et sécurité juridique. Le prolongement est une augmentation de la durée originale du contrat de concession de service public, à fournir au concessionnaire une période de exploration du service public, avec de obligations des investissements. La recherche sur le jurisprudence, la pratique administrative et des textes normatives a prouvé la vision critique et réfractaire du contrôle judiciaire sur la technique du prolongement de la durée des concessions de service publics qui sont extraordinaires à cause des échecs des gouvernements dans la gestion publique des contrats de concessions. Le contrôle judiciaire est aussi favorable à la vue de la protection de l'efficacité de l'acte administratif qui applique la technique de prolongement des concessions de services publics. La présentation d'un régime juridique général du prolongement des concessions, comme un système intégré, est une mesure positive et une mécanisme dédié à résoudre le mauvais fonctionnement de la technique de prolongation de la durée des concessions de service public.

MOTS-CLÉS: concession de service public (délégation de service public – DSP); prolongement; temps; temps administratif; durée; concession; service public; technique

contractuelle; régime juridique; Constitution Fédéral (article 175); procédure de passation; devoir de passation; pouvoir discrétionnaire de l'administration; systématique; mutabilité; dynamique contractuelle.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

AgR – Agravo regimental

AI – Agravo de instrumento

AMS – Apelação em mandado de segurança

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

CBA – Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal 7.565/1986)

CF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DAER-RS – Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul

EREsp – Embargos de divergência em recurso especial

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942)

LGL – Lei Geral de Licitações (Lei Federal 8.666/1993)

LGC – Lei Geral de Concessões (Lei Federal 8.987/1995)

MP – Medida provisória

MP-RS – Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de segurança

PL – Projeto de lei

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ-MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJ-RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ-RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJ-SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF-1ª Região – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

TRF-2ª Região – Tribunal Regional Federal da 2ª Região

TRF-3ª Região – Tribunal Regional Federal da 3ª Região

TRF-4ª Região – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

“Tempo, tempo mano velho falta um tanto

Ainda não sei

Pra você correr macio

Tempo, tempo mano velho, falta um tanto

Ainda não sei

Pra você correr macio

Como zune um novo sedã

(...)

Tempo amigo seja legal

Conto contigo pela madrugada

Só me derrube no final“

“Sobre o tempo”, Pato Fu

Aos meus pais e à minha irmã, com o carinho do filho e irmão que, nesta vida, lhes deve tudo, dedico este trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO 12

RÉSUMÉ 14

LISTA DE ABREVIATURAS 16

PRIMEIRA PARTE – INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA 29

**CAPÍTULO 1 – APRESENTANDO O PROBLEMA: A PRORROGAÇÃO DAS
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO PECULIAR 29**

1.1. Considerações preliminares 29

1.2. Justificativa da relevância do estudo 33

1.3. Metodologia da pesquisa 34

1.4. Hipóteses do trabalho 36

**SEGUNDA PARTE – COMO SITUAR A PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA NA
PRÁTICA DA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 37**

**CAPÍTULO 2 – O TEMPO ADMINISTRATIVO E A CONTRATUALIZAÇÃO COMO
INSTRUMENTO ESTATAL PARA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 37**

2.1. As concessões de serviços públicos na contemporaneidade 37

2.1.1. Concessões como expressão da consensualidade 38

2.1.1.1. Cooperação privada para provisão de infraestrutura pública 40

2.1.1.2. Cooperação dos administrados 42

2.1.2. Concessões como expressão da contratualização 43

- 2.1.2.1. Complexidade dos contratos de concessão 46
- 2.1.2.2. Multiplicidade dos contratos de concessão 47
- 2.1.3. Regime jurídico geral das concessões de serviço público 51
 - 2.1.3.1. Constituição da República Federativa do Brasil (1988) 51
 - 2.1.3.2. Leis Federais 8.987/1995 e 9.074/1995 52
 - 2.1.3.3. Leis Estaduais e Municipais 55
 - 2.1.3.4. Diagnose: vários marcos legais sobre concessões de serviços públicos com uma visão articulada e integrada do instrumento concessório 56
- 2.2. As concessões de serviços públicos e o tempo administrativo 57**

TERCEIRA PARTE – IDENTIFICANDO O REGIME JURÍDICO MÍNIMO DA PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA 63

CAPÍTULO 3 – DINÂMICA DOS PRAZOS E PRORROGAÇÕES DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO 63

3.1. Dinâmica dos prazos nas concessões de serviço público 63

- 3.1.1. Fixação do prazo inicial: marco inicial e termo final 68

3.2. Dinâmica das prorrogações de concessões de serviços públicos 76

- 3.2.1. O conceito jurídico adotado de prorrogação de concessão de serviço público 77
 - 3.2.1.1. Objeto da prorrogação 86
 - 3.2.1.2. Finalidades da prorrogação 87
 - 3.2.1.3. Distinção entre prorrogação e renovação de concessão de serviço público 89
- 3.2.2. Tipologias das prorrogações concessórias 91
 - 3.2.2.1. Quanto aos efeitos produzidos 92
 - 3.2.2.1.1. Prorrogação impeditiva da extinção concessória 93
 - 3.2.2.1.2. Prorrogação modificativa da extinção concessória 94
 - 3.2.2.1.3. Prorrogação alteradora do prazo de vigência 94

3.2.2.1.4. Prorrogação remodeladora do equilíbrio-econômico financeiro da concessão	95
3.2.2.2. Quanto à fonte normativa	99
3.2.2.2.1. Prorrogação legal	99
3.2.2.2.2. Prorrogação contratual	104
3.2.2.3. Quanto à iniciativa	105
3.2.2.3.1. Prorrogação requerida pelo concessionário	105
3.2.2.3.2. Prorrogação determinada pela autoridade estatal	106
3.2.2.4. Quanto ao grau de consenso das partes envolvidas	107
3.2.2.4.1. Prorrogação induzida	107
3.2.2.4.2. Prorrogação consensual	110
3.2.2.5. Quanto à necessidade de manifestação de interesse pela prorrogação	111
3.2.2.5.1. Prorrogação automática	111
3.2.2.5.2. Prorrogação não automática	112
3.2.2.6. Quanto à existência de manifestação das partes contratantes	113
3.2.2.6.1. Prorrogação tácita	113
3.2.2.6.2. Prorrogação expressa	114
3.2.2.7. Quanto ao momento da prorrogação	115
3.2.2.7.1. Prorrogação antecipada ao término da concessão	115
3.2.2.7.2. Prorrogação no advento do término da concessão	116
3.2.2.8. Quanto à onerosidade	116
3.2.2.8.1. Prorrogação gratuita	117
3.2.2.8.2. Prorrogação onerosa	118
3.2.2.9. Quanto ao preenchimento de condições para a sua ocorrência	121
3.2.2.9.1. Prorrogação condicionada	121
3.2.2.9.2. Prorrogação incondicionada	123
3.2.2.10. Quanto ao número de vezes	124

3.2.2.10.1. Prorrogação única 124

3.2.2.10.2. Prorrogação sucessiva 124

3.3. Dinâmica da prorrogação na formação, execução e extinção das concessões. 126

3.3.1. Prorrogação na formação das concessões 127

3.3.2. Prorrogação na execução das concessões 131

3.3.3. Prorrogação na extinção das concessões 132

3.4. Regime jurídico geral das prorrogações de concessões 132

3.4.1. Requisitos para formalização da cláusula prorrogatória 133

3.4.1.1. Previsão em edital de licitação 133

3.4.1.2. Previsão em contrato de concessão 137

3.4.1.3. Previsão em lei autorizativa 138

3.4.1.4. Previsão em regulamento 139

3.4.1.5. Aceite da parte contratante 139

3.4.2. Hipóteses para ativação da cláusula prorrogatória 140

3.4.2.1. Garantia à continuidade e adequação da prestação do serviço público 140

3.4.2.2. Desinteresse da administração pública pela prestação direta 141

3.4.2.3. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão 142

3.4.2.4. Recuperação, pelo concessionário, de investimentos não amortizados ou depreciados 142

3.4.2.5. Fase temporária de preparo para licitação futura 143

3.4.2.6. Licitação deserta ao fim do prazo da concessão 143

3.4.3. Hipóteses de recusa de ativação da cláusula prorrogatória 144

3.4.3.1. Retomada da execução do serviço pelo poder concedente 144

3.4.3.2. Descumprimento dos deveres de concessionário 145

3.4.3.3. Descumprimento de condições pactuadas para a prorrogação 146

3.4.3.4. Alegação de inadimplemento do poder concedente 146

- 3.4.3.5. Continuidade da prestação indireta e relicitação 146
- 3.4.4. Critérios de aferição da qualidade da decisão 147
- 3.4.5. Invalidação da cláusula prorrogatória 147
- 3.4.6. Regime de responsabilidade dos agentes envolvidos na ativação ou recusa de ativação da prorrogação concessória 148
 - 3.4.6.1. Âmbito administrativo 148
 - 3.4.6.2. Âmbito civil 149
 - 3.4.6.3. Âmbito penal 149

3.5. Prorrogação de concessões e seu processo 150

- 3.5.1. Devido processo legal administrativo 150
- 3.5.2. Entidades competentes para conduzir o processo 151
- 3.5.3. Momento da instauração do processo 151
- 3.5.4. Participação dos administrados 152
- 3.5.5. Participação dos órgãos de controle 153

3.6. Conclusões parciais 153

CAPÍTULO 4 – O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO 155

4.1. Considerações preliminares 155

- 4.1.1. Controle jurisdicional dos atos e contratos administrativos 155
- 4.1.2. Metodologia de pesquisa adotada 159
- 4.1.3. Antecedentes históricos e postura atual dos setores regulados selecionados 161
 - 4.1.3.1. Concessões em transportes terrestres 163
 - 4.1.3.2. Concessões de energia elétrica: geração, transmissão e distribuição 174
 - 4.1.3.3. Concessões em saneamento básico 191

4.2. Exame da jurisprudência: Tribunais Superiores 196

- 4.2.1. Supremo Tribunal Federal (STF) 196

4.2.1.1. ADI 118-3-MC/PR	198
4.2.1.2. ADI 1.827/SP	202
4.2.1.3. ADI 2.005-MC/DF	204
4.2.1.4. ADI 1.582/DF	206
4.2.1.5. HC 84.137/RS	209
4.2.1.6. ADI 3.521/PR	212
4.2.1.7. AI 811.212-AgR/RS	218
4.2.1.8. AgRg no RE 412.921/MG	220
4.2.1.9. AgRg no AI 782.928/RS	223
4.2.1.10. AgRg no RE 603.530/MT	226
4.2.1.11. AgRg no RE-Ag 805.715/PE	231
4.2.2. Superior Tribunal de Justiça (STJ)	234
4.2.2.1. AgRg no REsp 1.370.119/RJ	236
4.2.2.2. AgRg no EDcl da SLS 1.437/PR	237
4.2.2.3. EREsp 1.079.126/RS	239
4.2.2.4. REsp 548.410/PE	241
4.2.2.5. MS 20.432/DF	242
4.3. Exame da jurisprudência: Tribunais Regionais Federais	249
4.3.1. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3ª Região)	251
4.3.2. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4ª Região)	252
4.4. Exame de jurisprudência: Tribunais de Justiça Estaduais	253
4.4.1. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG)	256
4.4.2. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ)	258
4.4.3. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS)	259
4.4.4. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)	260
4.5. Conclusões parciais	261

- 4.5.1. Reserva da iniciativa, do Poder Executivo, para definição abstrata da prorrogação em lei 262
- 4.5.2. Reserva de administração para a definição concreta da inclusão ou ativação da prorrogação em contrato de concessão 262
- 4.5.3. Tendência de questionamento posterior à produção de efeitos da prorrogação concessória 263
- 4.5.4. Relação intrínseca entre dever de licitar prévio à contratação de concessões, alteração de marco constitucional e previsão de cláusula prorrogatória nos contratos anteriores à CF/88 264
- 4.5.5. Conflito entre dever de licitar posterior ao encerramento das concessões, retomada da prestação de serviço e a ativação da cláusula prorrogatória 264
- 4.5.6. Legislações editadas com prorrogações impróprias do prazo de vigência da concessão e assimilação de regime jurídico exclusivo das prorrogações próprias 265
- 4.5.7. Conclusões parciais - encerramento 270

**QUARTA PARTE – PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DE REGIME
JURÍDICO GERAL DAS PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES DE SERVIÇO
PÚBLICO 273**

**CAPÍTULO 5 – PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS PRORROGAÇÕES
CONCESSÓRIAS EM UM REGIME JURÍDICO GERAL 273**

5.1. Considerações preliminares 273

5.2. Aliar a prorrogação da concessão a técnicas de desempenho estatais 275

5.2.1. Técnica do planejamento estatal 276

5.2.2. Técnica legislativa 279

5.2.3. Técnica regulatória 284

5.2.4. Técnica contratual 286

5.2.5. Técnicas de controle 288

5.3. Incidência de critérios objetivos e transparentes para dimensionar prazos e estruturar prorrogações 289

5.4. Métodos de complementação hermenêutica e comunicação entre os setores regulados 292

5.5. Incentivo à técnica da normatividade contratual como válvula às lacunas legislativas 294

5.6. Categorização dos direitos subjetivos dos concessionários em normas jurídicas 294

5.7. Como enquadrar a prorrogação das concessões de serviço público com instrumentos afins 297

5.8. Prospecção de mecanismos periódicos de revisão dos contratos 299

5.9. Respeito às especificidades dos setores regulados 301

5.9.1. Prorrogações de concessões em transportes 302

5.9.1.1. Transportes aquaviários 302

5.9.1.2. Transportes aeroviários 304

5.9.2. Prorrogações de concessões portuárias 312

5.9.3. Prorrogações de concessões em telecomunicações 315

5.9.4. Prorrogações de concessões de radiodifusão 320

5.10. Modificações de marcos regulatórios e impactos nos contratos de concessão 326

5.11. Conclusões parciais 327

**QUINTA PARTE – VIABILIZAR E IMPLEMENTAR A PROPOSTA DE
SISTEMATIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO GERAL DAS PRORROGAÇÕES
DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS 329**

CAPÍTULO 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS 329

6.1. É possível afirmar pela existência de um regime jurídico geral de prorrogação de concessões de serviço público 329

6.2. É possível afirmar pelo sucesso na sistematização desse regime jurídico geral aplicável às técnicas de prorrogação de concessão de serviço público 331

6.3. Há necessidade de aperfeiçoamento do regime contemporâneo 334

6.3.1. Propostas de alteração legislativa 334

6.3.2. Propostas de alteração da prática administrativa 340

6.4. Como enfrentar o desafio das particularidades dos regimes setoriais 341

6.5. Como solucionar as possíveis antinomias no emprego da técnica da prorrogação concessória 341

6.6. Conclusões finais 344

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 346

PRIMEIRA PARTE – INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

CAPÍTULO 1 – APRESENTANDO O PROBLEMA: A PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SEU REGIME JURÍDICO PECULIAR

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na concepção dos ideais remotos desse presente escrito, pude contemplar, como espectador, a edição de uma Medida Provisória, pelo Governo Federal, na qual havia a especificação de uma proposta de redefinição de um marco regulatório, relevantíssimo para os rumos do desenvolvimento nacional.

Tratava-se do setor de energia elétrica.

A Medida Provisória 579/2012, que posteriormente viria a ser convertida na Lei 12.783/2013, pretendia a repactuação de uma série de contratos de concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, que estavam com os seus prazos de vigência originários a expirar, ou expirados, desde meados da década de 2000 até meados da década de 2010.

A opção do Governo Federal foi veicular essa repactuação dos contratos de concessão por meio de uma “prorrogação” concessória, segundo a nomenclatura empregada pela lei destacada.

A partir do estranhamento inicial com a aparente busca de eficácia imediata das regras e o detalhamento com que a norma estava sendo editada, confesso ter vislumbrado e assumido, a partir desse momento, o desafio que estava prestes a enfrentar, de encarar na perspectiva de uma investigação acadêmica uma das atividades mais relevantes da administração pública, o exercício da sua função prestacional de serviço público, a partir do recorte da técnica de prorrogação dos contratos de concessão de serviço público, numa perspectiva geral.

A concessão de serviço público hoje constitui, sem sombra de dúvida, um instrumento de excelência da ação administrativa. Sobejam justificativas para a conferência de tal distinção. Poderíamos eleger, desde já, a circunstância de se tratar um instrumento com uma normatividade aberta e flexível, de viés participativo, que demanda, para a sua regular eficácia, a participação ampla e atenta de todos os agentes que estão, ou

ainda serão, impactados pelas disposições do pacto concessório. Outro motivo aplicável seria o prestígio de uma cultura contratual, negocial, na busca de auxílio da iniciativa privada, em seus métodos de gestão e especialização no trato empresarial, de que a administração pública contemporânea tem buscado se valer para por em marcha o desenvolvimento econômico, o estabelecimento de infraestruturas, a manutenção e melhoramento de utilidades e serviços públicos destinada para a melhoria das condições de vida da coletividade.

Uma justificativa, todavia, nos parece determinante, para a elevação da concessão de serviço público a um papel de destaque na contemporaneidade: o ressurgimento da própria formulação conceitual da concessão e da redescoberta e adaptação ao cumprimento de novos objetos e novas finalidades públicas¹.

O instrumento da concessão de serviço público tem histórico de longa data, sendo relevante destacar que os seus contornos modernos foram se revelando a partir da redefinição da atividade prestacional do Estado. Serviços públicos se restringiam ao desempenho de funções de polícia, em que a administração pública realizava defesa externa das fronteiras e segurança interna. Foram evoluindo os serviços públicos na medida da assunção, pela administração pública, de novos encargos de natureza social e econômica, exigindo a adaptação das funções da administração a atividades que, até então, eram desempenhadas com exclusividade, em regime de livre mercado, pelos particulares. Nesse período, o instrumento que era utilizado pela administração pública para a delegação da execução desses serviços públicos a particulares era a concessão de serviço público, em que se carreavam ao privado os riscos do empreendimento, inclusive, de seu financiamento. Num ponto seguinte da evolução, com aumento da interferência do Estado na disciplina da delegação e da vida da empresa concessionária, o Estado foi compelido a participar dos riscos do contrato, mediante a adoção de regras de preservação do equilíbrio econômico do contrato para garantir a continuidade do serviço, o que reduziu o interesse

¹ Em trabalho de referência sobre o tema das concessões em sentido amplo, Floriano de Azevedo MARQUES NETO defende a tese de que a concessão, como instituto fundamental do direito administrativo, constitui arranjo apropriado para se determinar cometimentos públicos, atividades ou direitos especiais, à esfera de responsabilidade dos particulares, na perspectiva de engajamento e colaboração para o atendimento de objetivos e finalidades públicas. A concessão, ainda sob a visão de MARQUES NETO, teria sido um instrumento requalificado conjuntamente com a evolução do Estado de Direito e do direito administrativo, continuamente impactado pelo surgimento de novas teorias que abalaram o direito administrativo e a forma da gestão pública, a exemplo das teorias da responsabilidade do Estado, a regulação e a proteção do cidadão usuário de utilidades públicas. Em: Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25-34.

no uso desse instrumento, restando-o modificado por outras formas de prestação de serviço pelo próprio Estado, mediante descentralização a empresas públicas. Somente num momento de superação desse paradigma, da prestação do serviço público por entidades estatais, na onda da desestatização das décadas de 1980 e 1990, sobreveio o momento adequado para a redefinição da concessão de serviço público como instrumento de delegação de atividades públicas aos privados, com possibilidade de cumprimento de múltiplos objetos concedíveis e variadas finalidades, robustecidos pela ampla possibilidade de regulação contratual e de regulação independente por órgãos reguladores².

O serviço público pode ser considerado de titularidade estatal, compreendido como integrado ao rol de suas obrigações constitucionais de provisão, mas a prestação direta de tais serviços pelo Estado, sobretudo pelas entidades estatais criadas por lei para o cumprimento dessa finalidade, tende a não se assimilar à tônica da subsidiariedade³, elevada como pauta de atuação predominante ao Estado nas atividades econômicas reservadas aos particulares e preceituada no artigo 173 da Constituição Federal de 1988⁴.

A tendência do passado próximo, portanto, condiz com o duplo movimento da redução do tamanho do aparelhamento estatal e do renovado e preferencial estímulo da contratação de concessão com particulares para a prestação de serviços públicos.

Sob essa perspectiva de revalorização do instrumento da concessão como meio hábil e prioritário para a delegação da execução de serviços públicos aos particulares, reproduz-se um interesse coletivo em se definir a exata consistência jurídica de uma decisão tomada para se determinar prorrogação de tal concessão de serviço público e, por

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53-61.

³ Como afirma Carlos Eduardo Bergamini CUNHA, “atualmente o critério de subsidiariedade que trata das relações indivíduos/Estado parte do pressuposto de que as instituições sociais prescindem do Poder Público para atingir seus objetivos. (...) [A] subsidiariedade acaba funcionando como uma espécie de mecanismo de descentralização, no sentido de privilegiar as funções da entidade menor em relação à entidade maior. (...) No que respeita às relações estatais, [a subsidiariedade] trata-se de instrumento de acomodação de conflitos entre interesses públicos e privados, configurando uma espécie de proteção à esfera individual de intervenções do Poder Público que se mostrem desnecessárias e, portanto, ociosas”. Em: A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do Estado na economia: definição e instrumentalização. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

reflexo, a preservação e extensão do vínculo entre concessionário e poder concedente a fim de garantir a permanência da prestação do serviço público concedido.

Na mesma medida em que atribuir uma concessão de serviço público confere um tratamento preferencial a um concessionário, que passa a portar uma série de prerrogativas e responsabilidades de natureza pública, prorrogar o pacto concessório significa confirmar essa qualidade, projetando-a, no mais das vezes, a um longo prazo.

Implicações das decisões pela negativa da prorrogação, ou de seu deferimento, tendem a afetar não só o poder concedente e os particulares interessados na prestação do serviço, o atual concessionário ou os possíveis licitantes em caso de futura relicitação do serviço, mas, notadamente, os usuários, para quem, na última instância, se busca a garantia da continuidade da prestação do serviço público.

A doutrina, por sua vez, se manifesta em parcela majoritária no sentido de considerar possível, mas não de utilização obrigatória, a previsão de prorrogação do prazo contratual da concessão de serviço público, desde que preceituada no edital convocatório e no contrato de concessão respectivo, na linha de interpretação quase-literal do artigo 23, inciso XII, da Lei Federal 8.987/95 em conjunto com o artigo 175 da Constituição Federal de 1988.

Nesse andar caminham Antônio Carlos Cintra do AMARAL⁵, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁶ e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁷.

Afigura-se-nos essencial determinar, na esteira do debate do estímulo à maior participação e colaboração privada na execução de serviços públicos, da oscilação de um papel autoritário a consensual da administração pública e da própria redefinição do instituto da concessão de serviço público, se há a viabilidade de a técnica de prorrogação das concessões possuir os seus regramentos devidamente contemplados num regime jurídico geral dotado de previsibilidade e estabilidade. Ou se tal exigência de um regime jurídico mínimo geral seria demasiada, ou tendente à inefetividade, em virtude da multifária exposição dos pactos concessórios na realidade prática da administração pública.

⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 88.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 716.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116-118.

1.2. JUSTIFICATIVA DA RELEVÂNCIA DO ESTUDO

A justificativa da relevância do estudo pode ser embasada em três argumentos: (i) a atualidade do tema; (ii) profusão legislativa sobre as prorrogações de concessão; (iii) e a incipiência e raridade dos debates retro e prospectivo sobre a definição da prorrogação concessória como uma prática reiterada e institucionalizada da administração pública.

O trabalho, a princípio, pode ser justificado pela atualidade manifesta do tema, que vem exigir parâmetros seguros e sistematizados para a compreensão e aplicação da prorrogação das concessões de serviço público.

A título exemplificativo, priorizado na esfera de competência federal, consta recente iniciativa do Poder Executivo federal, ora em andamento, de por em prática um programa de concessões, que irão abranger setores de portos, aeroportos, rodovias e ferrovias. Reportagem do sítio eletrônico da IstoÉDinheiro registra que *“serão mais de cinco mil quilômetros a ser transferidos para o setor privado, só de rodovias, (com) valores envolvidos (que) podem superar os R\$ 50 bilhões arrecadados na privatização da telefonia, a preços de hoje (...) (ao motivo de que) Dilma quer acabar com o chamado custo Brasil, um dos principais entraves ao crescimento do País”*⁸.

Não bastasse a tendência do governo federal de adotar, como instrumento de gestão dos serviços públicos, os contratos de concessão, exhibe-se outra circunstância prática no sentido de que um grande número de concessões tem seu prazo expirado ou a expirar nos últimos e próximos anos, em vários setores, justamente em decorrência da reestruturação provocada no período de desestatização dos anos 1990 e da remodelagem teórica do próprio instituto da concessão posta em prática pela Constituição Federal de 1988.

A contínua modificação e especialização de marcos regulatórios põe-se como um problema à sistematização das regras da prorrogação de concessões em um

⁸ GIANINI, Flávia; ROSSI, Marina. Dilma lança maior pacote de concessões. Disponível em: <http://guilhermebarros.istoedinheiro.com.br/2012/08/11/dilma-anuncia-maior-plano-concessoes-desde-a-privatizacao-da-telefonia/> Acesso em: 23 de outubro de 2012.

regime jurídico geral. Podemos vislumbrar que a ordem jurídica vigente não se revela consolidada, estando permeável a interferências e alterações casuísticas decorrentes do sistema democrático. Fato que parece vem impedindo um estável assentamento de suas disposições. Organizar a multiplicidade de leis, decretos, atos normativos e regulamentares sobre a matéria torna-se, portanto, um objetivo primordial do trabalho.

Outra justificativa consiste na relativa incipiência do debate propositivo para a solução dos entraves burocráticos e legais e das incertezas jurídicas para se deliberar pelo sim ou pelo não no temário das prorrogações concessórias.

De igual modo, ainda não há jurisprudência sedimentada, ao menos nas instâncias superiores, que abarque toda a gama de situações fáticas dos serviços públicos concedidos.

A doutrina, um pouco mais avançada no assunto, até porque naturalmente instada pela produção conflitante de respostas dos diversos atores na decisão pela prorrogação dos prazos das concessões, ainda não reúne numerosos trabalhos voltados ao tema.

Em resumo, a prorrogação de concessão de serviço público não ostenta, por ora, uma definição clara sobre os seus limites, instaladas proeminentes divergências sobre o seu campo de aplicação, o que traz, como efeito, a postura de estado dubitativo da legitimidade da ação da administração pública positiva ou contrária à prorrogação concessória.

1.3. METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia será decorrente do emprego de duas frentes de trabalho.

Uma primeira frente será voltada à análise crítica de textos normativos e doutrinários que tratam a respeito da concessão de serviço público e de suas particularidades relacionadas à prorrogação de serviço público. A finalidade principal da dedicação nesse primeiro momento é estabelecer uma conceituação possível à prorrogação concessória. Num segundo passo, o objetivo será visualizar o balizamento e as fronteiras do regime jurídico aplicável às atuais concessões de serviço público identificando as

consolidações e alterações normativas relevantes realizadas principalmente com o advento do novo marco constitucional e que foram, em parte, responsáveis pela reconfiguração do instituto da concessão de serviço público – e, sobretudo, da prorrogação do seu prazo de vigência – como um modelo da ação administrativa contemporânea.

A segunda frente de trabalho terá por objetivo a análise da prática, tanto a jurisprudencial, quanto a da própria administração pública, por meio de análise de acórdãos em processos judiciais e contratos de concessão mediante a avaliação da aplicação da técnica prorrogatória às concessões de serviço público.

No aspecto do controle jurisdicional, presumimos a viabilidade do estudo mediante a filtragem de acórdãos que tenham, direta ou mediamente, tratado a respeito da previsão abstrata, concreta ou ativação das soluções prorrogatórias pelo Poder Público. Para o cumprimento de tal objetivo, a técnica de pesquisa a ser utilizada será dividida em fases. Numa etapa inaugural, haverá o rastreamento dos acórdãos mediante a combinação de palavras-chave em sítios eletrônicos de tribunais nacionais. São eleitas como predominantes as seguintes palavras-chave: “concessão de serviço público”, “prorrogação”, “concessão”, “serviço público”, sendo admitidas as fórmulas que combinem esses resultados, mediante os parâmetros “booleanos” “e” e “ou”, estando sempre presente na solução combinatória a palavra-chave “prorrogação”. Sequencialmente, os acórdãos serão criteriosamente selecionados por amostragem, para exibir os casos analisados de maior relevância para a compostura de uma conclusão possível sobre a intervenção do Poder Judiciário sobre a prorrogação da concessão de serviço público.

Por outro lado, a análise dos contratos firmados pelo poder concedente, selecionados de acordo com os setores regulados especificados (transportes terrestres, saneamento básico, energia) e também selecionados por amostragem, terá por objetivo vislumbrar como a aplicação da técnica prorrogatória vem sendo utilizada pelo poder público e quais os critérios vêm sendo ponderados na parametrização de prazos e prorrogações concessórias.

1.4. HIPÓTESES DO TRABALHO

O trabalho será orientado para o teste de uma hipótese central e algumas hipóteses acessórias, essas apresentadas em razão da sua relevância para a definição da resposta ao questionamento nuclear.

Colocamos como hipótese central o seguinte apontamento: a prorrogação da concessão de serviço público observa regime jurídico geral próprio, mínimo e especializado às suas particularidades em comparação à própria concessão de serviço público, sem que ele esteja, até o momento, adequadamente sistematizado.

Como decorrência do detalhamento da hipótese central, questionamos se esse regime jurídico mínimo geral respeita uma regra de manifestação plural ou única, ou seja, existe um ou existem vários regimes jurídicos gerais mínimos aplicáveis às prorrogações das concessões de serviço público. Explicamos o contraponto, ao expor a conhecimento a realidade da multiplicidade da regulação setorial existente na realidade brasileira.

A propósito das hipóteses acessórias, serão consideradas as três seguintes orientações:

a) integrando o regime jurídico mínimo, a prorrogação da concessão de serviço público deve ser precedida de uma contratação da concessão que tenha observado uma licitação prévia, ponderada esta como regras de seleção do concessionário com respeito à impessoalidade e igualdade dos interessados;

b) vigora, num regime jurídico mínimo, a regra da improrrogabilidade da concessão de serviço público, constituindo a prorrogação uma medida eventual;

c) o Poder Público, na manifestação de cada ente político concedente, pode se valer da competência legislativa a fim de estabelecer, em abstrato, hipóteses prorrogatórias de contratos de concessão, autorizadoras, restritivas ou proibitivas das prorrogações.

Referidas hipóteses estão sujeitas ao teste de sua pertinência, mediante a ampla e crítica análise interpretativa das fontes jurídicas que impactam a temática das prorrogações de pactos concessórios de serviço público.

Prosseguimos com a exposição do trabalho.

SEGUNDA PARTE – COMO SITUAR A PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA NA PRÁTICA DA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

CAPÍTULO 2 – O TEMPO ADMINISTRATIVO E A CONTRATUALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO ESTATAL PARA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1. AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONTEMPORANEIDADE

Como etapa para se chegar ao núcleo da dissertação – o problema das prorrogações concessórias –, reputa-se conveniente tratar de três temas preliminares: a centralidade em que o instrumento da concessão de serviço público se posiciona entre as possibilidades da atuação administrativa contemporânea, a relevante interface das concessões com o tempo administrativo e o regime jurídico geral de concessões de serviço público.

O segundo passo citado terá por objetivo revelar a interconexão entre o tempo administrativo e a concessão: concessões, apoiadas em sua natureza contratual, seguem uma dupla lógica de tempo das escolhas administrativas e de aprazamento, pressupondo o prospectivo planejamento estatal em determinado serviço público que lhe serve de objeto e influi sobre a duração da dinâmica recíproca de direitos, públicos e privados, enfeixados no pacto concessório.

O terceiro passo, por sua vez, cumprirá com o objetivo de delinear o ponto de partida do teste da hipótese de trabalho, a repercussão de regime jurídico especializado à prorrogação de concessão de serviço público, mas também de características genéricas, de modo a oferecer à prorrogação concessória os nortes normativos para a sua definição enquanto técnica de modulação contratual.

Começaremos por demonstrar, num primeiro passo, que a concessão de serviço público contemporânea tende a representar um destacado instrumento de exteriorização tanto da consensualidade quanto da contratualidade administrativas.

2.1.1. CONCESSÕES COMO EXPRESSÃO DA CONSENSUALIDADE

Historicamente, a administração pública foi organizada como o aparelhamento estatal necessário à concretização dos atos praticados pelo Poder Executivo. O poder se concentrava sobre a figura do Estado, sem possibilidade de oposição dentro dos limites de seu território, em nome da soberania. Atos administrativos eram concebidos em sua feição unilateral, propostos num sentido vertical. Emanavam da autoridade pública, situada num *locus* superior e que portava a competência para agir. Dirigiam-se – ou melhor, afetavam – destinatários situados numa posição de inferioridade, de sujeição juridicamente estabelecida, haurida do princípio da legalidade estrita. A lei, como fonte formal de contenção ao poder concentrado, determinava os limites da atuação da administração pública. Em época da formação dos Estados modernos constitucionalistas na Europa continental, em meados do século XVIII e início do século XIX, tais destinatários eram considerados *súditos*, que se submetiam à ação imperativa dos administradores públicos. O desnivelamento de posições jurídicas justificava a força – e a consequente aceitação – das decisões administrativas, até porque havia a percepção de que esse modelo de determinação estatal teria como resultado a garantia dos interesses públicos, gerais, da coletividade, revelados sob a forma de prestações públicas de serviços e preservação da segurança e paz institucional⁹.

O direito administrativo foi especializado sob influência desse tensionamento, expressão do poder, decorrente da manifestação soberana do Estado, e seu refreamento, provocado pelas garantias e liberdades individuais que vinham sendo normativamente reconhecidas em favor dos cidadãos. Extraíam-se mecanismos que garantem ao Estado concretizar, em medidas finalísticas, o seu poder de forma efetiva, como o poder de polícia sobre as atividades desempenhadas pelos particulares, enquanto simultaneamente outros mecanismos e privilégios são observados aos populares.

A introdução do consenso na lógica administrativa não decorreu de forma a representar ruptura do paradigma do ato administrativo-imperativo. Quanto o mais, decorreu de uma evolução prática de uma administração pública rotulada como autoritária, para uma administração pública interventiva, participativa, infensa à gestão

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Fundamentos e Conceituação das PPP”. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-29.

democrática de seus meios, recursos e modos de atuação e à compostura dos interesses públicos e privados.

Odete MEDAUAR, apoiada em escrito do autor francês Jean RIVERO, bem sintetiza esse movimento de transição numa expressão, o “pleito por uma democracia completa”, indicando que não basta à apreensão da legitimidade da ação administrativa a existência de uma democracia de investidura – a partir da qual o governante é eleito por meio de sufrágio universal. Compreende necessária à democracia completa a estruturação de uma democracia de funcionamento, com impacto sobre o modo de exercício do poder. A administração, antes distanciada dos cidadãos e particulares, deles passa a se aproximar, com consideração sobre a situação da sociedade civil, a visualizando e a ouvindo, por meio de indivíduos isolados ou em agrupamentos associativos. Desse novo modelo proposto por MEDAUAR, abre-se espaço à reflexividade e à cooperação dos particulares, mediante a adoção de práticas de negociação, acordo, busca pelo consenso, mediação de conflitos, em suma, estruturando-se a ponderação dos vários interesses postos em conflito numa determinada situação a ser resolvida pela administração pública.¹⁰

Fernando Dias Menezes de ALMEIDA diagnostica que essa opção pelos mecanismos de consenso, com a consecução uma Administração Pública concertada ou consensual, não constitui fato inédito na história. Uma adoção de mecanismos consensuais e variações do uso das prerrogativas da Administração, para ALMEIDA, está sujeita à dinâmica da evolução do Estado do Direito, comportando o exemplo em que momentos de instabilidade institucional e de risco de conflitos poderiam induzir comportamentos de reforço de autoridade e poder dos Estados, em detrimento da adoção consensual. A novidade relativa dessa movimentação pró-consenso estaria fundada na “intensidade” com que a Administração está voltada a se valer desses mecanismos de atuação para o desempenho de sua função administrativa. Essa circunstância é tratada não só na opção legislativa pela criação e definição das figuras consensuais, mas também na abertura dada pela lei para potencializar o efeito de “criação normativa derivado do princípio da autonomia”, próprio a instrumentos consensuais tais como os contratos administrativos. ALMEIDA conclui que as consequências mais diretas desse diagnóstico consistem na previsão de diversos regimes legais para os vários tipos de contratos administrativos,

¹⁰ MEDAUAR, Odete. “Notas sobre a contratualização na atividade administrativa”. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 1, n. 1., p. 241-249, mar./ago. 2012.

garantindo um respeito às suas especificidades, e na maior flexibilidade ao administrador para acordar as prerrogativas da Administração Pública, ponderando-se a natureza do objeto contratual¹¹.

Daí, a partir das novas exigências sociais, da elevação do novo sistema de garantias e direitos fundamentais exponenciado pela Constituição Federal de 1988, avalia-se a subsistência de um modelo que expõe a técnica contratualizada, baseada na consensualidade e na colaboração privada, como um modelo legítimo de ação administrativa, de robustez bastante evidenciada nos tempos contemporâneos, não só com o aparecimento de novas figuras contratuais, mas também pelo reflorescimento dos contratos administrativos até então existentes.

Podemos aludir a dois tipos de cooperação buscados nessa prática contratual: a cooperação privada destinada à provisão da infraestrutura pública e a cooperação privada dos administrados em geral, destinatários mediatos e imediatos dos serviços públicos.

2.1.1.1. COOPERAÇÃO PRIVADA PARA PROVISÃO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA

Ao longo da história, sempre subsistiram incentivos, propostos principalmente pelas leis de organização da administração pública, à participação privada na concepção de negócios, construção, manutenção e exploração econômica da infraestrutura pública¹².

O Decreto-lei 200/1967 define a descentralização administrativa como uma diretriz e princípio fundamental da organização da administração pública federal (artigo 6º, inciso III)¹³. De acordo com o referido decreto-lei (artigo 10, *caput* e

¹¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática”. Em: Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

¹² Confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos. Em: Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, jun. 2013.

¹³ Além da descentralização, o Decreto-lei 200/1967 fixa que as atividades da administração pública federal devem obediência a outros quatro princípios fundamentais: planejamento, coordenação, delegação de competência e controle (artigo 6º e incisos).

parágrafos), a execução das atividades da administração pública deve ser *amplamente* descentralizada, a indicar a opção legislativa pela distribuição, para agentes públicos e privados, da responsabilidade pelo cumprimento das missões e competências relativas à função administrativa.

A descentralização opera em três planos principais. O primeiro plano se situa na perspectiva interna dos próprios quadros da administração pública federal, mediante a subdivisão de tarefas entre órgãos de direção e órgãos de execução. Os órgãos de direção reúnem atribuições afetas a atividades de planejamento, supervisão e controle, e os de execução se dedicam à formalização dos atos administrativos concretos, com proximidade ao administrado.

Já o segundo plano se identifica pelo deslocamento de atribuições da administração federal em direção a outras unidades da Federação, indicando a lei que essa transferência deve ocorrer quando essas entidades federadas estiverem devidamente aparelhadas e mediante a celebração de convênio.

O terceiro plano, que interessa ao objeto do presente trabalho, concerne à atribuição das funções administrativas à órbita dos administrados particulares, por meio de atos administrativos unilaterais ou a celebração de contratos.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO categoriza essa última hipótese como *descentralização por colaboração*: explica se tratar de transferência da gestão e exploração de determinado serviço público, por acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, a pessoa jurídica de direito privado, com a manutenção da titularidade desse serviço pelo poder público. Nessa hipótese, segundo DI PIETRO, “o Estado conserva a titularidade do serviço, só transferindo a sua execução [fato que lhe] permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução, e de retomá-lo antes do prazo estabelecido; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, porque o poder público é que detém a titularidade do serviço”¹⁴.

As justificativas legais para a ampla descentralização por colaboração consistem, em conjunto, (i) na concentração de esforços da administração pública a tarefas

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-51.

de planejamento, coordenação, supervisão e controle, (ii) no impedimento do crescimento desmesurado da máquina administrativa e (iii) na precisa referência de que a administração pública deve buscar, sempre que possível, a execução indireta dos serviços públicos mediante contrato, “*desde que exista, na área iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução*” (artigo 10, § 7º, Decreto-lei 200/67).

Existente o imperativo legal, cabe à administração pública, no manejo dos instrumentos de consenso, propor aos particulares o compartilhamento das responsabilidades e atribuições no exercício da função pública, no caso, as que podem ser objeto de delegação e cometam a prestação de um serviço público, com a eficiência, inovação e presteza ditas como apropriadas da iniciativa privada.

2.1.1.2. COOPERAÇÃO DOS ADMINISTRADOS

A concessão de serviço público não se esgota numa relação jurídica bilateral, entre poder concedente e concessionária.

Ainda que a disciplina contratual seja acertada, a princípio, entre concedente e concessionário, partindo da delimitação proposta no procedimento impessoal de escolha (normalmente, uma licitação pautada pela Lei Geral de Concessões), o conteúdo do contrato de concessão, sobretudo a fixação das obrigações de concedente e o concessionário, deve observância clara às exigências da prestação de um serviço adequado e contínuo à coletividade e, especificamente, aos usuários.

O usuário, por sua vez, porta direito subjetivo contra a concessionária e o poder concedente, para que as suas demandas por um serviço público contínuo e universal sejam devidamente atendidas, especialmente para o cumprimento dos seus direitos arrolados na Lei Geral de Concessões¹⁵.

¹⁵ “Capítulo III DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Os administrados em geral também podem exercer um papel integrativo desse contrato de concessão, seja ao oferecer contribuições prévias ao contrato, sob a forma técnica (mediante a apresentação de estudos, investigações e projetos, autorizados pelo poder concedente) ou de opinião cidadã (por meio das audiências e consultas públicas preparatórias à licitação). Assim, a participação do administrado no contrato de concessão não se encerra na figura de destinatário, ou usuário de serviço público. Deve ser lembrado também que os administrados podem se relacionar com o concessionário, como, por exemplo, em vínculo de trabalho, contratados para a realização de obras ou prestação específica de serviços instrumentais ou próprias ao serviço concedido, mediante relação de direito privado.

2.1.2. CONCESSÕES COMO EXPRESSÃO DA CONTRATUALIZAÇÃO

Adotamos, como segunda premissa teórica, que as concessões de serviço público são instrumentalizadas por meio de um contrato de direito público¹⁶, retratando, assim, a sua natureza jurídica contratual¹⁷¹⁸.

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.”

¹⁶ Conferir amplamente em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹⁷ Não é desconhecida a intensa evolução histórica, refletida principalmente no campo doutrinário, que trouxe diversas teorias sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público. O rastreamento dessa evolução histórica foi investigada com encômios em três obras doutrinárias brasileiras de escol, que merecem citação pelo aprofundamento e didática no tratamento da matéria. Pela ordem cronológica, citamos a obra de Mário MASAGÃO, intitulada “Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público”, editada no ano de 1933 (p. 37-84). Na sequência, a obra de Marçal JUSTEN FILHO, com primeira edição no ano de 1997 e segunda edição no ano de 2003, intitulada “Concessões de Serviços Públicos” e, posteriormente, atualizada para “Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos” (p. 152-172). E, num segundo momento, observamos a obra de Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO, intitulada “Concessões”, editada no ano de 2015 e fruto de resultado de defesa de tese apresentada ao Concurso de Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (p. 35-64). Em síntese, os doutrinadores fizeram ponderações sobre como a concessão de serviços públicos mereceu apontamentos teóricos a propósito de sua natureza jurídica, trazidos por correntes doutrinárias distintas, que não necessariamente se sucederam ou

A noção contratual é incentivada, na definição das cláusulas, a promoção de um consenso entre a administração pública e os particulares¹⁹.

A Constituição Federal de 1988 determina incumbir ao Poder Público, na forma de lei, prestar serviços públicos à coletividade, seja direta, seja indiretamente, aqui sob regime de concessão e permissão. Caso decidida a prestação indireta de serviços públicos, será necessariamente um contrato, ajustado após procedimento licitatório, que

aniquilaram uma a outra, mas conviveram entre si. Dentre as mais relevantes posições, houve a defesa, por uma primeira corrente, de que a concessão de serviço público pudesse se tratar da expressão de um ato administrativo, unilateral, do Poder Concedente, que expedia as cláusulas e as regras quanto à exploração de um serviço público, inclusive sobre remuneração, às quais competia ao concessionário simplesmente cumprir, ou aderir. Não havia, segundo a corrente unilateralista, a possibilidade de envolvimento do serviço público como um “negócio público”, transacionável entre as partes ou inserido numa prática de mercado ou comércio. Numa segunda corrente teórica, a concessão de serviço público é compreendida como um ato misto, ou complexo, que reúne ao mesmo tempo características de um ato administrativo e de um contrato administrativo, pois redundam as suas regras parte de soluções acertadas entre as partes negociantes, as chamadas cláusulas contratuais ou financeiras – o que as faria aproximar de um contrato –, parte de soluções diretamente impostas pela lei de regulação do serviço público objeto da concessão, ou chamadas cláusulas regulamentares do ajuste – aproximando-se, pois, de ato administrativo, ou regulamentar. Exponentes dessa segunda corrente doutrinária são o doutrinador francês Léon DUGUIT, que contribuiu com seus escritos no início do século XX. Numa terceira corrente, vê-se na concessão um contrato regulado pelo direito privado, em que Estado e particular, após celebrado o ajuste, se determinam nas obrigações e direitos em pé de igualdade, ainda que o ato de contratação inicial tenha sido impulsionado por um ato de autoridade. Aderimos, como se vê, a uma quarta corrente, que atribui à concessão de serviço público a característica de contrato submetido a regime de direito público, munido de sinalagma, acordo de vontades do poder concedente e do concessionário e respeitante a um direito derogatório do direito comum, vista a existência de cláusulas exorbitantes de uso favorável ao concedente. Vide, também, sobre o assunto o apurado artigo “Concessão de serviço público e sua natureza jurídica”, redigido por Carlos Fulgêncio da Cunha PEIXOTO, publicado em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.), *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume V, “Serviços Públicos e Poder de Polícia”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 199-213, especialmente p. 204-208.

¹⁸ Sobre a evolução da complexidade da contratualidade da concessão, especialmente pelo apontamento de vetores para a revisão da teoria clássica de contrato administrativo, confira-se: MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, especialmente p. 45-69. No mesmo sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. Em: ALMEIDA, Fernando Menezes de *et al.* (coords.), *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 565-588.

¹⁹ Floriano de Azevedo MARQUES NETO inclui a possibilidade de flexibilidade e liberdade contratual como um dos elementos conformadores de uma “nova contratualidade administrativa”, que também é denotada de outras tendências observadas na prática administrativa contemporânea, a saber: a) “maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contratos do poder público deleguem para o contrato a normatização concreta em cada negócio jurídico”; b) “maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público”; c) “introdução mais frequente de contratos atípicos, com a multiplicação de objetos”; d) “mais recorrente utilização de contratos por desempenho, ensejadoras inclusive de remuneração variável”; e) “maior flexibilidade na alocação de riscos, com deslocamento de maior parcela de riscos para o privado e clara estipulação da repartição dos ganhos de eficiência com o Poder Público”; f) “flexibilização do regime de equilíbrio econômico e financeiro, com a limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão”; g) “multiplicação das hipóteses de contratos de cooperação”. Em: “Do contrato administrativo à administração contratual”, *Revista do Advogado*, AASP, ano XXIX, n. 107, p. 80, dezembro de 2009.

regerá as relações entre o poder público concedente e o concessionário (ou permissionário).

É certo que a existência de um contrato, escrito, com a pactuação dos direitos e deveres da concessão de serviço público, se revela como uma exigência normativa relativamente recente, projetada especialmente no artigo 175, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal de 1988, quando mencionada a exigência de lei específica para tratar do regime especial do contrato de concessão, com relevância ímpar em relação aos demais contratos de natureza pública.

A formalização solene de um contrato para a concessão de serviços públicos nem sempre foi a realidade observada na prática brasileira. A ressalva de Arnaldo WALD, Luiza Rangel de MORAES e Alexandre de M. WALD é elucidativa, e historicamente explicativa, sobre o assunto:

“(...) [D]urante muito tempo, principalmente antes das privatizações da edição da Lei n. 8.987/95, a outorga das concessões decorria de ato unilateral emanado do Poder Concedente, consubstanciado em Decreto, no qual eram definidos os direitos e obrigações do concessionário, sem que se seguisse a assinatura do contrato. Muito embora houvesse repetidas referências legais a contratos de concessão, existiram numerosas situações em que os contratos não foram efetivamente formalizados. Mesmo a inexistência de um instrumento bilateral específico não obsta, todavia, ao reconhecimento do caráter contratual destas concessões. Atualmente, (...) o contrato por escrito é indispensável para caracterizar a concessão.”²⁰

Com efeito, na linha do estruturado acima, o que deve importar à caracterização da relação jurídica contratual à concessão de serviço público relaciona-se com o objeto e a finalidade descritas no pacto concessório e o necessário consenso prévio ao acordo entre concedente e concessionário, e não a existência ou não de um instrumento, lavrado por escrito.

²⁰ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

Não obstante esse diagnóstico, observa-se que, a partir da edição da lei-quadro sobre concessões de serviços públicos e as demais leis setoriais, ao longo da década de 1990, podemos sentir que a contratualização da concessão, mediante a celebração de instrumentos próprios, se torna uma providência de caráter obrigatório ao modelo de delegação de serviço público: os contratos de concessão são a seara adequada para a definição da pauta de responsabilidades de um serviço concedido, que traduza e delinear a transferência de competências e atribuição de direitos e deveres numa concessão de serviço público.

Reconhecer o sentido contratual da concessão de serviço público exterioriza três notáveis consequências, conforme consignado por Carlos Ari SUNDFELD: (i) a conservação, com o poder concedente, da definição sobre a pauta de direitos permanentes dos usuários, diante da característica temporária da execução do serviço público pelo concessionário; (ii) a conservação de prerrogativas e responsabilidades ao poder concedente, tais como o poder de decisão sobre a separação das etapas de prestação do serviço concedido (ou *unbundling*) e a atribuição de direitos e deveres aos participantes do relacionamento concessório (concessionário, outros atores privados, poder público e usuários); (iii) o caráter dúplice e contraprestacional dos direitos e obrigações fixados no contrato, que devem ser balanceados de forma a se garantir equilíbrio dinâmico entre remuneração do concessionário e os encargos assumidos pelo concessionário quando da prestação do serviço, sendo que as prestações podem ter o seu cumprimento exigido pelos usuários, estranhos à relação contratual direta mas destinatários potenciais dos serviços concedidos²¹.

2.1.2.1. COMPLEXIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O tratamento de detalhes sobre uma prestação de serviços traz, como exigência, a sofisticação da engenharia contratual de uma concessão de serviço público²².

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. “Cumprimento contratual”. Em: MELLO, Marco Aurélio e outros. Concessão de rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 35-36.

²² Sobre o tema, mencione-se o diagnóstico de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, para quem “assistimos na prática da Administração a mudanças relevantes. Há inegável aumento na complexidade das relações contratuais de que participa o Poder Público. A busca por soluções de financiamento das utilidades públicas (decorrência menos da crise fiscal, e mais da crescente demanda pelo provimento de direitos fundamentais) leva a uma busca de arranjos contratuais criativos e inovadores, o que pressiona por novas

Execução de obras de grande vulto, pesados investimentos, renovação ou criação de uma infraestrutura dedicada a uma prestação de natureza coletiva. São vários os fundamentos que justificam a adoção de um instrumento como a concessão, de recepção aberta a mecanismos inovadores que delimitem, de uma forma dinâmica e simultânea, definição de matriz de riscos²³, os critérios de remuneração do concessionário, o respeito à pauta de direitos e deveres fixados na lei para os agentes envolvidos numa concessão, o tratamento das responsabilidades do poder concedente quanto à fiscalização da execução contratual e a extinção contratual, a adoção de um sistema firme de financiamento pelo concessionário e a manutenção de seguros e garantias de que tais recursos provirão em prol da execução do contrato, além do atendimento às necessidades públicas supervenientes que necessariamente sobrevirão, ou poderão sobrevir e impactar, no curso do prazo de vigência da concessão.

A sistematicidade conferida a um instrumento de concessão torna possível a inserção de compromissos regulatórios, ditados pelo permanente e constante monitoramento e periódicas revisões, por agências independentes, das metas e do desempenho do concessionário.

2.1.2.2. MULTIPLICIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Analísada a realidade fática posterior à promulgação da Constituição da República de 1988, marco mais eloquente da redemocratização pela qual passou o país,

formas de relacionamento contratual. O engrandecimento da atuação do Estado como empresário (em campos tão diversos como o fomento à cultura, a exploração do petróleo ou o desenvolvimento de pesquisas no campo da inovação tecnológica), a seu turno, torna absolutamente superados os modelos contratuais tradicionais, impondo a necessidade de modelos mais flexíveis, adaptáveis às múltiplas circunstâncias da atuação estatal”. Em: “Do contrato administrativo à administração contratual”, *Revista do Advogado*, AASP, ano XXIX, n. 107, p. 79, dezembro de 2009.

²³ Para aprofundamento, confira-se “O risco no contrato de concessão de serviço público”, de autoria de Marcos Augusto PEREZ. O autor apresenta uma obra articulada sobre as possibilidades de definição e modelagem das pautas de riscos nos contratos de concessão de serviço público, variabilidade decorrente do nível de complexidade contratual dos instrumentos que tem se utilizado a administração pública para o cumprimento das finalidades públicas. Em: O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Mais recentemente em: “Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas”. Em: ALMEIDA, Fernando Menezes de *et al.* (coords.), Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 475-490.

constata-se seguramente uma tendência de maximização do emprego da concessão para viabilizar a aplicação de investimentos em setores de serviços públicos e infraestrutura.

Destacamos, de partida, que o Decreto-lei 200/67 exprimia um vetor diretivo à adoção da concessão de serviço público como o mecanismo prioritário para a prestação dos serviços públicos. Esse decreto-lei, até meados da década de 2010, não foi revogado, devendo ser prestigiada a sua interpretação construtiva na redefinição e maximização do uso da concessão.

Outro dos fatores que favorecem a percepção do efeito multiplicativo das concessões de serviços públicos é a edição da Lei Federal 8.031/1990, resultado da conversão da Medida Provisória 155/1990 e instituidora do Programa Nacional de Desestatização (PND).

Nesse PND, ficou reforçada a impressão, já trazida pelo então recente texto constitucional²⁴, da importância da redefinição do papel que o Estado deveria se portar em relação às atividades econômicas que ora desempenhava diretamente, fossem elas caracterizadas, ou não, como serviços públicos.

Vejam-se os objetivos traçados pelo referido Programa: (i) reordenação da posição estratégica do Estado na economia, com transferência à iniciativa privada de atividades *indevidamente* exploradas pelo setor público; (ii) contributo à redução da dívida pública; (iii) retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contributo à modernização do parque industrial do país, a fim de ampliar a competitividade e reforçar a capacidade empresarial; (v) contributo ao fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo da oferta de valores mobiliários e democratização da propriedade do capital das empresas integrantes do Programa (artigo 1º, incisos I a VI, Lei Federal 8.031/1990).

Em essência, a desestatização era assimilada como um projeto de privatização das empresas estatais controladas, direta ou indiretamente, pela União, e a privatização significava *“a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o*

²⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade” (artigo 2º, § 1º, Lei Federal n. 8.031/1990).

A lei ainda indicava as formas operacionais de execução dos projetos de privatização das empresas estatais²⁵.

Referido Programa Nacional de Desestatização foi posteriormente modificado, com o advento da Lei Federal 9.491/1997, a qual, mantendo na essência os mesmos objetivos prescritos na lei anterior (conforme se nota dos incisos do artigo 1º) e a possibilidade de mobilidade de participações e controles acionários como métodos de operação da desestatização, especificou novas modalidades operacionais de desestatização, explicitamente integrando a outorga de concessão, permissão e autorização de serviços públicos como uma das modalidades operacionais possíveis.

Nessa lei, ainda, foi discriminada a competência ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES de poder celebrar ajustes com Estados e Municípios, por solicitação destes, para supervisão do processo de desestatização de empresas controladas pelos entes políticos federados e que fossem detentoras de concessão, permissão ou autorização para prestação de serviços públicos (artigo 2º, parágrafo terceiro)²⁶. Nessa hipótese, ainda ficou disciplinado pela lei que a licitação para a outorga ou transferência da concessão do serviço a ser desestatizado poderia ser realizada mediante a forma do leilão (artigo 2º, parágrafo quarto).

²⁵ “Art. 4º Os Projetos de privatização serão executados mediante as seguintes formas operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - transformação, incorporação, fusão ou cisão;

V - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou

VI - dissolução de empresas ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos.”

²⁶ Citando consulta feita a dados estatísticos constantes do sítio eletrônico do Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES sobre o Programa Nacional de Desestatização - PND, Bruno FEIGELSON aponta que “desde a criação do PND, foram privatizadas 68 empresas e participações acionárias estatais federais, a maioria nas áreas de siderurgia, química e petroquímica, fertilizantes e energia elétrica. Além dessas, foram repassados à iniciativa privada, por concessão, sete trechos da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, as Malhas Oeste, Centro-Leste, Sudeste, Teresa Cristina, Sul, Nordeste, Paulista e um arrendamento para exploração de Contêineres – Tecon-1, Porto de Santos, da Companhia Docas de São Paulo – CODESP, TECON 1, Porto de Sepetiba – CDRJ, Cais de Capuaba – CODESA (Berços 203, 204, 205), Cais de Paul – CODESA (berço 206), GERASUL, Terminal roll-on roll-off (CDRJ), Porto de Angra dos Reis (CDRJ), Datamec e Porto de Salvador (CODEBA)”. Em: Curso de direito da infraestrutura: lógica e transporte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.33.

Na prática, verificou-se, por intermédio do movimento da desestatização, a consagração do princípio constitucional da subsidiariedade, com o direcionamento das atividades a serem desempenhadas pelo Estado, nos serviços passíveis de delegação aos particulares, às perspectivas de estruturação, ordenação e regulação²⁷. Como efeito decorrente, ampliou-se o espectro de utilização das concessões para uma múltipla gama de serviços públicos, como as fases produtivas de energia elétrica, gás canalizado, transporte coletivo, urbano e rodoviário, ferrovias, aeroportos e portos.

Como outro fator ao uso multiplicado das concessões, trazemos a noção da estabilidade de um contrato de concessão de serviço público, a ser pensada também num contexto institucional da própria administração pública. As empresas, que atuam no mercado, veem na concessão uma possibilidade de desenvolvimento de uma atividade empresarial lucrativa e rentável, com a segurança de que, em teoria, o pactuado no negócio será respeitado pelo poder concedente, de acordo com a garantia da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão durante toda a extensão de vigência do prazo²⁸. Assim, convergem o interesse público do poder público, em crise de obtenção de crédito e receitas públicas, em transferir a responsabilidade pelo financiamento, manutenção e construção de empreendimentos necessários à prestação de serviço público a um parceiro privado, e, de outro lado, o interesse econômico da concessionária em realizar essa exploração a contento, na busca de um retorno rentável e lucrativo do negócio, arbitrados tais interesses num contrato de concessão com diretrizes de riscos e responsabilidades bem delimitados e distribuídos entre as partes.

²⁷ Confira-se: TÁCITO, Caio. “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – exemplo brasileiro”. Em: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, 1995.

²⁸ Egon Bockmann MOREIRA registra um apontamento fundamental, de cunho econômico, para justificar o motivo de as concessões terem recrudescido de importância e utilização a partir da década de 1990. Na sua visão, “antes de 1994, era simplesmente impossível raciocinar a respeito de contratos de longo prazo. A economia brasileira era de curtíssimo prazo (basta lembrar da aplicação *overnight*: o dinheiro rendia em operações de um dia, tamanha era a vulnerabilidade da moeda. Com o Plano Real, acabou-se a hiperinflação e se pode cogitar de prazos superiores para os investimentos. Não se deve a um acaso, portanto, que a Lei Geral das Concessões tenha sido promulgada em fevereiro de 1995”. Em: “Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão”. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colonistas/egon-bockmann-moreira/varios-motivos-para-se-pensar-na-prorrogacao-dos-contratos-de-concessao-3zgdpm80r6dvxpv4t1w8dmnfq>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

2.1.3. REGIME JURÍDICO GERAL DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Outra premissa a ser ponderada no trabalho consiste na presença de um regime jurídico geral aplicável às concessões de serviço público, representado normativamente pelo agrupamento de disposições legais presentes da Constituição Federal de 1988 e de normas infraconstitucionais, segmentadas em normas gerais e normas específicas de cada ente político.

2.1.3.1. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

A opção do Constituinte atual²⁹, no tocante à determinação de um regime de prestação de serviços públicos e da eleição da concessão como um instrumento hábil a cumprir com essa tarefa, pode ser compreendida no seguinte conjunto de ideias.

Num primeiro ato, constatamos uma complexa repartição de competências legislativas e administrativas, divididas entre os entes políticos que compõem a federação brasileira, mais detalhadas em relação à União Federal e menos especificadas em relação a Estados, Municípios e Distrito Federal.

Num segundo ângulo, detalhamos a opção do Constituinte em conferir a característica de titularidade estatal dos serviços públicos, carregando com essa determinação o dever de os entes políticos de garantir a disponibilização e exploração desses serviços em prol da coletividade, comportando a caracterização de um direito subjetivo público, fundamental, portado pelos administrados e coletivamente exigível do Poder Público.

Há a determinação, presente da cabeça do artigo 175 da Constituição Federal, de que o Poder Público deverá prestar diretamente, ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos, orientado pelo balizamento de lei regulamentar e pela

²⁹ Note-se que a estatura constitucionalmente hoje conferida à concessão de serviço público não é inédita, vem, por sua vez, datada desde a Constituição Federal de 1934. Em diversas passagens dessa Constituição Federal de 1934, houve menção a concessão de serviço público como instrumento hábil a transferir, à iniciativa privada, a prestação dos serviços públicos, notadamente no artigo 137. Na sequência, o tratamento genérico foi repercutido nas Constituições Federais de 1937 (artigo 147), 1946 (artigo 151), de 1967 (artigo 160) e a respectiva Emenda Constitucional 1/1969 (artigo 167).

regra da licitação prévia. No parágrafo único do mesmo dispositivo, está disposto o conteúdo que a lei regulamentar geral deve tratar, em especial o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, os caracteres especiais do contrato de concessão e de sua prorrogação, além das condições de caducidade, fiscalização, rescisão da concessão e disposições a respeito de direitos dos usuários, política tarifária e definição das obrigações de manutenção do serviço adequado.

Num terceiro aspecto, auscultamos a escolha do Constituinte de conferir ampla discricionariedade aos entes políticos de definir o modo de gestão e estruturação da prestação de seus serviços públicos, descrevendo, de modo geral, os instrumentos possíveis de serem utilizados para a concretização de tais objetivos.

A prestação direta, pelo Poder Público, contempla a adoção de medidas e recursos *interna corporis* da própria administração pública, mediante a observância de leis de organização administrativa com a distribuição de competências entre os entes de sua estrutura.

Já a prestação indireta, orientada e dirigida pelo Poder Público, abrange a utilização de instrumentos de delegação, considerados admissíveis, pelo texto constitucional, a concessão, a permissão e a autorização de serviço público.

2.1.3.2. LEIS FEDERAIS 8.987/1995 E 9.074/1995

No exercício da competência da edição de normas gerais sobre a contratação administrativa, prevista no inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, sobreveio a edição da lei-quadro sobre a contratação de concessão de serviço público, a Lei Federal 8.987/1995, de 13 de fevereiro de 1995.

Com o advento dessa lei, historicamente a primeira com a finalidade de disciplinar apenas as concessões de serviço público³⁰, foi possível o estabelecimento de um tratamento especializado às particularidades e complexidades de uma delegação concessória, visto que, até então, as concessões de serviço público submetiam-se, ainda

³⁰ Anteriores tentativas de estabelecimento de uma lei-quadro de concessões de serviço público foram verificadas no histórico do processo legislativo brasileiro, porém, foram iniciativas que restaram infrutíferas.

que de modo impróprio, a leis e regulamentos que disciplinavam a contratação administrativa sob uma perspectiva geral³¹, a exemplo das normas gerais propostas no Decreto-lei 2.300/1986³² e na Lei Geral de Licitações, Lei Federal 8.666/1993³³.

Como características gerais dessa lei-quadro de concessões de serviço público (e também de permissões, a que se estende boa parte do regime versado), podemos destacar as seguintes peculiaridades: fixação de método de revisão de tarifas como preferencial para a recomposição de equilíbrio econômico financeiro da concessão; variabilidade remuneratória; a fixação da regra geral da não exclusividade na outorga da prestação do serviço público; garantia do controle dos atos da concessão a qualquer

³¹ Confira-se, nesse sentido, a análise de Maria d'Assunção COSTA e Natália Felipe Lima BONFIM, que atribuem ao Código da Contabilidade Pública da União, Decreto 4.536/1922, em seus artigos 54 e 55, como antecedente remoto que previa a possibilidade de prorrogação dos contratos administrativos em geral. Citam, ainda, disposições previstas no Código de Águas e outros decretos regulamentares, especialmente o Decreto 41.019/1957, que tratou sobre serviços de energia. Em: "Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais". Em: Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56971>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

³² No ponto pertinente ao tema nuclear do presente trabalho, nota-se que o Decreto-lei 2.300/1986 trazia preceito determinando que o limite do prazo de vigência de cinco anos, previsto na cabeça do artigo 47, não se aplicava aos contratos de concessão de serviço público (parágrafo terceiro do artigo 47, tanto na sua redação original, quanto na redação dada pelo Decreto-lei 2.348/1987), notadamente em razão da falta de existência de dotações orçamentárias respectivas para pagamento de remuneração de concessionário. Na perspectiva da leitura integrada dessa liberação de limitação de prazos à concessão de serviço público, vedando apenas a celebração de contratos com prazo indeterminado, apontava-se a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência do contrato de concessão de serviço público, desde que houvesse interesse da administração e tal possibilidade estivesse prevista na licitação que anteceder a celebração do contrato (artigo 47, inciso I, com redação incluída pelo Decreto-lei 2.348/1987). Referida orientação quanto à fixação dos prazos, ainda que de forma indireta, restou ser mantida na Lei Federal 8.987/1995, em que não se definiram prazos máximos ou mínimos às concessões comuns de serviço público. Já quanto à prorrogação, observa-se da lei-quadro atualmente vigente um ligeiro distanciamento, ao menos no tocante da comparação dos textos positivados, já que não há o atrelamento da ocorrência positiva da prorrogação à justificativa de interesse público da administração, exigência essa que, em teoria, pode ser interpretada sistematicamente como necessária em virtude da incidência dos outros atos normativos aplicáveis à espécie, principalmente os de fundo constitucional e que orientam a regência da atuação da administração pública. A Lei 8.666/1993 silenciou sobre o tratamento excepcional às concessões de serviço público no tocante à fixação de prazos e prorrogação, nem constituiria o campo adequado para cumprir com tal objetivo, diante da existência da prescrição constitucional da edição de lei específica para regular as normas gerais sobre as concessões de serviço público. Sobre o assunto: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "O prazo de duração nos contratos de concessão de serviços e de obras públicas ante a Lei 8.666/93". Em: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, n. 77, p. 44-47, jun./jul./ago. 1994.

³³ Ainda há menção, no rol das Disposições Finais e Transitórias, à aplicabilidade da Lei Federal 8.666/1993 às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos, limitada aos dispositivos da Lei que não conflitassem com a legislação específica sobre o assunto. Logo, mesmo sobrevivendo a legislação superveniente e geral sobre as concessões de serviço público, ainda remanesce campo para a aplicação da Lei Geral de Licitações, desde que preservada a característica da compatibilidade de seus regramentos em relação às regras específicas da licitação e celebração dos contratos de concessão de serviço público.

cidadão, mediante o acesso à documentação específica; atenuação do impacto das cláusulas exorbitantes e de uma atuação unilateral da administração pública³⁴.

Destacamos, também a título de normas gerais e, na maioria de seus preceitos, aplicável ao âmbito federal, a Lei Federal 9.074/1995, resultado da conversão da Medida Provisória 1.017/1995. Mencionada lei estabeleceu normas para outorga e prorrogações de concessões e permissões de serviços públicos de competência da União Federal, além de, pontualmente, registrar algumas normas gerais a respeito de serviços públicos de competência de outros entes políticos³⁵.

Ressalta-se, a título de esclarecimento, que subsistem leis setoriais, que são dispositivas de regimes específicos a outras concessões de serviço público, que podem excluir ou determinar aplicação suplementar do regime jurídico geral das concessões fixados nessas normas gerais. Exemplo da vedação é detectado no regime aplicável às concessões de telecomunicações (artigo 210, Lei 9.472/1992³⁶). Exemplo de vedação em razão da existência de um regime especialíssimo, extrai-se da concessão de radiodifusão (artigo 223, Constituição Federal de 1988³⁷, mais artigo 41 da Lei Federal 8.987/1995). Exemplo de aplicação incompatível, também em razão da especialidade de regime, vem

³⁴ Sobre o tema, confira-se: ARAÚJO, Edmir Netto de. “A Nova Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e Obras Públicas”. Em: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90, p. 267-292, 1995.

³⁵ Menciona-se, nesse particular da abrangência da Lei Federal 9.074/1995 como norma geral, a prescrição constante do artigo 2º da Lei em comento, que fixa a vedação à União, Estados, Distrito Federal e Municípios de executar obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei autorizadora e fixadora dos termos específicos, dispensando-se a lei autorizativa nos casos de saneamento básico, limpeza urbana e nos serviços públicos objeto de referência na Constituição Federal, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios.

³⁶ “Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.”

³⁷ “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.”

das concessões aéreas (Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei Federal 7.565/1986³⁸). Exemplo de aplicação subsidiária é tratado no regime de concessões portuárias (artigo 66, Lei 12.815/2013³⁹).

2.1.3.3. LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

Nota-se, num terceiro ângulo, que o exercício da competência suplementar sobre normas gerais de concessões de serviço público por Estados-Membros e Municípios não foi totalmente suprimida ou escanteada em razão da promulgação da lei-quadro de concessões de serviço público no âmbito nacional.

É certo que disposição constitucional fixa que a União ostenta competência privativa para editar normas gerais sobre licitação e contratação, em todas as suas modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 22, inciso XXVII, CF/1988). Trata mais, ao dispor que lei complementar, editada pelo Congresso Nacional, pode autorizar os Estados a legislar sobre tais matérias (artigo 22, parágrafo único, CF/1988).

Não só estão resguardadas aos Estados-Membros as disciplinas relativas a concessões de serviço público anteriores à edição da lei-quadro nacional – desde que, evidentemente, não conflitem com as disposições gerais versadas na lei-quadro superveniente –, como estão permitidas as iniciativas legislativas de Estados e Municípios para tratar das suas peculiaridades locais, dos serviços públicos de sua competência material de prestação e das práticas contratuais que sejam tradicionalmente aplicadas por esses entes políticos.

³⁸ Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO, as concessões de transporte aéreo de passageiros são regidas pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), anterior à Constituição Federal de 1988, conservado nesse regime jurídico mesmo depois da edição da Lei 8.987/1995. Isso se deve, segundo o autor, “mais por conta da especialidade do CBA do que de uma ressalva de revogação da Lei n. 8.987/1995. (...) [O] advento da Lei n. 8.987/1995 não teve o condão de revogar as disposições atinentes à concessão de transporte aéreo contidas no CBA”. Em: Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 214.

³⁹ “Art. 66. Aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária o disposto nas Leis nºs 12.462, de 4 de agosto de 2011, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993.”

2.1.3.4. DIAGNOSE: VÁRIOS MARCOS LEGAIS SOBRE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS COM UMA VISÃO ARTICULADA E INTEGRADA DO INSTRUMENTO CONCESSÓRIO

Queremos afirmar, com base nessa realidade enfeixada de competências legislativas⁴⁰, que as disposições normativas presentes da Constituição Federal, Lei Geral de Concessões – de caráter nacional – e as Leis Federais, Estaduais e Municipais de concessões de serviços públicos devem consistir um modelo integrado de regulação das concessões de serviços públicos.

A interpretação desses regimes legais deve ser feita de maneira articulada e integrada.

Deve ser ponderado, em primeiro lugar, que os serviços públicos concedidos por entes políticos distintos podem se influenciar entre si, existindo, por vezes, compartilhamento de bens públicos e infraestruturas⁴¹.

A título de exemplo, citamos concessões estaduais de rodovias e concessões federais de serviço de transmissão de energia elétrica e as também federais concessões de telecomunicações, quanto à exploração de faixas de domínio. Podem conviver, nesses pactos sobre a faixa de domínio, utilidades públicas de variada intensidade, podendo servir aos objetivos de garantia de segurança ao tráfego, por meio de acostamento do viário, ou de transmissão de energia por meio de postes e de sinais de telecomunicação por meio de cabos de fibra ótica.

Ou, ainda, concessões de serviços de transporte aquaviário e as concessões de geração de energia hidrelétrica, que se utilizem das águas de um mesmo rio para o cumprimento de seus objetivos. Essa simultaneidade de exploração de serviços públicos que podem se tornar excludentes entre si exige do administrador público a tomada de soluções factíveis, pensadas na perspectiva geral de integração entre as leis, os contratos e a regulação, para que os serviços não sejam excludentes entre si, ou, quanto menos, lei

⁴⁰ Sobre o tema, confira-se o trabalho: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴¹ Sobre a interface entre os bens públicos e os serviços públicos e as possibilidades de compartilhamento de infraestruturas, confira-se amplamente: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

nacional, aplicável a todos os entes, discipline alguma relação de serviço público prioritária de um ente político em detrimento do outro outorgado por poder concedente distinto.

Em segundo momento, verificamos que os serviços públicos federais e seus contratos de concessão, a princípio, são imunes à regulação de leis estaduais e municipais de concessões, com o mesmo raciocínio piramidal sendo aplicável aos serviços públicos de natureza estadual concedidos, não podendo ser atingidos pela legislação municipal a respeito de contratos de concessão. O raciocínio piramidal decorre da constatação da ampla abrangência das normas de caráter nacional, que estejam previstas na Lei Geral de Concessões, e da restrita abrangência das leis federais, estaduais e municipais, para o serviço público concedido de cada ente político respectivo.

Concluimos, nesse ponto, que a diversidade de marcos legais que dispõem sobre as concessões de serviços públicos, na perspectiva da existência de lei para cada ente político tratar das peculiaridades desse instrumento contratual, exige redobrado esforço de interpretação das regras aplicáveis aos procedimentos de outorga, licitação, delineamento de balizas contratuais e fixação de direitos e obrigações de concedente, concessionários e usuários.

2.2. AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O TEMPO ADMINISTRATIVO

A outra premissa teórica delineada ao estudo das prorrogações concessórias é a disciplina do tempo administrativo e a sua conexão com as concessões de serviço público.

O tempo administrativo reúne uma sorte de peculiaridades, ostenta uma significação especial.

Poderíamos descrever o tempo administrativo como aquele período ou intervalo em que a administração pública desenvolve e desempenha a sua função precípua, de governo, de administrar os recursos públicos, exercer suas tarefas executivas e, principalmente, prever as necessidades futuras e proferir as decisões de alocação e priorização de esforços para atendimento de seu objetivo de resguardo do interesse público.

Tempo administrativo consistiria, resumidamente, na resposta da seguinte assertiva: com quantos anos, meses, dias, minutos ou segundos a administração projeta suas ações e as concretiza no plano fático?

Quais seriam, portanto, os parâmetros que orientariam o preenchimento do conteúdo desse tempo administrativo?

Comum assimilar o tempo administrativo ao tempo político. Embora não coincidam integralmente, suscitam-se interferências recíprocas entre esses dois tempos. Por meio do tempo político, avaliam-se as conveniências do jogo democrático, de sucessões dos mandatos dos governantes e as implicações das definições dos prazos desses períodos de governança, prazos esses que podem variar, no sentido da fixação dos seus regulamentos respectivos, ao sabor e aspirações das demandas sociais e dos agrupamentos políticos por mudança ou manutenção de uma mesma linha de condução e gestão administrativa⁴².

Jean-Émile VIÉ considera que o tempo político e o tempo administrativo coexistem e se imbricam, com o tempo administrativo seguindo o balizamento do tempo político. Segundo VIÉ, para a atividade de governo respeitar o tempo administrativo, ela deve significar “prever”, e para tais previsões possuírem efetividade seria necessário que os governantes estejam devidamente informados sobre as peculiaridades locais, com um contato permanente com os administrados, à sua escuta. Estar o governo bem informado sobre as demandas sociais permite-o tomar decisões oportunas em tempo útil, para conformar evoluções favoráveis e combater e evitar as desfavoráveis. Para abreviar o tempo administrativo, iniciativas de desconcentração administrativa deveriam ser estimuladas, pois permitem melhor adaptação da decisão às condições locais, reduzindo

⁴² Reginaldo Souza SANTOS, no artigo “Em busca da apreensão de um conceito para a administração política”, avalia que a noção de continuidade administrativa, entendida como o cumprimento da finalidade da administração pública para a implementação de projetos da nação, deve ser interpretada a partir da noção de duas dimensões da temporalidade. Uma dimensão da temporalidade seria a denominada “administrativa, burocrática, normativa”, “associada ao mandato daquele indivíduo ou partido eleito pelas regras em vigor para governar / gerenciar uma empresa, um sindicato, um partido político, uma cidade, uma nação”, já que, depois de findo o mandato, pressupõe-se uma alternância no poder, com sucessão por outro agente, que pode portar, ou não, as mesmas fundamentações técnico-ideológicas. Por uma segunda dimensão da temporalidade, trata-se da temporalidade teórica, que não coincide com o tempo regulamentar do mandato, mas antes presta atenção ao “tempo técnico necessário para o cumprimento da finalidade, que se expressa no bem-estar pleno da humanidade”. Em conclusão, SANTOS defende que, no jogo da continuidade administrativa, a temporalidade administrativa deve se subordinar à temporalidade teórica. Em: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, volume 35, número 5, p. 68, p. 49-77, set./out. 2001.

atrasos. Em suas conclusões, após análise da realidade francesa, compreende que a redução do domínio de atividades do Estado, o zelo ao princípio da subsidiariedade, a evitação de decisões demagógicas, justificadas pela proximidade de eleições e a concentração de esforços de coletividades locais a atividades públicas mais relevantes constituem medidas que favorecem a impressão de força e prontidão na execução da lei, facilidade, justiça e economia ao administrado⁴³.

Em síntese, mostra-se desejável que o tempo administrativo tenha por referência o tempo político, mas, principalmente, observe que são as exigências sociais que devem orientar as decisões administrativas e as suas projeções no tempo real.

Costuma-se, também, associar o tempo administrativo a uma lentidão, uma demora na expedição das soluções administrativas aos conflitos.

O tempo real, das coisas, não se associa completamente ao tempo administrativo. Antropologicamente, realidades verificadas num mesmo espaço podem se orientar por tempos distintos, em razão de variados fatores, tais como a cultura de uma determinada população, ou o contingente populacional de uma determinada cidade. As necessidades públicas, normalmente, surgem num momento, a atuação estatal se aplica, regra geral, no período subsequente, conformando ou declarando a existência de direitos aos particulares, reprimindo ou ordenando determinados condicionamentos à sociedade. O raciocínio inverso também se aplica, admitindo-se casos em que a atuação da administração pública se antecipa ao do particular⁴⁴. Presume-se, portanto, uma razoável

⁴³ VIÉ, Jean-Émile. “Le temps administratif”. Em: La Revue Administrative, Presses Universitaires de France, 53e Année, N. 1., 2000. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/40773350>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

⁴⁴ Referência há de ser feita ao instituto da requisição administrativa. Definido conceitualmente por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO como “forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal no domínio econômico; justifica-se em tempo de paz e de guerra”, a requisição pode incidir sobre bens, móveis ou imóveis, ou serviços, com o objetivo de permitir o uso ou o serviço em prol de interesse público identificado como relevante e urgente pela administração pública. A autora mencionada cita como exemplo de requisição administrativa aquela prevista na Lei Federal 8.080/1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), em que se tem a possibilidade de a requisição de bens ou serviços, tanto de pessoas físicas ou pessoas naturais, ocorrer com os objetivos de promover, proteger e recuperar a prestação do serviço público de saúde, quando a medida decorrer da imperiosidade de atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, em situações de perigo iminente, de calamidade pública ou irrupção de epidemias, assegurada justa indenização aos requisitados. O detalhe relacionado à percepção do tempo administrativo fica por conta do caráter autoexecutório e unilateral da requisição administrativa: a requisição independe de prévia aquiescência do particular ou de crivo autorizatório do Poder Judiciário. Ou seja, em tempos de paz, se verificado o perigo público iminente, a administração pública age imediatamente, sem necessitar auscultar a opinião ou consentimento dos envolvidos pela execução da medida. Trata-se de hipótese em que o tempo real

descoincidência entre tais tempos, o administrativo e o real, tensionamento para o qual a administração pública deve trabalhar de modo a evitar as possíveis lesões e conflitos decorrentes desse desnivelamento.

Tende a ser inoportuna uma atuação administrativa intempestiva, tanto anterior quanto posterior à necessidade pública à qual ela se destinou a combater ou reparar.

Critérios vêm sendo reiteradamente replicados, na esteira do que se produz no regime das relações jurídicas civis, para criar freios à intempestividade da atuação da administração pública. A ideia de supremacia do interesse público, no particular de autorizar uma atuação administrativa embasada na autotutela e revisão dos atos administrativos a qualquer tempo apoiada nessa noção de interesse público indeterminado e indefinível *ex ante*, passa por um momento de crucial questionamento⁴⁵.

Daí a relevância de se impor à administração pública no exercício das funções públicas o razoável cumprimento de uma agenda, positiva, fixada em períodos determinados de atuação, ou seja, em prazos, conferindo exigibilidade, pelos administrados, das obrigações constantes de tal pauta.

Podemos dizer que a postura da administração pública em relação aos prazos vem sofrendo, nos últimos tempos, um choque de transição.

Um dos movimentos apropriados a visualizar a adstrição da administração pública a uma lógica funcional de prazos⁴⁶ é extraído da processualização administrativa, exigência contemplada pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LV) e devidamente estruturada em regimes próprios pelos entes políticos correspondentes⁴⁷. Não só se exige da administração pública que aja adequadamente,

e o tempo administrativo caminham praticamente na mesma toada, ressaltado que as composições indenizatórias possíveis só serão deliberadas em momento posterior à ocorrência da requisição.

⁴⁵ Nesse sentido, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴⁶ Confira-se artigo destinado a analisar a funcionalidade dos prazos administrativos na atuação da administração pública na efetivação e implementação de políticas públicas legisladas: SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. “Impulsionando a administração a agir: o papel dos prazos administrativos nas leis sobre políticas públicas.” Em: Revista Brasileira de Direito Público: RBDP, Belo Horizonte, v. 11, n. 40, p. 199-220, jan./mar. 2013.

⁴⁷ No plano da regulamentação no âmbito da Administração Pública Federal, veio editada a Lei Federal 9.784/1999, com detalhamento dos prazos e procedimentos que devem ser observados pelos interessados e

respondendo aos questionamentos populares, mas também o faça de modo célere e tempestivo, com observância de prazos razoáveis, por meio de atos dotados de motivação apreciável pelas instâncias de controle.

De modo equivalente, a contratualização administrativa exhibe uma exteriorização da atividade da administração pública essencialmente estruturada pelo tempo administrativo.

O instrumento da concessão de serviço público, na sua definição essencial, é conformado pelo tempo administrativo.

A concessão de serviço público é voltada a cumprir necessidades públicas presentes e futuras, encerradas e preestabelecidas por meio de atos normativos dotados de estabilidade. O manejo do tempo numa concessão acaba se tornando uma obrigação plurissubsistente a todos os agentes embrenhados no empreendimento. Há, portanto, um acerto de um comprometimento recíproco entre as partes, com efeitos presentes e futuros.

O tempo administrativo que determina a edição de um regulamento apropriado para servir de indicativo à conduta da concessionária, no tocante à modernização de uma estação de transporte, por exemplo, exige que esse regulamento seja editado *pari passu* ao surgimento das exigências dos usuários pela elevação do padrão de qualidade do serviço e do progresso tecnológico apurado.

O tempo administrativo ainda comina à concessionária que ela seja cumpridora do seu projeto de exploração, na exata conformidade com aquilo que se dispôs como soluções técnicas apropriadas à provisão do serviço público adequado, contínuo e universal aos cidadãos usuários. Conclui-se que as prestações que decorrem como obrigações da concessionária não somente devem respeito ao tempo administrativo: exigem, como requisito, a observância de um tempo técnico, de viabilidade da sua ação no horizonte da exploração e investimentos sobre o serviço concedido.

A racionalidade do tempo também serve para a fixação das etapas de trabalho da concessionária. Se o poder concedente estipula uma pauta de investimentos mais relevante exclusiva de ocorrer num período primeiro do prazo originário da

pela própria Administração Pública Federal, combinado a uma sistemática de preclusões, recursos, dever de decidir e disciplina de decadência administrativa.

concessão, há de se indagar sobre quais estímulos terá um concessionário em dispender novos investimentos, sem a recomposição do equilíbrio econômico, no caso de imposição pela concessionária de dever de reforço ao aprimoramento do serviço. Também não faria qualquer sentido tratar de priorizar uma lógica de investimentos concentrada no cabo do prazo originário de uma concessão.

Na mesma toada, processos administrativos internos, provocados pela concessionária, para deliberação pelo poder concedente de aspectos essenciais ou acidentais do contrato de concessão devem ser conduzidos de forma a aproximar, em maior escala, o tempo real dos questionamentos da concessionária e a resposta resultante do poder concedente. Veja-se, no particular, o caso versado no parágrafo quarto do artigo 9º da Lei Federal 8.987/1995, que prescreve que a hipótese de alteração unilateral que afete o equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão deve ser concomitantemente reparado por meio de seu rebalanceamento.

O tempo administrativo também se liga às alterações de circunstâncias, de fato e de direito, verificadas ao longo da execução do contrato de concessão⁴⁸, devendo portar soluções adequadas às falhas de funcionalidade da exploração do objeto concedido por conta de fatos imprevisíveis ou não disciplinados na matriz de risco da concessão.

Se toda a formação e execução de um contrato de concessão de serviço público está pautada pelo tempo administrativo, por consequência, a decisão pela prorrogação das concessões de serviço público também deve obediência à fluência do tempo administrativo e às suas conexões com o tempo político e o tempo real dos acontecimentos no mundo dos fatos.

Seguimos com a segunda parte da exposição, que tratará do regime jurídico das prorrogações de concessão de serviço público, na forma compreendida do direito positivo brasileiro.

⁴⁸ LEITÃO, Alexandra. O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais. Intervenção apresentada no “V Encontro de Professores de Direito Público”, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público” e que se realizou nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.icjp.pt>. Acesso em: 08 de julho de 2014.

TERCEIRA PARTE – IDENTIFICANDO O REGIME JURÍDICO MÍNIMO DA PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA

CAPÍTULO 3 – DINÂMICA DOS PRAZOS E PRORROGAÇÕES DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

3.1. DINÂMICA DOS PRAZOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Sedimentada a postura da concessão de serviço público como um dos instrumentos de ação estatal mais relevantes na contemporaneidade, cumpre apresentar dois aspectos centrais da investigação ora tratada: a dinâmica dos prazos e das prorrogações das concessões de serviço público.

Num primeiro momento, temos que salientar que, como em todo contrato público, é inerente à concessão de serviço público a fixação de um prazo, constituindo, assim, a temporariedade um de seus elementos definidores.

Prazo, na formulação da lei civil⁴⁹, representa a combinação de um intervalo de tempo determinado⁵⁰, com a fixação de um termo inicial e um termo final a um negócio jurídico. Em teoria, durante a fluência desse período predeterminado, ocorrerá a execução dos termos do contrato de concessão e será exteriorizada a eficácia de suas cláusulas contratuais⁵¹.

⁴⁹ Vide, nesse sentido, o preceito inscrito no artigo 132 do Código Civil de 2002, assim transcrito:

“Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

§ 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.

§ 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.

§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

§ 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.”

⁵⁰ Nesse particular, destoamos de parte de doutrina e jurisprudência, e divergimos da expressão exposta na própria lei (artigo 42, parágrafo 2º, da Lei Federal 8.987/95), pois compreendemos que não é possível o emprego da fórmula conceitual “prazo indeterminado”. Toda a fixação de prazo decorre de um duplo acontecimento, a estipulação de um marco inicial e um termo final, que torna, evidentemente, sempre certa e determinada a ocorrência do evento futuro e certo do término do prazo. O que se deve ponderar como indeterminado é o **tempo** de eficácia de certos negócios jurídicos, que, por não terem a especificação de um termo final, continua a se perpetuar até que ocorra um fato extintivo do referido negócio, como, por exemplo, a notificação extrajudicial de uma das partes contraentes comunicando à outra o desinteresse na continuidade da avença, nos termos previstos pelo artigo 473 do Código Civil de 2002. Um negócio jurídico sem prazo é um negócio jurídico celebrado a **tempo indeterminado**.

⁵¹ No mesmo sentido, a definição trazida por Jacintho Arruda CÂMARA: “o prazo designa o período de tempo demarcado para a execução do objeto contratual”. CÂMARA, ainda sob uma perspectiva geral de

O ordenamento jurídico hoje vigente não contemporiza com a existência de contratos públicos com tempo de vigência indeterminado⁵². Transacionar interesses relativos a serviços públicos, com indefinição de tempo do encerramento dessa avença, tende a significar uma transferência, ou alienação, de direitos, bens e prerrogativas públicos, que não segue os procedimentos nem os requisitos da lei previstos para esses negócios de ocorrência excepcionalíssima⁵³.

A celebração de uma concessão de serviço público envolve, além da transferência, a um particular, da responsabilidade pela execução de uma atividade de utilidade pública, a delegação de uma série de poderes e prerrogativas pertencentes ao ente estatal, como o uso e fruição de estabelecimentos e bens públicos e o poder de exercício da atividade de polícia administrativa relativa ao bom funcionamento do serviço público concedido.

A combinação da transferência desses poderes estatais a uma pactuação com incerto encerramento no tempo suprime parte da prerrogativa estatal de estruturar e organizar a melhor forma para a prestação de tais serviços públicos à coletividade. Isso afirmado sem desconsiderar a imprevisibilidade imposta ao prestador, que pode se sentir acuado no que diz respeito ao desenvolvimento da plenitude dos direitos e deveres fixados no instrumento concessório, a exemplo da pauta de investimentos na modernização no

contratos públicos, avalia que o prazo pode cumprir diferentes operacionalidades, segmentando, basicamente, nos contratos por escopo, em que o prazo é estabelecido como uma obrigação ao contratado e o efeito da ampliação do prazo é a dilação de tempo para que o pactuado seja cumprido e executado (por exemplo, nos contratos de obra pública), e nos contratos por prazo, em que o prazo define a data de extinção da avença, com o efeito da ampliação sendo identificado pela ampliação do objeto contratado. Em: CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Prazo nos Contratos Públicos”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos. Volume 6. São Paulo: RT, 2014, p. 340-341.

⁵² No mesmo sentido, temos a abalizada opinião de Carmen Lúcia Antunes ROCHA, para quem “[a]tualmente se tem que a concessão é contratada por tempo determinado. A temporariedade é de sua caracterização essencial. A concessão é contratada sempre, então, por prazo certo, inexistindo a possibilidade, no Direito brasileiro em vigor atualmente, de se eternizar a concessão. A perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão” (Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58-59).

⁵³ Marçal JUSTEN FILHO aponta que “o regime de concessão importa, necessariamente, a temporariedade da concessão. Não se admitem concessões eternas nem aquelas onde o concedente renuncie definitivamente ao poder de retomar o serviço. Essas soluções corresponderiam ou à transformação do serviço em privado (o que descaracterizaria uma concessão) ou à alienação de competências públicas (o que seria juridicamente inexistente)”. Em: JUSTEN FILHO, Marçal. “As diversas configurações da concessão de serviço público”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

serviço e da disciplina da reversibilidade e indenizabilidade dos bens não amortizados ou depreciados ao fim da concessão⁵⁴.

A indefinição de prazo também poderia afetar negativamente outros agentes envolvidos no relacionamento concessório, especialmente à vista da necessidade de fixação dos compromissos e metas pelas agências reguladoras do serviço público concedido, vislumbrando-se o cumprimento e esgotamento de prazos para a adequada fiscalização do cumprimento de tais objetivos, bem como a necessidade de se preservar a continuidade do serviço em prol do usuário.

A temporalidade do contrato de concessão atrai, portanto, a incidência de uma dupla característica: simultaneamente em que se dispõe um termo, um fim certo à concessão (finitude), o prazo torna estável a relação jurídica contratada na concessão, pois reforçado por mecanismos que garantem a sua adequada fluência, insuscetível de sofrer com rompimentos imotivados ou arbitrários (estabilidade do vínculo concessório)⁵⁵, a não ser que, logicamente, ocorra alguma hipótese justificadora do rompimento da concessão antes da data apazada para o seu final⁵⁶.

⁵⁴ Floriano de Azevedo MARQUES NETO defende que o aprazamento das concessões em geral possui uma dupla operacionalidade: “em relação ao Poder Público, o prazo determina o momento em que o objeto será retomado (com ou sem transferência de bens associados à prestação), ensejando a possibilidade de o Estado delegar novamente aos particulares ou decidir que a utilidade será diretamente operada ou explorada. De outro lado, o prazo serve como garantia que poderá exercer o seu direito relativo ao objeto concedido de modo estável e perene durante aquele interregno contratualmente ajustado”. Em: Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 167. No mesmo sentido a opinião de Marçal JUSTEN FILHO, para quem “a existência do prazo determinado desempenha duas funções fundamentais. A primeira consiste na delimitação do período pelo qual o particular desenvolverá o serviço. Logo, atingido o termo avençado, o serviço deverá retornar ao concedente. A segunda reside na garantia de que a extinção antecipada, sem culpa do concessionário, acarretará ampla indenização a ele. Se a concessão fosse pactuada por prazo indeterminado, poderia permanecer indefinidamente ou ser extinta a qualquer tempo, sem maiores consequências.” Em: “As diversas configurações da concessão de serviço público”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 166.

⁵⁶ Para confirmar esse raciocínio, basta a análise dos fatos extintivos da concessão comum de serviço público, dispostos no artigo 35, incisos II a VI, da Lei Federal 8.987/95, todos pressupondo para a sua ocorrência respeito a prévio processo administrativo (ou judicial) e a interferência quanto à vigência do prazo concessório – em que pese, ao menos na hipótese da anulação, referida hipótese extintiva possa ser objeto de reconhecimento posteriormente à fluidez do prazo de vigência da concessão. Nesse sentido, o conteúdo do dispositivo legal:

“Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I- omissis;
II - encampação;
III - caducidade;
IV - rescisão;
V - anulação; e

Sob uma outra perspectiva, há de ser lembrado que o prazo, na temática especial de regime de direito público, adquire uma denotação mais robusta, diversa da que possui no direito privado. Depois de encerrado o prazo originalmente previsto nos contratos de concessão de serviço público, este ajuste estará, por consequência, extinto pelo advento do termo contratual, inapto, em tese, a produzir efeitos após esse termo, sob pena de ilegalidade da continuidade da prestação da atividade concedida.

O advento do termo contratual, em teoria, representa o cumprimento da finalidade do prazo da concessão, de estabelecer um período durante o qual as partes satisfarão as obrigações recíprocas e complexas previstas no contrato de concessão, portanto, cumprirão com o adimplemento das suas prestações e terão o retorno econômico e social expectado para cada de gama de interesses disciplinada no contrato.

Diferentemente ocorre nos contratos firmados entre particulares, submetidos ao regime de direito privado, havendo hipóteses em que, mesmo encerrado o prazo inicialmente estimado, o contrato inicial perdura, protraindo seus efeitos no tempo, adquirindo força de tempo indeterminado (ou prazo indeterminado, na dicção empregada pela lei), até que uma das partes o denuncie.

Essa distinção de regimes de celebração de contrato com tempo determinado e indeterminado nas relações público-privado e privado-privado decorre essencialmente da regência do princípio da legalidade. Enquanto a Administração Pública está adstrita à legalidade formal e substancial, não podendo agir fora dos limites propostos pelas leis e princípios aplicáveis à sua atuação, os particulares podem agir livremente, no âmbito de sua liberdade contratual, podendo ampliar os limites de suas avenças diante da conveniência de seus interesses.

O tempo determinado na concessão, por sua vez, não obsta que o poder concedente, embasado em justificativa de interesse público ou em razões de conveniência e oportunidade, proceda à retomada imediata do serviço, garantindo-se ao concessionário, se não for verificada justa causa para o rompimento, a adequada indenização pela extinção antecipada, anterior ao termo final contratual.

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.”

Inconteste, portanto, que o prazo constitui elemento essencial ao contrato de concessão de serviço público, assim ratificado por várias disposições presentes da Lei Geral de Concessões, como se pode depreender dos seus artigos 2º, incisos II e III⁵⁷; 5º⁵⁸; 18, inciso I⁵⁹; 23, inciso I⁶⁰; 37⁶¹; 42, “caput” e parágrafos 1º e 2º⁶².

Desse rol de dispositivos legais, fazemos a referência de que a própria lei-quadro das concessões de serviço público traz como definição conceitual do instituto a sua característica de temporalidade (artigo 2º), infere a relevância da realização de estudos prévios para justificar a conveniência da outorga concessória num dado prazo de exploração (artigo 5º), trata da exigência da previsão do prazo no edital de licitação (artigo 18) e no contrato de concessão correspondente (artigo 23), além de disciplinar as hipóteses de extinção do contrato de concessão em razão de encampação (artigo 37) e da aplicação de um regime de transição para adaptação das concessões que não foram celebradas de acordo com os preceitos da nova lei-quadro (artigo 42).

⁵⁷ “ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

⁵⁸ “Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.”

⁵⁹ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;”

⁶⁰ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;”

⁶¹ “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

⁶² “Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. [\(Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007\).](#)

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.”

3.1.1. FIXAÇÃO DO PRAZO INICIAL: MARCO INICIAL E TERMO FINAL

Anotada a temporariedade do contrato de concessão de serviços públicos, devem ser investigados quais são os parâmetros, e as respectivas fontes de normatividade, adotados para o delineamento de um prazo inicial da concessão. O que demanda a fixação de seus termos inicial e final.

Fazemos referência a um prazo “inicial”, ou “original”⁶³, a fim de que, num passo seguinte, se analisem as possibilidades de elastecimento de tal prazo, oportunidade em que será devidamente equacionada a dinâmica das prorrogações das concessões com a necessária modificação do termo final de tais contratos.

É comum extrair da literatura jurídica o entendimento de que a concessão reúne como um de seus caracteres principais a lassidão de seu prazo. Inclusive, possuir uma temporalidade extensa, com transferência de serviço público aos particulares num horizonte de médio a longo prazo, é proposto como um dos critérios diferenciadores de outros contratos públicos, como a permissão de serviço público, esta compreendida como um contrato de natureza precária, sem prazos definidos ou com prazos curtos de vigência, com obrigação de reduzidos investimentos, denunciável a qualquer tempo pelo poder permitente, sem garantias de indenizabilidade ao permissionário.

Algumas motivações são possíveis para compreender essa tendência de assimilar a concessão de serviço público à posse de prazos longos de vigência, inclusive servindo de parâmetros objetivos para a fixação adequada ao prazo concessório.

É próprio da concessão de serviço público, como um instrumento jurídico dotado de segurança jurídica e de garantias à preservação dos direitos do concessionário, a pactuação de obrigações de investimentos financeiros relevantes sobre a estruturação e exploração de um serviço público concedido. Não raro, a outorga de contratos de concessão contempla a obrigação de execução e construção de uma obra pública, precedente à exploração do serviço, a fim de possibilitar a sua regular exploração. Dá-se, como exemplo, o caso de uma concessão de serviço metroviário numa cidade que não

⁶³ Confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (autora e organizadora). “Concessão de serviço público. Fixação e prorrogação do prazo”. Em: Temas Polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed., rev. e ampl., 3. Tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 350-352.

possua uma rede instalada. Trata-se de inovação de uma infraestrutura, cujo suporte de engenharia e responsabilidade financeira, constituindo um risco transferido integralmente ao concessionário, torna extremamente custosa a implantação de tal obra e serviço. Constitui fato notório a quantidade massiva de materiais, bens, mão-de-obra e o respectivo custo elevado necessários para por em curso o trajeto de uma linha de metrô para transporte coletivo de passageiros, especialmente em grandes centros urbanos.

Ao lado dessa obrigação de investimento, relevante notar que a concessão de serviço público é um instrumento por meio do qual, em tese, o poder concedente se limita a garantir a exploração dos serviços. A concessão de serviço público, ao menos na forma como regulada pela Lei Geral de Concessões (Lei Federal 8.987/1995)⁶⁴, pressupõe a instalação de um regime tarifário, por meio do qual serão os usuários do serviço público concedido que pagarão as tarifas que serão destinadas ao pagamento da remuneração do concessionário pactuada no contrato, existindo, em menor grau, a possibilidade de usufruir receitas de caráter alternativo ou acessório, que dependem do pleno, ou ao menos, parcial funcionamento do serviço público em questão, ou da fixação de subsídios favoravelmente aos usuários, diminuindo, em tese, o retorno da concessionária. Assim, em termos de cálculos aritméticos, para a conta fechar lucrativa à empresa concessionária, seria necessário que o valor da tarifa, que deve ser sempre fixado atento ao princípio da modicidade, seja devidamente dimensionado para amortizar os investimentos realizados, o que, logicamente, só será obtido no curso de tempo proporcional à monta de investimentos.

Num terceiro aspecto, temos que a atratividade gerada no mercado, para que as empresas se interessem em acordar com o Poder Concedente a celebração dos contratos de concessão, tende a ser mais elevada se os contratos possuam prazos de vigência mais largos. A não ser que se trate de um serviço público extremamente rentável no sentido de recebimento de tarifas ou de receitas alternativas ou acessórias de relevo, que logo compensem os investimentos a realizar, a tendência natural alinha-se à necessidade de aplicação inicial de investimentos bem elevada no estágio inaugural do projeto

⁶⁴ A Lei Federal 11.079/2004, instituidora de regras sobre as Parcerias Público-Privadas aplicáveis aos âmbitos federal e nacional, estruturou um regime remuneratório diferenciado, no qual o poder público assume obrigações de natureza remuneratória em relação ao parceiro privado, sob a forma de contraprestação pública. Pode haver, ou não, a associação da contraprestação pública a um regime tarifário, caso da concessão patrocinada. Já na concessão administrativa, não se admite a estipulação de tarifa.

concessório, com a sua recuperação esperada para somente num horizonte de médio e longo prazo, exigindo, portanto, pesada e segura fonte de financiamento logo de partida. Os custos de desmobilização da exploração de um serviço público, ainda que possam ser arcados diretamente pelo Poder Concedente, também devem ser ponderados na decisão do interessado em disputar o negócio concessório.

Em quarto estágio, tem-se a discricionariedade do Poder Concedente quanto à fixação do prazo. A depender do tipo de concessão de serviço público tratado, a lei aplicável pode estipular determinadas restrições à fixação do prazo. Essas limitações podem ser de variadas ordens: (i) temporal, com a lei determinando, *ex ante*, intervalos de prazos mínimos e/ou máximos que podem orientar a escolha do administrador público, ou, na hipótese contraposta, a ausência de qualquer parâmetro legal limitativo; (ii) de planejamento, com a lei determinando que certo serviço público a ser concedido deva ser limitado a prazos fixados em planos que declaram as políticas públicas prioritárias e estratégicas, a exemplo do Plano Plurianual. Ou seja, pode-se concluir que o campo para a escolha discricionária do Poder Concedente quanto ao prazo concessório é, portanto, de amplitude maleável.

Tomados esses parâmetros, pode-se concluir que a concessão de serviço público não ostenta prazos longos como elemento essencial de sua estrutura enquanto instituto jurídico. O que importa à definição da concessão de serviço público, assim como a qualquer outro contrato público, é a existência de um prazo, portanto de um intervalo de tempo certo e determinado em que aquele contrato projetará seus efeitos sobre a atividade concedida. Porém, é ordinário que às concessões seja atribuído um aprazamento longo, a fim de assegurar a estabilidade necessária na relação entre concedente, concessionário, usuário e órgão regulador do serviço público concedido e garantir a adequação e continuidade na prestação do serviço, também para possibilitar o retorno e amortização aos investimentos aplicados no serviço.

O regime da Lei 8.987/1995, a norma geral editada pela União Federal sobre as concessões de serviço público com fulcro na competência privativa prevista no

artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, é omissa sobre a imposição de prazos inflexíveis⁶⁵, ou, se flexíveis, máximos ou mínimos às concessões de serviço público⁶⁶.

Referido silêncio traz duas consequências imediatas. A primeira sustentada na generalidade e abstração das normas gerais, que traz a conferência de espaço para que a complementação de tal norma seja feita em setores regulados específicos, de acordo com as peculiaridades das obras e dos serviços⁶⁷, seja em outros entes federados, no caso de se tratar de competência exclusiva de Estados e Municípios para a exploração e disciplinamento de seus serviços públicos concedíveis, ou seja, a posse simultânea de competência administrativa e legislativa para dispor sobre os serviços públicos de sua titularidade, consoante disciplinam artigos 25, § 1º, e 30, inciso I, da Constituição Federal

⁶⁵ Registramos posição de Marcos Juruena Villela SOUTO, contrária à fixação preestabelecida na lei de prazos inflexíveis às concessões, ao declarar: “a lei não pode fixar o prazo dos contratos, por representar invasão em competência administrativa. É certo que ao administrador cabe dimensionar o prazo contratual, com vistas à conciliação entre o retorno do investimento e a modicidade das tarifas. Nada impede que o legislador fixe um prazo máximo, desde que razoável, após o qual, se não for admitida a prorrogação, é obrigatória a licitação. O prazo máximo pode vir fixado, genericamente, nas leis estaduais e municipais de concessões (já que a norma geral não o fez), ou na legislação específica para cada serviço” (em: Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. 2ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 130).

⁶⁶ Tomando por fator temporal limitador os entendimentos posteriores à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, essa temática da limitação de prazos às concessões de serviço público não era tão pacífica, havendo controvérsia, durante certo período, sobre a aplicabilidade do Decreto-lei 2.300/1986 e, posteriormente, da Lei 8.666/1993 no que diz respeito à fixação da duração máxima dos contratos de concessão. O Decreto-lei 2.300/1986, em seu artigo 47 dispunha essencialmente que a duração dos contratos regidos pelas leis em comento ficaria adstrita à “vigência dos créditos orçamentários”, à exceção de contratos que se relacionassem a projetos ou investimentos incluídos em orçamentos plurianuais, os quais não poderiam exceder cinco anos ou prazo máximo fixado na lei, e dos contratos que tivessem por objeto a prestação de serviços contínuos, que poderiam ultrapassar sua vigência até o exercício seguinte ao do crédito orçamentário empregado. Esse dispositivo legal teve a redação praticamente reproduzida no artigo 57 da Lei 8.666/1993, com o destaque da inclusão de novas hipóteses excepcionais à regra que atrelava a duração do contrato administrativo à vigência do crédito orçamentário. Com a edição da Lei Geral de Concessões, que afastou taxativamente a lógica da Lei Federal 8.666/93, a controvérsia foi superada, até diante da inexistência de recursos orçamentários dispendidos pelo poder concedente favorecendo pagamentos da remuneração da concessionária de serviço público, ao menos nas concessões comuns. No mesmo sentido: CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Prazo nos Contratos Públicos”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos. Volume 6. São Paulo: RT, 2014, p. 345.

⁶⁷ A Lei Federal 9.074/1995, editada em complemento à Lei Geral de Concessões, veio estabelecer um regime próprio a serviços públicos de competência da União, tratando em algumas passagens de regime específico a prazos de certos serviços públicos. No artigo 1º, parágrafo segundo, existe a referência taxativa ao prazo preestabelecido de 25 (vinte e cinco) anos às concessões de estações aduaneiras ou outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas, estipulada a possibilidade de prorrogação por mais 10 (dez) anos. No artigo 4º, parágrafo segundo, com redação dada pela Lei 10.848/2004, põe-se às concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 a possibilidade de fixação de um prazo contratual limitado a 35 (trinta e cinco) anos, serviente à amortização dos investimentos. Já as concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica, tratadas no artigo 4º, parágrafo terceiro, abarcam um prazo contratual máximo ligeiramente inferior, de 30 (trinta) anos, também detalhado como necessário à amortização de investimentos.

de 1988, respectivamente⁶⁸. A segunda consequência exibida da robustez e importância que os atos preliminares à contratação da concessão de serviço público passam a ostentar nessa fixação do prazo. Basicamente tratados pelo ato prévio justificativo da conveniência da outorga e pelo processo licitatório, ambos consistem numa cadeia de atos que também possui força de normatividade própria para regular as disposições específicas de cada serviço público concedido.

No que diz respeito à primeira consequência, tratamos de exemplos de legislações estaduais e municipais que, no exercício da competência legislativa suplementar, estipularam limitações aos prazos máximos e mínimos das concessões de serviço público.

Pela ordem cronológica, temos a Lei 10.086/1994, promulgada no Estado do Rio Grande do Sul e que trata sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, cujo artigo 4º, “caput” e parágrafos primeiro a terceiro, trata do assunto. Dispõe que o prazo inicial da concessão terá no máximo o intervalo de trinta anos (artigo 4º, parágrafo primeiro) e especifica que o prazo da concessão, fixado em edital de licitação, deve atender simultaneamente a dois critérios de natureza material⁶⁹ para o seu

⁶⁸ Hipotético problema estaria numa eventual disposição normativa editada no Congresso Nacional, de iniciativa da União Federal e com caráter de norma geral, que trouxesse previsão de prazos máximos ou mínimos para as concessões de serviços públicos em geral, abrangendo, também, aqueles serviços públicos de titularidade de Estados e Municípios. Evidente que uma disposição demasiado restritiva poderia acarretar engessamento da atividade administrativa que, no fim das contas, compete a quem é popularmente dotado do poder-dever de governar e administrar um determinado ente federado. Sobre esse assunto, Carlos Pinto Coelho MOTTA apresenta posição contundente, com a qual concordamos, no sentido de compreender que a Lei 8.987/1995 não é “norma integralmente transitiva ao Estado e Município”, não constituindo, portanto, uma lei “nacional”, e apurando que nos dispositivos que poderiam indicar uma suposta vinculatividade a Estados e Municípios não se versa sobre o limite temporal das concessões de serviço público. MOTTA pondera que nem se poderia, no limite, realizar tal restrição temporal da concessão de serviço público, porque a questão do limite temporal máximo ou mínimo não poderia ser tratada em normas gerais, tampouco pode ser enquadrada como princípio regente da atuação da administração pública, concluindo-se, portanto, que os entes políticos “podem e devem fixar o limite temporal de suas próprias concessões e permissões” (Eficácia nas concessões, permissões & parcerias. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 114-115).

⁶⁹ A legislação que dispõe sobre o regime de concessões de serviços públicos no Estado de São Paulo, numerada 7.835 e editada anos antes, em maio de 1992, não chegou a propor um limite máximo ou mínimo aos prazos de concessão, porém emprega similar redação, no artigo 10, ao tratar das peculiaridades e requisitos à fixação do prazo da concessão de serviço público, indicando a necessidade de fixação no edital licitatório e a observância, casuística, do interesse público e das necessidades públicas e os respectivos investimentos. Inclusive, na justificativa apresentada ao Projeto de Lei preparatório à Lei gaúcha (PL 360/1992), o Deputado Estadual Guilherme Socias Villela confirmou ter se inspirado na redação da Lei paulista, adaptando-a às diretrizes das propostas legislativas até então em tramitação no Congresso Nacional, que ainda não havia editado a Lei Geral de Concessões.

arbitramento, isto é, o interesse público e as necessidades ditadas pelo valor do investimento exigido pela exploração do serviço público concedido⁷⁰.

A Lei 13.241/2001, que dispõe sobre a organização dos serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, indica um parâmetro limitativo expresso, ao determinar que os prazos de duração dos contratos de concessão regulados pela lei será de, no máximo, 15 (quinze) anos, contados da data da assinatura do contrato, com inclusão nesse intervalo de eventuais prorrogações devidamente justificadas pelo Poder Público, se plenamente cumpridos os compromissos de investimentos em bens reversíveis (artigo 21, inciso I) e possibilitada uma extensão de prazo máximo para 25 (vinte e cinco) anos nos casos de “elevados investimentos em bens reversíveis”, condicionando-se, em todo o caso, a reserva de regulamento do Chefe do Poder Executivo para disciplinar a especificidade de incidência do prazo em cada concessão outorgada⁷¹.

O Decreto 56.232/2015 do Município de São Paulo, ao regulamentar a lei acima mencionada, estipula que o prazo da concessão a ser outorgada será de 20 (vinte) anos, com possibilidade de prorrogação por igual período, se devidamente justificada pelo Poder Concedente e atendido o interesse público⁷².

⁷⁰ “Art. 4º - A concessão de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação.

Parágrafo 1º - A concessão não poderá ser por prazo superior a trinta anos, podendo, contudo, ser prorrogada até o máximo de cinquenta anos no total.

Parágrafo 2º - O prazo da concessão, fixado no edital de licitação, deverá atender, em cada caso, ao interesse público e às necessidades ditadas pelo valor do investimento.

Parágrafo 3º - O poder concedente colocará à disposição dos licitantes os estudos, de que dispuser, sobre a viabilidade do serviço objeto da concessão.”

⁷¹ A Lei Municipal 13.241/2001, no artigo 11, dispõe que “Decreto elaborado pelo Poder Executivo, com base em prévios estudos técnicos e econômicos, determinará em especial: I – o prazo de concessão e de permissão, bem como sua possibilidade de prorrogação, obedecidos os prazos máximos fixados nesta lei”.

⁷² No decreto anterior revogado, Decreto 53.887/2013, editado pelo Prefeito então eleito no ano de início de seu mandato, havia a proposição de um sistema organizado de transporte coletivo urbano de passageiros em sistema de assimetria regulatória, com possibilidades de contratação dos prestadores do serviço por concessão ou permissão de serviço público, dependendo do tipo do objeto concedido, competindo ao instrumento da concessão a transferência do “serviço de operação de transporte coletivo no subsistema estrutural e/ou subsistema local”, e o da permissão, “serviço de operação de transporte coletivo no subsistema local” (artigo 4º, incisos I e II). O regulamento tratava o prazo da concessão num patamar inferior de 15 (quinze) anos, sem especificação de possibilidade de prorrogação (artigo 7º), enquanto que às permissões se conferia uma maleabilidade ao prazo, de até 7 (sete) anos, prorrogáveis por até 3 (três) anos (artigo 9º, parágrafo primeiro). Ou seja, além de propor uma modificação para um sistema de unicidade regulatória, com a concessão colocada como o único instrumento contratual hábil para a transferência da exploração do serviço público aos particulares, houve a percepção do Poder Concedente nesse novo modelo de transporte coletivo urbano por ônibus, trazido pelo Decreto 56.232/2015, da necessidade de majoração do prazo da concessão a ser realizada. Em reportagem, o Prefeito do Município de São Paulo Fernando Haddad ponderou

A propósito da segunda implicação, relacionada à relevância dos atos preliminares à contratação da concessão de serviço público, temos que a conduta do administrador público em proferir o ato justificativo da conveniência da outorga, de natureza essencialmente política, e lançar as bases do edital de licitação representam a etapa determinante para a fixação do prazo da concessão e de eventual prorrogação.

Além de dever respeito os princípios da administração pública, sobretudo legalidade e eficiência, esses atos preparatórios devem ser apoiados em justificativas técnicas, com estudos de viabilidade econômico-financeira, de impacto ambiental e projetos de engenharia que tratem aquele prazo específico à concessão de serviço público como o intervalo de tempo necessário para a prestação adequada do serviço pela iniciativa privada. Inclusive, esses estudos prévios podem contar com a participação popular, mediante instauração de audiências públicas preliminares, tanto na fase da expedição do ato justificativo da outorga, quanto na fase licitatória, ou de procedimentos de auscultação de potenciais licitantes interessados em participar de futuro certame licitatório ou apenas em colaborar com a formulação do modelo concessório.

Em concordância com o exposto, sobre a valorização da investigação e da formulação de engenharia de projeção econômico-financeira do contrato para a fixação do prazo concessório, as oportunas palavras de Antônio Carlos Cintra do AMARAL:

“O planejamento é, talvez, a etapa mais importante do processo de contratação da concessão de serviço público. A Administração deve, na etapa de planejamento, adotar alguns procedimentos prévios à licitação, indispensáveis à abertura desta. Um desses procedimentos (...) é a elaboração de estudo de viabilidade econômico-financeira da concessão.

O prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado. Ele deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido

que as modificações procedidas no regulamento decorreram de aperfeiçoamento sugerido após verificação independente, por consultoria, do estágio atual do sistema de transporte na cidade, licitado no ano de 2003, bem como das próprias exigências legais de universalização e atualização do serviço, exprimidas, por exemplo, da necessidade de instalação de ares condicionados na frota (Em: [Município disponibiliza resultado completo da verificação independente do transporte](http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/5157). Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/5157>. Acesso em: 15 de outubro de 2015; Prefeitura de São Paulo [lança edital de concessão do novo modelo de transporte](http://www.ebc.com.br/noticias/2015/10/prefeitura-de-sao-paulo-lanca-edital-de-concessao-do-novo-modelo-de-transporte). Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/10/prefeitura-de-sao-paulo-lanca-edital-de-concessao-do-novo-modelo-de-transporte>. Acesso em: 15 de outubro de 2015).

em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos, menos receitas alternativas e acessórias. O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade.

(...) A afirmação de que o prazo da concessão deve ser o indispensável à amortização dos investimentos previstos é complementada pela observação (...) de que se deve 'considerar a equação econômica inicial do contrato'. Equação, essa, da qual faz parte a tarifa, que, de acordo com a lei, deve ser 'módica'. Não se trata de superdimensionar a amortização dos investimentos em detrimento do conjunto da equação econômica, mas sim de salientar que, na prática, nem sempre a fixação do prazo tem sido sustentada em um sólido embasamento econômico. O que, obviamente, causa preocupação, já que a fixação do prazo da concessão está intimamente ligada ao estabelecimento da equação econômica inicial do contrato, que pode, assim, nascer já desbalanceada”⁷³

Em síntese, podem ser resumidos os critérios seguidos⁷⁴ para a fixação do prazo inicial das concessões de serviço público⁷⁵: (i) a existência de parâmetros limitativos – prazos flexíveis ou inflexíveis; mínimos e/ou máximos – previstos em lei-

⁷³ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público. 2ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86-87.

⁷⁴ Jacintho Arruda CÂMARA cita a existência de diversidade de variáveis possíveis na definição do prazo a um dado contrato de concessão de serviço público, sobretudo o tempo necessário para amortizar o investimento realizado (vide, por exemplo, casos de concessão de serviço público precedida de obra pública) e a hipótese em que o serviço delegado não demande maiores investimentos, ou em que a infraestrutura física, serviente à prestação do serviço público, já esteja devidamente existente e consolidada, dentro das perspectivas de progresso tecnológico. (“O Prazo nos Contratos Públicos”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 345-346).

⁷⁵ A título comparativo, fazemos referência ao texto das recentes Diretivas (i) 2014/23/UE, (ii) 2014/24/UE e (iii) 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 26 de fevereiro de 2014, relativas, respectivamente, à (i) adjudicação de contratos de concessão, (ii) aos contratos públicos e (iii) aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, buscados os aspectos específicos que dizem respeito ao presente tópico, quais sejam, os critérios que norteiam a duração da concessão de serviços públicos. Segundo dispõe o artigo 18.1. da Diretiva 2014/23/UE, “as concessões têm uma duração limitada. A autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante calcula a duração em função das obras ou serviços solicitados ao concessionário”; o artigo 18.2. da mesma Diretiva preceitua que “para as concessões de prazo superior a cinco anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras e dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos. Os investimentos tomados em conta para efeitos do cálculo incluem tanto os investimentos iniciais como os investimentos realizados durante o prazo da concessão”. Disponível em: <eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

quadro de concessões, ou, alternativa ou suplementarmente, no marco regulatório aplicável ao serviço público concedido; (ii) a atuação discricionária do Poder Concedente, em cada caso de concessão de serviço público, norteadas pela avaliação do prazo necessário da exploração do serviço, com justificativas políticas e técnicas, sobretudo econômico-financeiras, para que seja garantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o retorno esperado ao concessionário e à sociedade usuária⁷⁶.

3.2. DINÂMICA DAS PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Como vimos, a Constituição Federal fixou um regime especial de tratamento ao contrato de concessão de serviço público, condicionando à lei própria o dever de dispor sobre as especificidades desse contrato (artigo 175, parágrafo único, inciso I, CF/1988) e demarcando taxativamente que a prorrogação concessória deveria ser um dos itens a ser detalhados na lei regulamentadora desse dispositivo constitucional.

A Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos veio editada tratando que o contrato de concessão deve ter prazo determinado (artigo 2º, inciso II, Lei Federal 8.987/1995), o edital de licitação para a contratação da concessão deverá obrigatoriamente dispor sobre o prazo original da concessão (artigo 18, inciso I, Lei Federal 8.987/1995),

⁷⁶ Deve ser registrada a opinião de Jorge Agudo GONZÁLEZ sobre o ordenamento jurídico espanhol, vigente na data de 2011. Analisando a Lei de Contratação aplicável ao Setor Público (LCSP), considera que os termos inicial e final do contrato de concessão de gestão de serviços públicos, com eventuais prorrogações, somente poderiam ser modificados de acordo com os termos fixados “ex ante” na documentação desse contrato de concessão. Anota que o artigo 23.1. dessa Lei (LCSP) estabelece duas regras claras para a fixação da duração do prazo contratual original: (1ª) como regra geral, a duração dos contratos deverá ser estabelecida tendo em conta a natureza das prestações, a característica de seu financiamento e a necessidade de submissão periódica à concorrência pública, satisfazendo-se o princípio da livre concorrência determinado pelas regras comunitárias; (2ª) a regra geral da duração do contrato de concessão é aplicável sem prejuízo de normas especiais aplicáveis a certos contratos. E o artigo 23.2. da Lei mencionada (LCSP) prevê que o contrato poderá prever uma ou várias prorrogações sempre que as características de tal contrato de concessão permaneçam inalteráveis durante todo o período de duração e que a concorrência pública que antecedeu a contratação tenha sido realizada com consideração sobre a duração máxima do contrato, incluídos os períodos de prorrogação. GONZALEZ conclui que o prazo contratual, e eventuais prorrogações, constituem elemento essencial do contrato de concessão e devem ser objeto de conhecimento, inclusive no dimensionamento de suas potenciais alterações, desde a fase prévia da contratação, por todos os licitantes. Em: GONZALEZ, Jorge Agudo. “El tiempo en las concesiones de servicio publico. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia”. Em: Revista General de Derecho Administrativo, n. 26, Enero, 2011, p. 31-32. Disponível em: www.iustel.com. Acesso a versão gentilmente disponibilizada pelo autor em 05 de novembro de 2015.

além de impor que o instrumento contratual, além do prazo, deverá tratar das condições para prorrogação do contrato (artigo 23, incisos I e XII, Lei Federal 8.987/1995).

A característica do aprazamento das concessões de serviço público, deveras esmiuçada no item anterior, reforça a admissibilidade da prorrogação, pois somente com a existência de um termo final já sinalizado se ponderará a respeito da pertinência de modificá-lo, para permitir um tempo superior da exploração do serviço público concedido.

A essa constatação se somam as possibilidades de mutabilidade das peculiaridades fáticas do serviço concedido e do próprio contrato de concessão ao longo do seu prazo de vigência, o que pode tornar pertinente a ativação da prorrogação.

A possibilidade jurídica da prorrogação das concessões de serviço público é resultado da interpretação desse quadro normativo e decorre, principalmente, da autorização constitucional expressa de sua ocorrência, de efetividade plena e imediata.

3.2.1. O CONCEITO JURÍDICO ADOTADO DE PRORROGAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Passamos a conceber o conceito de prorrogação de concessão de serviço público, buscando, ao confrontar as posições doutrinárias existentes sobre o tema, delimitar os pontos de concordância e divergência entre as correntes e fixar o entendimento seguido neste trabalho.

Hely Lopes MEIRELLES, muito embora relacionando conceito, bastante reproduzido na doutrina, à teoria geral dos contratos administrativos, afirma que “*prorrogação do contrato* é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, *com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores*“, avançando para esclarecer que tal prorrogação se instrumentaliza por intermédio de *termo aditivo*, independe de nova licitação e, finalmente, atrela o novo prazo a patamar numérico idêntico, inferior ou superior ao do contrato originalmente firmado⁷⁷.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 237.

Já Carmen Lúcia Antunes ROCHA enuncia a prorrogação da concessão como “*a continuidade permitida de vigência da concessão, após o período inicialmente combinado*”, dotada de “*prazo definido, limitador do espaço de vigência temporal da concessão*”, podendo ensejar a “*modificação da concessão, inclusive dela se retirando características que prevaleciam anteriormente e agora não mais prosperam no sistema jurídico*”, a exemplo da exclusividade da outorga ao concessionário, suprimida pelo artigo 16 da Lei 8.987/1995⁷⁸, devendo a outorga original a ser prorrogada ter sido precedida das “*fases obrigatórias inclusive de escolha impessoal da concessionária*” segundo as normas de Direito⁷⁹.

Carlos Ari SUNDFELD, Jacintho Arruda CÂMARA e Rodrigo Pagani de SOUZA associam a prorrogação do contrato de concessão a uma extensão do prazo contratual para um novo período, predefinido contratualmente, que é acionada com base no interesse público e na conveniência das partes, desde que admitida previamente no edital de licitação precedente à contratação e nos termos do próprio contrato concessório. Atribuem à prorrogação concessória a característica de um contrato derivado, de relativa autonomia em relação às bases do contrato original de concessão. Distinguem a prorrogação da mera dilação do prazo do contrato de concessão, pois esta última figura se encontra justificada pela existência de um fato superveniente e incerto que exija a adoção dessa medida ampliativa do prazo contratual como método necessário para a recomposição da equação econômico-financeira inicialmente pactuada e viabilização de um maior tempo para a amortização dos investimentos⁸⁰.

⁷⁸ Como outro exemplo dessa supressão de privilégios conferidos ao concessionário em virtude da ativação da cláusula prorrogatória, temos o caso do artigo 15 da Lei Federal 9.074/1995, segundo o qual há a disposição de que, respeitados os contratos de fornecimento vigentes à época da edição da Lei, as prorrogações das concessões daquela época, ou de novas concessões regidas por aquele arcabouço normativo deveriam ser realizadas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, sendo que esses consumidores poderiam optar por contratar o fornecimento, no todo ou em parte, de produtor independente de energia elétrica e, depois de três anos, os consumidores mencionados estariam liberados de estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado.

⁷⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59-61.

⁸⁰ Nos dizeres dos três autores: “A prorrogação ou renovação da concessão é medida consensual, aceita pelo Estado com base em poder discricionário que lhe é conferido constitucionalmente (CF, art. 175, parágrafo único, I). Destina-se a manter o serviço público em mãos de quem tenha demonstrado capacidade e idoneidade para dele cuidar, evitando os riscos de uma transição desastrosa para um novo prestador. Sua justificativa é, portanto, o interesse público, não o direito de o concessionário completar a amortização do capital investido. Embora se devam respeitar os termos e condições oriundos da licitação e do contrato original, a prorrogação é quase um contrato derivado, com relativa autonomia” (“Concessão de serviço

Floriano de Azevedo MARQUES NETO compreende a prorrogação da concessão como “*a previsão de um novo prazo de concessão que projeta o plexo de direitos e obrigações subjacente a ela para um novo período, igual ou inferior ao inicial*” e significa “*a possibilidade de prosseguimento na exploração da utilidade concedida*”, presumindo-se que a exploração pelo prazo original tenha sido suficiente a satisfazer a perspectiva original do concessionário e que o novo prazo, vigente para a prorrogação, seja dedicado a integração de nova pauta de investimentos e exploração do serviço concedido, distinta do primeiro intervalo. Daí porque MARQUES NETO vem rejeitar a assimilação da prorrogação do prazo da concessão com a “*extensão do prazo para fins de reequilíbrio*” e com a “*devolução do prazo de delegação diante de situações que tenham impedido a regular fluência do prazo inicial*”⁸¹.

No que tange a doutrinadores estrangeiros, que trataram, portanto, de teorizar a prorrogação concessória numa realidade de ordenamento jurídico diversa ao caso brasileiro, oportuno colacionar os posicionamentos de quatro expoentes: Jaime F. RODRIGUEZ-ARAÑA, Jorge Agudo GONZÁLEZ, Pedro da Costa GONÇALVES e Lino TORRALBA, sendo os dois primeiros representantes da escola jurídica espanhola, e os dois últimos, da lusitana.

Jaime F. RODRIGUEZ-ARAÑA trata da prorrogação da concessão de serviço público como uma espécie das alterações contratuais possíveis à concessão, ou seja, permitindo a modificação do termo final da concessão do serviço público, constituindo-se como uma expressão da “*potestas variandi*” do contrato. Compreende a prorrogação como uma consequência decorrente do princípio da continuidade do serviço público, da necessidade de concretizar a amortização dos investimentos realizados no serviço, qualificando-se, portanto, como uma “*fórmula econômica corretora*”. Concilia, também, a prorrogação da concessão às situações em que por circunstâncias alheias à vontade do concessionário se produza um quadro econômico deficitário e se torne

público: Limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária”, em: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.), Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 43).

⁸¹ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 167-170.

imprescindível o prolongamento da concessão pelo tempo necessário, nas suas mesmas condições contratuais, ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro⁸².

Em artigo publicado no ano de 2011, portanto, já observando as recentes reformas legislativas que se sucederam na Espanha em prol da recepção de Diretivas da União Europeia sobre contratos públicos, Jorge Agudo GONZÁLEZ expõe, em resumo, que a prorrogação concessória representa o aumento da duração da concessão; está orientada, na sua ativação, pela observância dos critérios das características do serviço e dos investimentos realizáveis pelo concessionário; deve estar expressamente prevista no processo de licitação e no respectivo contrato de gestão de serviços públicos, tendo sido superada, por inovação legislativa, a possibilidade de recondução tácita; e, finalmente, a prorrogação não pode corresponder à assunção de obrigações que comportem uma modificação substancial ao originalmente contratado, nem representar o atendimento a favorecimento de interesses exclusivos dos concessionários, sob pena de violação dos princípios da livre concorrência, igualdade de trato aos licitantes e da transparência.⁸³

Pedro da Costa GONÇALVES compreende a prorrogação do contrato de concessão como o *“prolongamento de sua vigência, que determina o protelamento do termo da concessão”*. Classifica as possíveis prorrogações como expressa ou tácita, sendo essa última imperativamente preestabelecida em sua dimensão de prazo na lei-quadro da concessão de serviço público. Acolhe a tese de que a prorrogação só é factível juridicamente quando esteja prevista nas normas de procedimento de adjudicação da concessão, em respeito às normas de publicidade e concorrência ampla, sendo insuficiente a sua mera previsão no instrumento contratual respectivo celebrado⁸⁴.

⁸²RODRIGUEZ-ARAÑA, Jaime F. La prorroga en los contratos administrativos: concepto, funcionalidad y regimen en los contratos de obras y en los de gestion de servicios públicos. Editorial Montecorvo S/A: Madrid, 1988, p. 118-121.

⁸³ Em tempo, um esclarecimento: GONZALEZ define modificação substancial do originalmente contratado como a “prática administrativa que acompanha a prorrogação do contrato com novas obrigações para o contratado que nada se relacionam com a prestação original, ou obrigações que pretendam justificar a dita ampliação do prazo do contrato em relações contratuais alheias ao contrato de gestão de serviço público”, exemplificando com o caso de “ampliação do prazo para financiar obras com fins distintos aos que integram o objeto do contrato de gestão de serviço público” (tradução livre do original). Em: GONZALEZ, Jorge Agudo. “El tiempo en las concesiones de servicio publico. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”. Em: Revista General de Derecho Administrativo, n. 26, Enero, 2011, p. 11, 14 e 26. Disponível em: www.iustel.com. Acesso a versão gentilmente disponibilizada pelo autor em 05 de novembro de 2015.

⁸⁴ GONÇALVES, Pedro da Costa. A Concessão de Serviços Públicos: uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999, p. 328.

Lino TORGAL afirmou adotar posição tradicional jusadministrativista sobre o tema, inspirado na doutrina de Pedro da Costa GONÇALVES, Diogo Freitas do AMARAL, Laurent RICHER e Vincenzo Cerulli IRELLI. Coloca a prorrogação da concessão de serviço público como equivalente à “*ampliação, por um certo período, do prazo de validade do título originário*”, tratando-se de uma “*mera modificação [do termo final], decidida naquele momento [do termo final do prazo original] ou antes, protraindo a vigência do mesmo contrato por um período superior ao primitivamente definido*”.⁸⁵

Partindo das contribuições obtidas por este levantamento doutrinário, podemos tratar da conceituação da prorrogação da concessão de serviço público nos seguintes termos: **consiste numa técnica de modificação do contrato, incidindo sobre o prazo de vigência, por meio da qual há a postergação do termo final da concessão de serviço público, atribuindo-se ao mesmo concessionário original já selecionado por processo seletivo impessoal um novo intervalo de tempo determinado para que continue a prestar o mesmo serviço público, com similares obrigações genéricas de continuidade e adequação, porém adstrito ao cumprimento de deveres atualizados da prestação do serviço, seja sob novo regime remuneratório – preferencialmente respeitando o princípio da modicidade tarifária –, seja sob novo ciclo de investimentos em universo de obras públicas e bens reversíveis essenciais ao serviço.**

Segue-se uma identificação de cada elemento cumulativamente proposto ao conceito de prorrogação concessória, com as justificativas necessárias da adoção, ou rejeição, de cada uma das correntes doutrinárias rastreadas.

Mais do que um ato jurídico em sentido estrito, a prorrogação da concessão deve ser tratada como uma técnica de modificação do contrato, pois ela serve ao propósito da dinâmica e da mutabilidade dos contratos públicos, ao alterar, como providência imediata, o prazo de vigência do ajuste, a partir de termos preestabelecidos na lei e no contrato de concessão de serviço público. Como providência mediata, observamos que a decisão pela prorrogação não é vazia: ela está carregada de sentido e finalidades, apropriadas para a manutenção e melhoria da qualidade da prestação da concessão de serviço público, assim possuindo a característica de uma decisão político-administrativa,

⁸⁵ TORGAL, Lino. “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”. Em: GONÇALVES, Pedro Costa (director), *Revista de Contratos Públicos*, Lisboa, n.1, Jan.-Abr.2011, p. 222-223.

com fundo consensual, que afeta uma das funções prestacionais titularizadas pelo Estado, com o objetivo de abarcar as necessidades públicas previsíveis, já estimadas no acordo concessório inicial, mas de ocorrência futura para além do prazo original da concessão.

A prorrogação, para ocorrer, depende da temporariedade do contrato de concessão. Seria inadmissível refletir em prorrogação na hipótese de se tratar de uma concessão sob tempo indeterminado, ou uma concessão eterna, sem prazo. Há, pois, a necessidade de que se fixe um prazo inicial, seja pela via convencional, seja pela via legal, ao contrato de concessão de serviço público.

Num passo seguinte, fazemos referência ao objeto da prorrogação: a modificação do termo final do contrato de concessão, que, no ajuste prorrogado, faz com que esse termo final seja conduzido a um período posterior ao original. Ou seja, conforme entendimento unânime da doutrina citada, necessariamente haverá uma ampliação do prazo de vigência do contrato de concessão, mesmo se se tratar de uma hipótese de prorrogação antecipada, como analisaremos adiante. Note-se, nesse particular, uma das peculiaridades à prorrogação concessória: a sua ocorrência é eventual, de modo que o lapso de tempo que pode agregar à concessão, no caso de sua ativação, não é contabilizado desde o momento da celebração da concessão, razão pela qual sempre trará um saldo positivo no cômputo do prazo concessório se a prorrogação for concretizada.

Alguns doutrinadores mencionados acima aplicam ao conceito de prorrogação de concessão de serviço público a necessidade de que o prazo de vigência da prorrogação seja, no mínimo, idêntico ou inferior ao prazo original pactuado à avença. Ousamos discordar de tal limitação, entendendo que o prazo prorrogado pode ser superior ao inicialmente fixado ao ajuste concessório, trazendo à baila o exemplo da prorrogação antecipada, em que o prazo originariamente previsto não é computado na sua integralidade, dando ensejo ao cumprimento do prazo da prorrogação antes de seu encerramento. Como regra geral, entretanto, fica preservado o entendimento de que a concessão somente pode ser prorrogada em igual período ao do original, ou inferior.

O próximo elemento se relaciona ao aspecto subjetivo do contrato: deve haver coincidência das partes envolvidas no pacto concessório, tomada por parâmetro de comparação a realidade havida antes e depois do ato de prorrogação. Proceder contra as normas jurídicas eventual ato de Poder Concedente que atribua a pessoa jurídica diversa do concessionário original o lapso de tempo da prorrogação concessória, sem que ocorram as

excepcionalidades expressamente tratadas nas leis-quadro de concessões, tais como a privatização de ativos de empresas estatais prestadoras e concessionárias de serviço público (artigo 27 da Lei 9.074/1995) ou a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária com prévia anuência do Poder Concedente (artigo 27 da Lei 8.987/1995).

Ainda sobre o aspecto subjetivo do contrato de concessão, destacamos um detalhe de ordem procedimental, relacionado à necessidade de que a concessionária tenha sido escolhida mediante a realização de um processo seletivo impessoal prévio à celebração do contrato de concessão, sob pena de invalidade da prorrogação a ser outorgada. Esse entendimento decorre de interpretação contemporânea das normas jurídicas aplicáveis à concessão de serviço público, sobretudo diante da fixação constitucional da exigência do dever de licitação prévia, descrito no artigo 175 da Constituição Federal de 1988. Esse raciocínio será melhor trabalhado por ocasião do trato das especificidades de cada setor regulado e da análise do controle judicial das prorrogações de concessão de serviço público, até diante de eventual colisão de direitos fundamentais, o direito da concessionária à preservação de ato jurídico perfeito fixado em contrato de concessão de natureza especial e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, contraposto à exigência constitucional do dever de licitar e o resguardo à isonomia dos eventuais interessados no objeto concessório.

Prosseguimos com a identificação de que, com a prorrogação da concessão de serviço público, haverá a conservação e reavaliação dos condicionamentos existentes do ajuste objeto de ampliação temporal. As novas disposições vão se integrar ao relacionamento superveniente, como se fosse uma *não solução de continuidade*, inexistindo interrupção no relacionamento contratual. Nesse aspecto, a prorrogação concessória se distinguirá da renovação concessória, diferenciação que abordaremos com vagar num capítulo posterior.

E por essa mesma razão de se tratar de uma única relação contratual, só que prorrogada, se conclui que a prorrogação concessória não se coaduna com a realização de um novo processo licitatório. Frise-se: a prorrogação concessória pode depender, para a sua concretização, a que um processo licitatório *anterior* à contratação da concessão de serviço público seja realizado, mas não de um *novo* processo licitatório, no curso da vigência do contrato de concessão, para que haja a decisão pela prorrogação. Resta

evidente que, se o Poder Concedente resolve realizar uma nova licitação no advento do termo contratual original da concessão, é lógico refletir que houve um indeferimento, no mínimo tácito, à possível pretensão do concessionário em prorrogar as bases do contrato concessório original. A prorrogação e a nova licitação são figuras incompatíveis entre si, ante as suas consequências jurídicas de manter uma avença em extensão do prazo original e pactuar um novo contrato de concessão, ainda que com o mesmo concessionário anterior, mas norteadas pelo lançamento de uma nova disputa, competitiva, com os interessados no mercado.

Admitimos como outro elemento desse conceito a necessidade de que a prorrogação seja exteriorizada por uma manifestação de vontade diretiva, que declare a extensão do prazo de vigência contratual. Evidente, nesse ponto, que a decisão pela prorrogação não deve ser obrigatoriamente tomada antes do término do prazo contratual original, sob pena de sua anulação. Processos administrativos que antecedem a decisão de prorrogação concessória, como sabido, podem sofrer com adiamentos e descumprimentos dos prazos previstos no regulamento específico, ou até suspensões decorrentes de intervenção de instituições de controle externo. O que se deve ponderar como elemento necessário à validade da prorrogação, e daí integrando o seu conceito, é que a prorrogação deve seguir as regras previstas na lei e no regulamento contratual, sendo prudente que ela seja manifestada pelo interessado e definitivamente decidida, com interveniência do Poder Concedente, antes do fim do prazo original da concessão.

Finalmente, colocamos como elemento essencial à prorrogação da concessão de serviço público a circunstância de que o concessionário deverá se comprometer a cumprir deveres atualizados da prestação do serviço, constituindo-se uma renovada pauta remuneratória, o respectivo disciplinamento de amortização de novos investimentos e retornos esperados para o ciclo prorrogado⁸⁶. Nesse ponto, consideramos a

⁸⁶ Lino TORGAL esclarece com maestria o motivo da necessidade de a prorrogação, aqui encarada sob a sua perspectiva premial, ter de representar a aquisição, pelo concessionário, da obrigação de realizar uma nova pauta de investimentos no período prorrogado da concessão. Aponta que “o prolongamento ‘premiado’ do prazo originário do contrato, não sendo justificado pela necessidade de amortizar encargos supervenientes, envolverá a atribuição de uma remuneração extraordinária ao concessionário, em acréscimo à prevista na primitiva equação contratual”. Ou seja, na hipótese em que não se fixe nova pauta de investimentos, a prorrogação terá por base, unicamente, permitir ao concessionário incrementar a percepção de sua receita, caso se mantenham as expectativas de demanda dos usuários. Em: TORGAL, Lino. “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”. Em: GONÇALVES, Pedro Costa (director), Revista de Contratos Públicos, Lisboa, n.1, Jan.-Abr.2011, p. 239.

relevante distinção doutrinária entre a mera extensão do prazo da concessão de serviço público decorrente de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro favoravelmente ao concessionário, desvinculada da obrigação de novos investimentos e repactuação tarifária, e a prorrogação da concessão, esta sim dotada dessa última finalidade de prática de investimentos e redefinição do regime tarifário ao longo do prazo prorrogado.

Pelos fundamentos expostos, assumimos claramente a tendência de concordar com o entendimento doutrinário focado na tese de que a extensão do prazo do contrato de concessão de serviço público para fins de recomposição do equilíbrio econômico financeiro e aquela para finalidade de devolver prazo contratual ao concessionário⁸⁷ não são convergentes com o conceito adotado neste trabalho para a prorrogação das concessões de serviço público.

Mas diante da existência dessa divergência doutrinária sobre a conceituação de prorrogação concessória e de sua certa repercussão no rastreamento jurisprudencial que compõe parte essencial desse trabalho⁸⁸, fazemos uma licença para

⁸⁷ Mencionamos, nesse ponto, o entendimento de Floriano de Azevedo MARQUES NETO sobre as especificidades da prorrogação concessória e as suas diferenças em relação aos atos de extensão de prazo para fins de reequilíbrio e de devolução de prazo das concessões de serviço público. Segundo o autor, “[e]xtensão do prazo para fins de reequilíbrio é o inverso da prorrogação. Aqui ocorre que, por qualquer circunstância, o balanço contratual não pôde ser atingido, exigindo sua recomposição. Nesse caso, uma das hipóteses de reposição do equilíbrio original é a extensão do prazo, sendo, efetivamente, o prazo de concessão um elemento da equação econômica (a exploração da utilidade pública por n anos é menos vantajosa que a exploração do mesmo objeto por $n + x$ anos). A extensão de prazo para fins de reequilíbrio, ademais, pode ter lugar mesmo em contratos que não prevejam a prorrogação ou que a vedem, pois com ela não se confunde”. Por outro ângulo, defende que “devolução de prazo se assemelha à hipótese (...) [de extensão] e também se distingue da prorrogação. Aqui a condição precedente é que o curso regular da concessão tenha sido tolhido por fator inimputável ao particular, abalando a variável prazo da equação econômica. É o que ocorre, por exemplo, com o atraso no licenciamento ambiental que posterga a conclusão da implantação de uma utilidade pública concedida, reduzindo o prazo previsto para sua exploração pelo concessionário. Nessa hipótese, a devolução de prazo cumpre também a função de recompor a equação inicial, fazendo-o de modo linear: repondo a mesma variável impactada, na mesma proporção do evento de desequilíbrio”. Em: Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 168.

⁸⁸ Ponderamos que parte do dissenso doutrinário decorre, precipuamente, da falta de rigor metodológico da técnica de redação dos dispositivos legais que tratam sobre os possíveis elasticamentos dos prazos de vigência das concessões de serviço público. É ordinário que se faça a assimilação a todo tipo de elasticamento de prazo da concessão à ocorrência de uma prorrogação. E como foi advertido ao longo da exposição do plano de trabalho, trazido no capítulo introdutório, é adotado como fase da metodologia, na pesquisa jurisprudencial, o sistema de busca por palavras-chave, em que foram pré-selecionadas como relevantes “concessão de serviço público”, e a sua variante reduzida “concessão”, e “prorrogação”, admitidos os parâmetros de combinação “e” ou “ou” a esses termos. Como será objeto de melhor detalhamento e crítica em tópico oportuno, seriados acórdãos trataram de aplicar regras presentes dos dispositivos legais da Constituição Federal e de leis-quadro de concessões de serviço público específicas sobre a prorrogação concessória, a exemplo da necessidade de sua previsão no edital de licitação precedente à contratação, para motivar a ilegalidade de elasticamentos de prazos que não tinham por fundamento a previsão contratual, mas sim uma autorização legislativa especialíssima e transitória – exemplo da regra presente do artigo 42 da Lei

atribuir a natureza de “**prorrogação imprópria**” à extensão ampliativa do prazo de concessão podendo ser desvinculada de obrigação de novos investimentos e/ou repactuação tarifária, que tenha por fundamento a ocorrência de um fato imprevisível ao longo da execução do contrato e seja destinada aos papéis de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão ou de permitir a continuidade da exploração por uma necessidade operacional do poder concedente.

Nos itens que se seguirão, de natureza prevalentemente taxonômica, a análise trará o delineamento dos aspectos estruturais da prorrogação concessória e das condições que influenciam, positiva ou negativamente, nas decisões pela previsão abstrata de prorrogação na lei, pela estipulação concreta em cláusula contratual prorrogatória e pelas respectivas ativações para se alongar o prazo de vigência das concessões.

3.2.1.1. OBJETO DA PRORROGAÇÃO

Como já anunciado por ocasião do tratamento da conceituação, a prorrogação concessória ostenta como objeto uma extensão do prazo de vigência da concessão, que projeta a realização de um novo ciclo de exploração do contrato de concessão de serviço público, com as especificidades de obrigações de investimento e repactuação de regime tarifário.

Fosse apenas a prorrogação constituída pela extensão do prazo de vigência, em seu objeto seriam possíveis assimilações com alterações em cronogramas de execução das etapas da concessão, reposição de prazos decorrentes de atrasos imputados ao poder concedente – como, por exemplo, demoras para efetivação de desapropriação de área necessária à construção de uma obra pública, uma estação elevatória de água para transporte até adução e transporte até estação de tratamento e posterior distribuição, uma obra imprescindível e precedente à prestação do serviço de saneamento básico –, e outras formas de recomposição da equação econômico-financeira original.

Federal 8.987/1995, que determinava a continuidade de concessões até o prazo necessário à realização de levantamentos e avaliações para organização de licitações para novas outorgas de concessões de serviço público. Trata-se, portanto, de uma crítica dupla: tanto ao processo legislativo falho e casuístico, quanto ao controle jurisdicional com fundamentação imprópria para a solução de litígios surgidos do inadequado tratamento dos prazos contratuais da concessão de serviço público e suas eventuais prorrogações.

No entanto, as dilações de prazo descritas no parágrafo anterior decorrem precipuamente do restabelecimento das bases contratuais originais, um direito constitucionalmente assegurado ao concessionário de serviço público que teve subtraído o direito de plena exploração do serviço público no tempo e modo contratado conforme a proposta, assim tutelado pela garantia prevista nos artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal de 1988.

3.2.1.2. FINALIDADES DA PRORROGAÇÃO

A prorrogação da concessão de serviço público, como todo ato de natureza administrativa, observa múltiplas finalidades, que podem variar na gradação de sua relevância à decisão pela prorrogação.

Partimos, portanto, de uma ponderação de que inexistente uma única finalidade que satisfaça e atenda os interesses mútuos, públicos e privados, convergentes numa concessão de serviço público.

Uma das principais finalidades da prorrogação concessória está representada pela garantia da continuidade do serviço público⁸⁹. O advento do termo contratual da concessão de serviço público pode ensejar riscos à continuidade da sua prestação, já que, em teoria, com o encerramento da concessão, o poder concedente deveria retomar os bens e serviços concedidos e proceder a uma nova licitação ou uma prestação direta de tal serviço, mediante seus órgãos internos. Por razões de organização administrativa e definição da relevância dos interesses públicos, nem sempre a Administração concedente pode estar suficientemente aparelhada tanto no sentido orçamentário, quanto no sentido de pessoal para dar cabo às exigências de plena disponibilidade dos serviços públicos com condições de atendimento universal e adequado a todos os cidadãos-usuários. E essa falta de amparo organizacional também pode ocorrer

⁸⁹ Confira-se a análise de Maria d'Assunção COSTA e Natália Felipe Lima BONFIM, que consideram que a prorrogação do contrato de concessão decorre de uma norma expressa de proteção e comprometimento para os contratantes públicos e privados, com a finalidade precípua de promover e atingir a universalidade dos usuários dos serviços públicos. Em: "Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais". Em: Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56971>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

em relação à preparação do processo licitatório, em que o Poder Concedente não detenha a possibilidade de realizar com competência e em tempo útil os estudos técnicos e projetos básicos prévios a uma nova licitação, seja por conta da complexidade da apuração a ser realizada, seja pela inexistência de recursos humanos e financeiros para cumprir com tal desiderato.

Uma outra face da finalidade da garantia da continuidade do serviço público é correspondida pela premiação à concessionária pela boa qualidade na prestação do serviço. A excelência na prestação dos serviços vem sendo considerada como um bom parâmetro para nivelar o desempenho das concessionárias, sobretudo quando se trate de atividades concedidas que estejam sendo praticadas sob exclusividade, decorrentes ou da característica de monopólio natural ao serviço, ou de opção legislativa. Nesse ponto, temos que há também uma perspectiva segura de agregação de melhores e atualizados serviços pelo próprio concessionário contratado.

Outra finalidade verificada na prorrogação, especificamente na prorrogação imprópria, consiste na compensação econômica do concessionário, como recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão do acontecimento que tenha afetado as condições efetivas da proposta apresentada pelo concessionário, desnivelando as obrigações relacionais fixadas.

Mais uma finalidade da prorrogação do prazo, também na perspectiva da prorrogação imprópria, pode ser destacada da extensão do prazo para amortizar investimentos efetuados pelo concessionário com o objetivo de garantir a atualidade e continuidade do serviço, quando a administração pública não reúna capitalização suficiente para realizar o pagamento de indenizações ao advento do termo contratual.

E uma outra finalidade da prorrogação, vista de forma indireta a uma ação da administração pública, é encontrada na superação de externalidades decorrentes de frustração de procedimento licitatório. Explica-se. A administração pública tem o dever de se preparar para a retomada da prestação dos serviços públicos, de forma direta, ou, se compreender pertinente, desencadear novo processo licitatório para nova outorga da prestação de serviços, mesmo na pendência de não manifestar interesse pela ativação de cláusula prorrogatória prevista no ajuste concessório em vigência. Se a licitação feita no encerramento do prazo de vigência da concessão em vigor tenha resultado deserta, nada obsta ao poder concedente que reavalie a decisão pelo lançamento do processo de licitação,

no exercício de sua autotutela, passando a considerar o custo-benefício, agora superior, de se prorrogar o ajuste em curso.

A decisão pela prorrogação configura um ato sindicável pelas instâncias de controle, principalmente em seu aspecto de finalidade.

3.2.1.3. DISTINÇÃO ENTRE PRORROGAÇÃO E RENOVAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Como outro aspecto relacionado à conceituação adotada de prorrogação de concessão de serviço público, temos de apresentar os fundamentos para justificar a distinção entre a figura da prorrogação e a figura, aproximada, da renovação contratual.

A renovação contratual desse mesmo tipo de contrato pressupõe a criação de uma relação jurídica nova⁹⁰, com fixação de obrigações e direitos inéditos sob a pactuação de um novo equilíbrio econômico-financeiro, tarifa e regras de exploração do serviço, inclusive, com fixação de metas de investimento e política de empreendimento concessório diferenciada em relação ao primeiro contrato. Há a outorga de uma nova concessão ao concessionário, que passa a ostentar um título jurídico renovado em que se baseia o empreendimento concessório.

Mas, ao contrário da prorrogação, na renovação observa-se a sequência de dois ajustes contratuais seguidos, distintos entre si. O primeiro tem o seu prazo encerrado, finda com as obrigações características de apuração, acerto e prestação de contas entre concessionário e o poder concedente. O contrato renovado, às vezes sob regime jurídico modificado, preceitua que novas obrigações sejam acertadas, ainda que possa ser mantida a identidade subjetiva de concessionário e poder concedente.

⁹⁰ Sobre o tema, confira-se entendimento de Paulo Dóron Rehder de ARAÚJO, que, muito embora tenha realizado trabalho específico sobre contratos civis, adotou premissas gerais, vindas da doutrina de PONTES DE MIRANDA, tratando do estabelecimento da diferença primordial entre renovação e prorrogação com o estabelecimento de relações segmentadas quanto a seu prazo de vigência (na renovação) e unidas quanto ao seu prazo de vigência (na prorrogação). Em: Prorrogação compulsória de contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 42-47. Disponível em: www.teses.usp.br. Acesso em: 17 de julho de 2015.

A prorrogação da concessão de serviço público acarreta a continuidade do pacto concessório existente, prolonga-o, em relação jurídica única, não suscetível de interrupção. A modificação do prazo do contrato é permitida desde o início do prazo de vigência, ou incide posteriormente, por consentimento entre as partes. O contrato primitivo, ao ser prorrogado, conserva a sua vigência. E apesar de poder constituir o cometimento de novas obrigações de investimento ao concessionário, não pode, sob hipótese alguma, verter alteração no objeto da concessão.

Uma distinção exata entre as duas figuras é de grande relevância para a adoção da técnica prorrogatória, diante de questionamentos de natureza econômica, administrativa e tributária relacionadas com o desenvolvimento da atividade concessória.

Damos como exemplo da influência de natureza tributária, aplicável no setor de telecomunicações, a influência do caráter da relação jurídica única de um contrato de concessão prorrogado. Como única, o certificado de licença para o funcionamento de estações de telecomunicações, que constitui o fato gerador da cobrança de taxa de fiscalização e instalação dessa estação de telecomunicação, não precisa ser novamente expedido, se ele o fora expedido para durar no intervalo da vigência do prazo contratual da concessão, somente elastecido pela prorrogação prevista na lei e no contrato de regência⁹¹.

⁹¹ Confira-se o precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E INSTALAÇÃO. RENOVAÇÃO DE LICENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA COBRANÇA. PRECEDENTE DESTA TURMA. 1. Se fato gerador da taxa é a "emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações" (para aferir a plena adequação técnico-jurídica das instalações ou aptidão das estações para correta prestação do serviço público concedido), ele não ocorre quando, fundado em dispositivos contratuais e legais (§1º do art. 207 da Lei nº 9.472/1997, c/c art. 23, XII, da Lei nº 8.987/95), há mera prorrogação do contrato de concessão anterior, pois o art. 35 da Lei nº 8.987/95 tal fato não erige como causa de extinção do pacto e, de consequência, da licença pretérita. Numeração Única: 0017720-53.2007.4.01.3400. AMS 2007.34.00.017818-5 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL. Órgão: SÉTIMA TURMA. Publicação: 26/02/2010 e-DJF1 P. 389. Data Decisão: 09/02/2010. 2. Apelação provida para afastar a cobrança da taxa de fiscalização de instalação e determinar a desconstituição das notificações de lançamento indicadas na inicial.” (AMS 0013590-83.2008.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.1689 de 10/04/2015)

Questiona-se, também, sobre a possibilidade de haver a inovação em certa gradação a ponto de resultar em plexo de obrigações, deveres e direitos recíprocos completamente distintos da pactuação original⁹².

3.2.2. TIPOLOGIAS DAS PRORROGAÇÕES CONCESSÓRIAS

A apartação das tipologias⁹³ de prorrogações concessórias tem uma funcionalidade dupla para o presente trabalho: tanto interessa à teorização da concepção e

⁹² Há registro histórico de posicionamento de José CRETELLA JÚNIOR, proferindo parecer em consulta formulada por concessionárias e subconcessionárias de serviço público de transporte coletivo de passageiros no Município de Jundiá-SP, sob a égide de ordem constitucional vigente a partir de Constituição Federal de 1967, mas antes da Constituição Federal de 1988. José CRETELLA JÚNIOR discriminou uma sucessão de atos consolidados pela (i) edição de Lei Municipal 555/1957, autorizativa do Poder Executivo municipal a conceder os serviços coletivos de transporte da cidade, por meio de contrato, a duas empresas, uma por prazo de vigência de 20 (vinte) anos, outra pelo prazo de 15 (quinze) anos; (ii) pela lavratura de contrato com cláusula indicativa de que “dois anos antes do término de vigência do contrato poderia o acordo ser renovado por igual período, se assim o desejassem as partes contratantes, por meio de autorização legislativa; (iii) pela existência, no mesmo contrato, de autorização para subconcessão com terceiros, mediante anuência da Prefeitura Municipal; (iv) pela existência de três subconcessões, anuídas pela municipalidade, na vigência do prazo originário da concessão; (v) pela superveniência de prorrogações das duas concessões, pelos iguais prazos contratados originariamente; (vi) pela incompatibilidade de disposições, nas leis autorizativas das prorrogações, de cláusulas proibitivas das subconcessões. Concluiu por sustentar a posição de que a lei que autoriza a prorrogação não pode alterar substancialmente o contratado original, sob pena de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada (garantias previstas na Constituição de 1967, emendada pela Emenda 1/1969) e de violação às cláusulas contratuais do ajustado, que, na visão de CRETELLA JÚNIOR, devem ser conservadas intangíveis durante todo o prazo contratual da concessão, sequer podendo a lei alterá-las. Para CRETELLA JÚNIOR, “prorrogado o prazo da concessão, as cláusulas contratuais projetam-se para o futuro, continuando a vigorar. O Poder Público lesaria os direitos adquiridos do concessionário, caso pretendesse alterar o que foi pactuado. O que pode ser alterado é tudo aquilo que fica na faixa do poder regulamentar do concedente e que se abriga nas cláusulas regulamentares. Tudo o que for objeto das cláusulas contratuais, porém, mesmo por mútuo consenso é inalterável. Modificar as cláusulas é alterar o regime jurídico da concessão, o que implicaria atribuir situação privilegiada ao concessionário, quebrando-se o princípio da igualdade dos administrados. “Prorrogar” é dilatar o tempo, sem “innovar”. Na prorrogação, o regime jurídico anterior continua. Alterá-lo é trazer elemento ao regime jurídico anterior.” Ainda: “Em 27.6.1975, o que poderia ter sido feito seria a pura e simples prorrogação do contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo entre a Prefeitura Municipal de Jundiá (...) [e as empresas concessionárias] constando, porém, no acordo, as mesmas cláusulas, nunca outras cláusulas, que alterassem o regime jurídico contratual anterior, firmado em 1957, visto que ‘prorrogar’ é ‘prolongar, protraír, fazer durar além do tempo estabelecido’ (cf. Caldas Aulete, ‘Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa’, 3ª ed., vol. II, ‘sub você’). Prorrogação ‘com inovação’ não é prorrogação, é novo ajuste, é novo contrato”. Em: “Concessão de serviço público – sucessão e subconcessão – Exploração de serviço local de transporte coletivo – Advento de nova lei e respeito aos direitos adquiridos”, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.), Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume V, “Serviços Públicos e Poder de Polícia”. São Paulo: RT, 2013, p. 1015-1030, especialmente p. 1022-1023 e 1028-1029.

⁹³ Lino TORGAL, em enfoque teórico e observando a realidade europeia, classifica a prorrogação dos contratos de concessão de serviços públicos considerando a causa respectiva em duas categorias, “prorrogação-faculdade” e “prorrogação-modo de cumprimento de um dever jurídico”, além de separar as

estruturação dos vários modelos concessórios, bem como servirá, para um capítulo posterior, à identificação de quais prorrogações concessórias tem provocado maior ou menor grau de intervenção do Poder Judiciário nos contratos de concessão celebrados e nas leis aplicáveis a tais avenças.

Além da já tratada diferenciação entre prorrogação própria e imprópria, fulcral para o desenvolvimento do trabalho, agregam-se dez outras classificações, assim distribuídas: (i) a eficácia produzida pelas prorrogações, relacionada ao íntimo do contrato concessório; (ii) fonte normativa; (iii) a iniciativa do agente que impulsiona o processo de prorrogação; (iv) o consenso das partes envolvidas; (v) a necessidade de manifestação de interesse pela prorrogação; (vi) a existência efetiva de manifestação das partes contratantes; (vii) o momento da prorrogação; (viii) onerosidade da prorrogação; (ix) o preenchimento de condições para a sua ocorrência; (x) número de vezes de ocorrência da prorrogação.

3.2.2.1. QUANTO AOS EFEITOS PRODUZIDOS

A respeito da eficácia que a prorrogação concessória pode redundar, limitaremos a expor os efeitos relativos ao próprio contrato de concessão – ou efeitos internos –, pois compreendemos que parte dos efeitos externos – a exemplo do adiamento de organização administrativa para realização de licitações públicas para novas outorgas

prorrogações, de acordo com a sua finalidade, em prorrogação “premiar” e prorrogação “correctora”. A prorrogação-faculdade, ou premial, significa deferir o elastecimento do prazo originário para que o concessionário prossiga em prestar o serviço, enfatizando-se na expressão “premiar” o caráter de “contrapartida pela execução meritória do contrato” pelo concessionário. Para TORGAL, essa modalidade de prorrogação premial deve estar explicitamente tratada no contrato de concessão e figurar no caderno de encargos que integre as peças dos procedimentos de licitação pública (“concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou negociação”). No caso de inexistir nesses instrumentos, a prorrogação seria inválida, por burla ao princípio da licitação, apoiando-se em raciocínio escrito em artigo de autoria de Celso Antônio Bandeira de MELLO, na sua obra “Curso de Direito Administrativo”. A prorrogação “correctora”, ou modo de cumprimento de um dever jurídico, por sua vez, tem lugar na reposição do equilíbrio econômico financeiro de uma concessão por meio da extensão do prazo de sua vigência, por um tempo suficiente para que o concessionário recupere o prejuízo proveniente de diminuição de receitas ou aumento de encargos. Aponta que a prorrogação “correctora” não tem limitação de prazo máximo previsto em lei para a duração de concessões de serviços concedidos de mesma natureza. TORGAL, Lino. “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”. Em: GONÇALVES, Pedro Costa (director), Revista de Contratos Públicos, Lisboa, n.1, Jan.-Abr.2011, p. 222-263.

concessórias – decorrem, ainda que implicitamente, das afetações das cláusulas contratuais provocadas pela prorrogação concessória.

3.2.2.1.1. PRORROGAÇÃO IMPEDITIVA DA EXTINÇÃO CONCESSÓRIA

O ato de prorrogar uma concessão de serviço público torna impedido o advento do termo contratual, que, segundo a lei, é um dos modos ordinários de extinção desse contrato público.

O impedimento à extinção concessória, ainda que provisório, gera uma série de implicações aos envolvidos no relacionamento concessório.

A administração concedente fica exonerada do dever de proceder aos levantamentos necessários para a indenização por eventuais bens reversíveis e investimentos não amortizados ou depreciados, protraído tal dever até que se chegue ao momento exato, nos lindes do encerramento do prazo prorrogado da concessão. Da mesma forma, o Poder Concedente permanece com a prestação indireta do serviço público, competindo-lhe a gestão indireta, prosseguindo com a fiscalização da execução do contrato, a atualização da regulamentação do serviço concedido, com homologação de reajustes e revisão de tarifas, e a verificação se a concessionária continua a preencher os requisitos e condições de habilitação técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para o serviço (artigo 29 da Lei Federal 8.987/1995).

À empresa concessionária, a postergação da extinção da concessão lhe determina o compromisso de continuar bem prestando e explorando o serviço, cumprindo todas as cláusulas contratuais e as obrigações de investimento, ficando adiada eventual desmobilização dos recursos humanos e materiais para a prestação do serviço público.

Constitui, também, o impedimento à extinção concessória uma valorização dos ativos da concessionária, atribuindo-se valia ao valor agregado da empresa respectiva, em caso de se tratar de uma concessão de serviço público com saldos financeiros positivos, sem eventos de desproporcionalidade ou desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Há, também, reflexo no mercado, pois potenciais licitantes interessados no negócio podem, à vista do alongamento de uma concessão de serviço público atrativa e lucrativa, buscar novas opções para investimento.

3.2.2.1.2. PRORROGAÇÃO MODIFICATIVA DA EXTINÇÃO CONCESSÓRIA

A prorrogação, ao simultaneamente impedir a extinção concessória, também modifica o termo em que esse evento, certo, deverá acontecer, própria ao ajuste de tempo determinado.

Afirma-se que essa modificação da extinção decorre simplesmente da alteração do termo final, passando esse processo extintivo a reunir uma complexidade mais elevada.

Aumentado o prazo de vigência do contrato como uma vantagem à concessionária, em teoria haverá um incremento dos benefícios públicos gerados pela concessão, refletidos nos investimentos aplicados em bens reversíveis, como também haverá um prazo maior de cumprimento do contrato concessório que deverá ser objeto de fiscalização pelo poder concedente, referentemente a se identificar a adequação do regime tarifário proposto no contrato, ao real retorno financeiro apurado nesse intervalo e a eventuais liquidações necessárias ao cabo do prazo prorrogado da concessão.

3.2.2.1.3. PRORROGAÇÃO ALTERADORA DO PRAZO DE VIGÊNCIA

Como terceiro efeito, temos que a prorrogação eleva o prazo de vigência do contrato de concessão, em termos absolutos.

Ao prazo original, necessariamente se somará um novo período, que pode ser idêntico ao original, ou a ele inferior, ressaltada a excepcionalidade da prorrogação antecipada.

Esse efeito específico da prorrogação traduz, com propriedade, a condição privilegiada a que a concessionária escolhida está alçada, em comparação com os demais interessados e potenciais licitantes à prestação do mesmo serviço público.

Reflete, também, o poder de alteração dos contratos de concessão de serviço público, em aspecto essencial de configuração, qual seja, os prazos. Essa prerrogativa estatal, de exorbitância em relação ao direito comum privado, é admitida explicitamente pelo ordenamento jurídico vigente e atribuída ao poder concedente, que poderá se valer de seu juízo discricionário, não arbitrário, para deferir tal prorrogação.

3.2.2.1.4. PRORROGAÇÃO REMODELADORA DO EQUILÍBRIO-ECONÔMICO FINANCEIRO DA CONCESSÃO

Caio TÁCITO, apoiado na doutrina francesa, escreveu em 1961 que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato se trata de um direito fundamental deferido aos contratantes com o Estado, visando, sobretudo, à *“correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público”*, como se fosse estabelecido entre os direitos e obrigações das partes *“um sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa”*⁹⁴. TÁCITO afirma que a concessão de serviço público está lastreada sob um dogma fundamental, o da segurança do equilíbrio financeiro nas relações entre concedente e concessionário, o que significa considerar que o risco do contrato, suportado pelo concessionário, é limitado às áleas normais e ordinárias. O elemento aleatório que exorbita essa relação, composto pelas áleas administrativas ou áleas econômicas, torna, na eventualidade de sua ocorrência, o concessionário portador do direito subjetivo de ser ressarcido do efeito que afete a economia da concessão⁹⁵.

⁹⁴ TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. Em: Revista Forense, vol. 194, abril/maio/junho de 1961, p. 16.

⁹⁵ TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. Em: Revista Forense, vol. 194, abril/maio/junho de 1961, p. 21.

Numa perspectiva contemporânea, Floriano de Azevedo MARQUES NETO complementa essa percepção de TÁCITO, ao confirmar que constitui a essência da concessão de serviço público possibilitar a manutenção da equação econômica e a recomposição do equilíbrio contratual nas hipóteses de desproporcionalidade das obrigações recíprocas entre as partes por dissonância daquilo que havia sido originalmente pactuado. Se alterados os pressupostos da concessão, eventual não recomposição, como adverte MARQUES NETO, poderia ensejar risco de interrupção na prestação de serviço e de perecimento da adequação do serviço. Ao lado do dever de equilíbrio, MARQUES NETO, porém, alerta para uma especificidade das concessões, que é a complexidade da recomposição do equilíbrio na concessão. A equação econômica da concessão não se restringe à dupla verificação de encargos do concedente e remuneração do concessionário, indo além, sendo aferida *“levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio)”*, numa perspectiva dinâmica, variável conforme a passagem do prazo concessório, geralmente longo, o que determina a apuração desse equilíbrio mediante critérios e parâmetros determinados de acordo com cada fase do empreendimento concessório. Anota a peculiaridade da distribuição e compartilhamento de riscos entre concessionário e concedente, que contribuem para hipóteses em que certos fatos que onerem qualquer uma das partes não necessariamente justifiquem a postulação de reequilíbrio. Por fim, MARQUES NETO aponta que o regime jurídico vigente, em mais uma garantia conferida ao concessionário à manutenção das condições efetivas da proposta, traz a exigência de que a restauração do equilíbrio seja concomitante ao evento que lhe enseje a causa desequilibradora (artigo 9º, parágrafo quarto, da Lei Federal 8.987/1995)⁹⁶⁹⁷.

⁹⁶ “Artigo 9º § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões”. Em: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 159, p. 193-197, jul./set. 2003. Mais recentemente em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.” Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

Adotadas essas premissas doutrinárias sobre a complexidade da conformação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público⁹⁸, concordando-se com a proposta contemporânea, temos que o efeito de remodelar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão provocado pela prorrogação⁹⁹ pode ser enxergado em óticas distintas de acordo com o tipo de prorrogação versada, se própria ou imprópria.

O prazo mostra-se como uma elementar relevante à composição do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão. A proposta apresentada pelos

⁹⁸ Ainda numa perspectiva contemporânea, confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs.” Em: Revista de Direito Administrativo: RDA, Rio de Janeiro, n. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

⁹⁹ Conferir amplamente os seguintes trabalhos que analisam essa alternativa do emprego da prorrogação com a finalidade remodeladora do equilíbrio econômico das concessões de serviço público: (i) Dilermando de Gomes ALENCAR, em “Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público”, em: Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C. Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015; (ii) José Guilherme GIACOMUZZI, em “O dever constitucional de licitar e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo”. Em: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 70, Porto Alegre, p. 183-206, set. 2011-dez. 2011. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166308.pdf. Acesso em: 28 de dezembro de 2013; (iii) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alterações das condições econômicas – princípio de atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. Em: Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 22, p. 105-123, 1998; (iv) Thalita Bizerril Duleba MENDES, intitulado “A prorrogação do prazo contratual como meio de recompor a equação econômico-financeira do contrato administrativo”, em: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 26, abr. 2009. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=26&artigo=69>. Acesso em: 18 de outubro de 2012; (v) Rodrigo Valgas dos SANTOS, intitulado “Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, em: Interesse Público, ano VIII, 2006, n. 38, jul. /ago. de 2006. Porto Alegre: Notadez, p. 85-111. Em parecer, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ponderou sobre a admissibilidade da prorrogação de prazo de vigência de concessão de serviço público baseada na necessidade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro. Considerou que “independe de previsão contratual a extensão de prazo de concessões de serviço público quando efetuada como fórmula substitutiva de elevação de tarifas que seria necessária para recompor equilíbrio econômico-financeiro.” Apontou que “a extensão do prazo contratual com a finalidade acima mencionada pode ser efetuada ainda quando haja no contrato genérica vedação de prorrogação do termo da concessão, pois dita interdição, à toda evidência, não se propõe a obstá-la na específica hipótese em questão.” Acrescentou que “a prorrogação procedida com a finalidade indicada (...) não implica em nada e por nada qualquer renegociação de cláusulas contratuais, notadamente financeiras, alheias ao único sentido de tal extensão de prazo; isto é, promover compensação de perdas que o concessionário sofrerá com a manutenção incólume do valor tarifário”. E, finalmente, conclui que “para validade da prorrogação do prazo de concessão, efetuada em substituição à elevação de tarifas, requer-se, de um lado, que seja indiscutível o direito do concessionário a um dado reajuste que ficará bloqueado e, de outro, que a dilatação do prazo se contenha na medida necessária à absorção do montante subtraído pela não elevação das tarifas, de maneira a reparar o concessionário pela perda de valores que, em condições normais, auferiria até o final originariamente previsto para o contrato se lhe fosse outorgado o reajuste devido”. Em: “Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Em: CARVALHO, André Castro (org.), Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 65-66.

licitantes leva em consideração os prazos de execução contratual, a partir das projeções de auferimento de receita trazidas pela administração pública licitante e do regime de custeio aos investimentos necessários à exploração do serviço. Elaborada a proposta pelo licitante vencedor no certame licitatório – ou, se ausente este, fixadas as condições de exploração do serviço público por regulamento do Poder Concedente conjunto à outorga, aceitas pelo concessionário –, o Poder Concedente se obriga a garantir o resultado esperado ao adjudicatário de acordo com as condições efetivas da proposta, logicamente observada a pauta de distribuição de riscos pelos acontecimentos das áleas contratuais.

Se a prorrogação for própria, o aumento do prazo terá por fundamento um fato certo, previsível, de conhecimento de ambas as partes contratantes, qual seja, a incidência de cláusula prorrogatória fixada no contrato de concessão, ou determinada pela lei específica anterior à vigência do contrato de concessão. Constitui, nesse caso, uma álea ordinária. O prazo contratual, sendo alterado por esse motivo, também tem por implicação a reconstituição do equilíbrio econômico-financeiro, agora sob bases contratuais que influenciarão especificamente a exploração no período da prorrogação. Nesse ponto, nota-se que o elástico do prazo concessório é a causa e a redefinição da equação econômico-financeira do contrato de concessão, o efeito.

Já num caso de prorrogação imprópria, que decorre da necessidade de uma recompostura do equilíbrio econômico-financeiro por fato superveniente à contratação que tenha desnivelado as condições efetivas da proposta, há uma medida de compensação econômica, *“provocada por situação de desequilíbrio efetivamente comprovada, [em que o] prazo a ser estendido deve corresponder precisamente ao necessário para alcançar o equilíbrio”*¹⁰⁰. Aqui, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a causa, e a alteração do prazo, o efeito.

Nessa perspectiva, prorrogações concessórias, próprias ou impróprias, produzem efeitos na fixação da equação econômico-financeira do contrato de concessão de serviço público.

¹⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Concessão de serviço público: Limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária”, in: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.), Direito Administrativo Brasil – Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 43.

3.2.2.2. QUANTO À FONTE NORMATIVA

A depender da fonte normativa de que se origine a prorrogação da concessão, podemos reconhecer a lei e o contrato como fontes próprias de sua manifestação original¹⁰¹.

Ressalta-se, nesse particular, que eventual decisão judicial que determine a ativação de cláusula prorrogatória da concessão partirá, essencialmente, do cumprimento ou de alguma regra legal predeterminada, ou de interpretação das cláusulas contratuais da concessão, pressupondo, no mínimo, que algum contrato de concessão esteja em vigência, sob pena de interferência na competência administrativa de celebrar contratos públicos de concessão de serviços públicos.

3.2.2.2.1. PRORROGAÇÃO LEGAL

A primeira fonte de direito à prorrogação concessória é a lei, tomada aqui no seu sentido genérico, abrangendo a própria Constituição Federal, as espécies normativas

¹⁰¹ Em contraponto à realidade brasileira, trazemos o registro histórico do tratamento da prorrogação de concessão de serviço público no ordenamento jurídico espanhol contemporâneo à edição da obra de Jaime F. RODRIGUEZ-ARAÑA, na década de 1980. O autor espanhol distingue a regulação geral legal que existia sobre o tema na Espanha em direta e indireta, sendo que dois dispositivos legais disciplinavam a regulação direta, e outros dois, a indireta. A primeira disposição legal direta prescrevia a vedação a celebração de concessões de serviço público de caráter perpétuo ou indefinido. Indicava que tanto a sua duração quanto as prorrogações de que possa ser objeto devem ser tratadas na concessão. E, nesse mesmo preceito, existia a regra de que a duração da concessão, já incluídas eventuais prorrogações, não poderia ser superior a um prazo total de 99 (noventa e nove) anos (artigo 199 do *Reglamento de Contratos del Estado* de 1975). A segunda disposição legal direta definia que a licitação deveria explicitar nas cláusulas do ajuste o prazo do contrato e as prorrogações possíveis, com expressa discriminação da data em que o contrato começa a surtir efeitos (artigo 211 do mesmo *Reglamento de Contratos del Estado*). A primeira disposição legal, de incidência indireta à questão da prorrogação, tratava da possibilidade de a administração pública concedente, por razões de interesse público, modificar as características do serviço contratado, ou do regime tarifário, empregando a prerrogativa do “jus variandi”, e, simultaneamente, resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na eventualidade de ele ser afetado. Nesse ponto, RODRIGUEZ-ARAÑA sustentou que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão poderia ter como resultado a necessária amortização de investimentos em prazo superior ao pactuado, gerando, assim, a possibilidade de prorrogação (artigo 221 do *Reglamento*). O segundo dispositivo legal, indireto, tratava do alargamento do prazo contratual para que se assegure que as instalações pertinentes ao serviço público se encontrem em condições adequadas e perfeitas para se operar a reversão (artigo 231 do *Reglamento*). RODRIGUEZ-ARAÑA concluiu ser escassa a regulação positiva sobre a prorrogação concessória na legislação estatal espanhola sobre gestão de serviços públicos daquele momento histórico, advertindo a necessidade de investigação das normas das entidades municipais para a adequada avaliação do emprego da prorrogação concessória. Em: La prorroga en los contratos administrativos: concepto, funcionalidad y regimen en los contratos de obras y en los de gestion de servicios públicos. Editorial Montecorvo S/A: Madrid, 1988, p. 111-113.

do processo legislativo ordinário do Congresso Nacional¹⁰² (e, por simetria, das casas legislativas dos entes políticos estaduais, municipais e distrital), como também os decretos regulamentares editados pelo Chefe do Poder Executivo com a finalidade da fiel execução das leis, como previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal¹⁰³ (também aludida a mesma regra de simetria aos demais Chefes de Poder Executivo de outros entes políticos).

Em teoria, a prorrogação de origem legal pode desencadear dois tipos de efeitos em relação à concessão de serviço público, destacadamente em virtude do momento da vigência do contrato de concessão em que ela se revela incidente.

Se a disposição legal é editada e passa a vigorar no ordenamento jurídico com eficácia concomitante ou anterior à celebração do contrato de concessão, a tendência é a ponderação pela admissibilidade da prorrogação legal, seja exteriorizada como autorização genérica à inclusão da cláusula prorrogatória no ajuste concessório, seja como imposição de variáveis graus de restrição ao poder concedente na pactuação da prorrogação.

Se, por outro lado, a disposição legal tiver eficácia liberada quando o contrato de concessão já estiver em pleno cumprimento do prazo de vigência, passa a constituir uma prorrogação passível de estar consumida por vício de ilegalidade, até inconstitucionalidade. A prorrogação concessória nessa hipótese passa a incidir sobre ato jurídico perfeito, o contrato celebrado, a que o sistema constitucional também oferece plena proteção sob a forma da vedação de retroação de lei posterior ao ato jurídico perfeito que modifique os seus termos. Também pode afrontar a exigência constitucional de licitação, pois, não só ofende a vinculação ao edital convocatório da licitação precedente à concessão que está em vigor – que resolveu não dispor sobre a cláusula prorrogatória –, como também inviabiliza a realização de novo processo licitatório para uma nova outorga

¹⁰² “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.”

¹⁰³ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

- IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

em horizonte de curto prazo. Por outro lado, temos na outra ponta a possibilidade do exercício da prerrogativa exorbitante, de mutabilidade contratual, dotada pelo Poder Concedente, que pode, no limite de assegurar a legalidade de sua conduta, valer-se da via do processo legislativo para corroborar a intenção da prorrogação de um serviço público e garantir a continuidade de sua prestação à coletividade afetada.

A realidade histórica brasileira revela inúmeros casos em que a prorrogação da concessão de serviço público é determinada pela lei, sem que tenha necessariamente havido prévia deliberação de sua inclusão como cláusula contratual específica pela autoridade concedente quando do momento da escolha da concessionária.

Lidemos com dois exemplos de atos normativos, que exibem essa controvérsia.

Ambos são extraídos de diversas passagens da Lei Federal 9.074/1995, que regula a outorga de concessões de serviços públicos titularizados pela União Federal, em especial no tocante aos serviços relacionados ao setor de energia elétrica.

A primeira disposição, presente do artigo 4º, parágrafo segundo, com redação dada pela Lei Federal 10.848/2004, permitia à União Federal, no exercício de seu critério como Poder Concedente e observando as condições estipuladas no contrato de concessão de geração de energia elétrica celebrado em data anterior a 11 de dezembro de 2003, prorrogar o contrato por até 20 (vinte) anos, lembrado que o prazo da concessão já poderia ser dimensionado até o limite de 35 (trinta e cinco) anos, de acordo com o prazo necessário à amortização dos investimentos¹⁰⁴.

Nessa hipótese, percebe-se claramente que a legislação não traz nenhuma norma proibitiva a que os contratos de concessão, ou simples outorgas, que estivessem em curso naquele momento pudessem se beneficiar do novo regramento jurídico. Ou seja, ao largo da análise de cada instrumento que regulasse as concessões de geração de energia elétrica, pode-se concluir que a fixação da nova cláusula prorrogatória, de fundo legal, se deu independentemente dos termos constantes do ato de outorga original.

¹⁰⁴ Como se verá adiante, esse regramento legal é objeto de polêmica no caso do Mandado de Segurança 20.432-DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que envolveu o debate sobre a concessão de geração de energia elétrica da Usina de Jaguará, sendo a impetrante a Cemig, reclamando o direito subjetivo de prorrogação do contrato de concessão, em detrimento da nova regulação positiva das concessões de geração hidrelétrica inauguradas pela Lei Federal 12.783/2013, objeto de conversão da Medida Provisória 579/2012.

O segundo preceito relativo à prorrogação é tratado no parágrafo terceiro do mesmo artigo 4º da Lei Federal 9.074/1995, agora com referência às concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica. A prorrogação foi permitida de ocorrer, na avaliação criteriosa do Poder Concedente, no prazo máximo igual ao conferido ao contrato de concessão, que poderia ser no limite de trinta anos, fixado o prazo original com a finalidade evidenciada de cumprir o prazo necessário à amortização dos investimentos. Nesse particular, a lei foi ciosa ao determinar a irretroatividade das disposições sobre a prorrogação, que passaria a regular somente os contratos de concessão contratados a partir da data de entrada em vigência da lei.

Analisando essa polêmica, Jacintho Arruda CÂMARA examina os limites e objetivos e diagnostica as implicações da produção legislativa operada com a finalidade específica de criação de hipóteses prorrogatórias não previstas em contrato de concessão. Nas suas palavras, transcritas de passagem de sua obra:

“Outro fenômeno jurídico relevante sobre a prorrogação de prazos envolve a edição de leis específicas para produzir esse efeito. São dispositivos legais cujo objetivo é autorizar a prorrogação de concessões já prorrogadas e que se aproximariam de seu termo final. Por considerar de interesse público a extensão do vínculo para além do previsto originalmente na outorga (incluindo a hipótese de prorrogação), o legislador autoriza mais uma prorrogação, para situações específicas.

Esse tipo de regramento legal específico tem sido adotado para atender a dois diferentes objetivos. Em alguns casos, a prorrogação é autorizada para solucionar situações transitórias, nas quais o prazo a mais conferido tem como objetivo dar tempo à realização de um processo licitatório adequado. Nessas hipóteses não se prorroga por igual período o vínculo existente, mas tão somente se amplia o prazo com o único intuito (sic) de viabilizar a realização de novo processo licitatório, sem que haja risco de descontinuidade da prestação do serviço público.

Contudo, também há casos em que a autorização legislativa se destina a viabilizar a continuidade da exploração do serviço por novo ciclo, em período semelhante aos anteriores, já vencidos. Isso aconteceu no setor elétrico, no qual lei nova atingiu concessões já prorrogadas, conferindo a possibilidade de mais uma prorrogação, por novo período de 30 anos (Lei 12.783/2013).

Há quem classifique esse tipo de norma como inconstitucional, alegando violação ao art. 175 da CF. A exigência de licitação para a concessão de serviços públicos

impediria a prorrogação para além do estipulado originalmente no contrato. Mas, de fato, como relatado acima, o mecanismo tem sido adotado, e o STF, mesmo quando provocado, não suspendeu a eficácia de tais normas”¹⁰⁵

Como verificado por CÂMARA, as produções legislativas específicas, criadoras das prorrogações concessórias, se destinariam ao atendimento do interesse público, refletido basicamente na necessidade de criação de um intervalo de tempo em que a administração possa dar conta da realização de novo processo licitatório à outorga futura da concessão, e na criação de um intervalo de tempo para que o concessionário possa explorar, com um novo ciclo e pauta de investimentos, o mesmo serviço público concedido.

Ainda que CÂMARA não tenha exprimido opinião pessoal frontal sobre o assunto, pela admissibilidade ou não da adoção desse instrumento como válvula de escape para o aumento do prazo de vigência das concessões de serviço público, nota-se, de sua conclusão, que a presunção de legitimidade dos atos administrativos, dentre eles, a lei editada após processo legislativo regular, estaria preservada pela ausência de impugnação frutífera e invalidação pelos órgãos de controle, sobretudo do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Concordamos com a visão do doutrinador, porém ressalvamos que tais leis devem cumprir uma agenda de exposição de motivos consentânea com a realidade fática do serviço público tratado, bem como deverão exprimir soluções de caráter excepcionalíssimo e transitório, sob pena de se instaurar incerteza jurídica sobre os negócios públicos concessórios e frustrar o ideal buscado pela nova ordem constitucional, de incentivo às licitações públicas periódicas para as concessões de serviços públicos.

Trazemos, como parte do raciocínio defendido, o caso da Lei 12.783/2013, que dispôs sobre as concessões de serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, que foi precedida da edição da Medida Provisória 579/2012, em que se apresentou uma Exposição de Motivos¹⁰⁶ indicativa e propositiva da

¹⁰⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Prazo nos Contratos Públicos”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos. Volume 6. São Paulo: RT, 2014, p. 347.

¹⁰⁶ Segundo o texto da Exposição de Motivos, documentada na EM Interministerial nº 37/MME/MF/AGU, datada de 12 de setembro de 2012 e subscrita pelos Ministros Edison Lobão (Ministro de Minas e Energia), Guido Mantega (Ministro da Fazenda) e Luis Inácio Lucena Adams (Advogado-Geral da União), foram esses os fundamentos propostos à Presidente da República para justificar a relevância e a urgência da Medida

solução da prorrogação das concessões atuais como a saída, pontual, necessária para a implementação dos valores de promoção da modicidade tarifária e garantia do suprimento de energia elétrica.

3.2.2.2.2. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

Provisória: “1. Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência proposta de edição de Medida Provisória que altera dispositivos da legislação vigente com o objetivo de viabilizar a redução do custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro, buscando, assim, não apenas promover a modicidade tarifária e a garantia de suprimento de energia elétrica, como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo, contribuindo para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil.

2. A proposta em tela dispõe sobre os contratos de concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, outorgadas anteriormente à Lei nº 8.987, de 1995, e estabelece o regime de comercialização da energia gerada por usinas hidrelétricas, em complemento ao Novo Modelo do Setor Elétrico instituído pela Lei nº 10.848, de 2004.

3. O tratamento dessas concessões busca a captura da amortização e depreciação dos investimentos realizados nos empreendimentos de geração e nas instalações de transmissão e de distribuição de energia elétrica, alcançados pelos artigos 19 e 22 e pelo § 5º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, em benefício da modicidade tarifária, e visa garantir a segurança energética, pilares do modelo atual.

4. Estudos e avaliações sobre os ativos dessas concessões demonstraram que a maioria desses ativos encontra-se fortemente amortizada e depreciada, proporcionando aos consumidores de energia elétrica do País a possibilidade de se beneficiarem, agora, de menores tarifas para a utilização da energia elétrica, insumo básico para o setor produtivo e serviço essencial para a sociedade.

5. A experiência internacional, segundo estudos efetuados por Grupo de Trabalho específico instituído pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, indica que a manutenção da exploração do serviço pelos concessionários, desde que esteja sendo prestado adequadamente, constitui forma apropriada para maximizar a captura de eficiência e dos ganhos proporcionados pela amortização e depreciação dos ativos já remunerados pelos usuários.

6. Nesse sentido, a Medida Provisória, ora proposta, estabelece a faculdade de a União prorrogar as concessões vincendas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica pelo prazo máximo de até 30 (trinta) anos e as concessões de geração de energia termelétrica pelo prazo máximo de até 20 (vinte) anos, por uma única vez, desde que as atuais concessionárias aceitem as novas condições específicas relativas à observância do princípio da modicidade tarifária e à garantia da continuidade do suprimento de energia elétrica ao país, tudo sob o amparo do art. 21, XII, alínea “b”, do art. 22, IV, e do art. 175, parágrafo único, I, todos da Constituição Federal de 1988.

(...) 19. Em relação à urgência da medida, cabe mencionar o momento propício da adoção das medidas propostas, dado que as renovações das concessões serviriam como mais um instrumento indutor do desenvolvimento acelerado e sustentável, por meio da redução global dos custos da energia e ampliação da competitividade do setor produtivo.

(...) 21. Em relação à relevância da medida, cumpre ressaltar que o Brasil dará continuidade à iniciativa estruturada de dotar o País de um sistema elétrico de baixo custo, que vem sendo implementada desde 2003, cujo princípio basilar é a modicidade tarifária. Dessa forma, os efeitos da redução do custo de energia elétrica, conforme citado anteriormente, trarão uma série de benefícios com destaque para a redução do custo para as empresas, o que propiciará o aumento do poder aquisitivo da sociedade com a redução de preços ao consumidor final.

22. Finalmente, cabe ressaltar que, além da redução tarifária, as medidas aqui propostas, por meio da continuidade da prestação do serviço, garantem a segurança energética, outro princípio basilar desde 2003.” Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

A outra fonte destacada de origem à prorrogação concessória é o instrumento contratual.

O instrumento contratual não pode ser considerado como um documento isolado. Sobre ele, gravita uma série de disposições normativas, que a ele aderem, como as pautas de comportamento e metas de investimento definidas pelos órgãos regulatórios, os regulamentos fixados pelo Poder Concedente quanto às regras da prestação do serviço, sem desconsiderar a vinculação obrigatória do contrato aos preceitos contemplados pelo edital de licitação prévio à concessão.

Na hipótese de indeterminação das leis-quadro que afetam a pactuação das concessões, a prorrogação deve ser tratada com minúcias no instrumento contratual, a fim de garantir previsibilidade e segurança jurídica do relacionamento concessório que está por ser celebrado.

Eis a razão porque a minuta do contrato deve compor parte integrante do edital de licitação à concessão de serviço público (artigo 18, inciso XIV, da Lei Federal 8.987/1995), para publicização das regras que deverão nortear os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação às possíveis alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço (artigo 18, inciso VII, da Lei Federal 8.987/1995).

3.2.2.3. QUANTO À INICIATIVA

A separação dos tipos de prorrogação de acordo com a iniciativa tem por finalidade identificar qual o agente predominante na instauração do processo administrativo apropriado para a apreciação e deliberação sobre a prorrogação concessória.

3.2.2.3.1. PRORROGAÇÃO REQUERIDA PELO CONCESSIONÁRIO

Normalmente, as disposições legais e contratuais ligadas à prorrogação das concessões atribuem ao concessionário a faculdade de requerer ao poder concedente,

num determinado período de tempo anterior ao termo final do prazo original da concessão, a ativação da cláusula prorrogatória.

Carrear ao concessionário a responsabilidade por requerer a prorrogação da concessão torna essa hipótese prorrogatória norteadas principalmente pelo interesse econômico promovido pela concessionária. Resta evidente que contratos de concessão instáveis, que tenham sido reiteradamente desequilibrados ao longo da sua execução, com questionamentos e impugnações de toda a sorte, sem o retorno econômico esperado pela concessionária são menos suscetíveis de ter a proposta de ativação da cláusula prorrogatória.

Evidentemente, a conformação dessa cláusula prorrogatória delineará as etapas necessárias para que, num intervalo de tempo adequado e próximo ao encerramento do prazo original, o pedido de prorrogação seja apresentado, a pretensão seja analisada pelo poder concedente, avaliada como a escolha aderente ao cumprimento das necessidades públicas atreladas ao objeto da concessão e finalmente deferida, após avaliação do cumprimento, pelo concessionário, dos requisitos mínimos previstos na lei e no contrato de concessão, incluindo eventuais condicionamentos, para que seja preservada a execução com perfeição da prestação do serviço público concedido.

3.2.2.3.2. PRORROGAÇÃO DETERMINADA PELA AUTORIDADE ESTATAL

Já a prorrogação que tem impulso determinado pela autoridade estatal é verificada a partir das manifestações expressas por órgãos que interferem na cadeia de estruturação ou controle das concessões de serviço público.

Ponderamos que a prorrogação concessória pode ser determinada diretamente pelo poder concedente, sem a participação prévia do concessionário, acionando o pleito prorrogatório. O consenso do concessionário à prorrogação, nessa hipótese, já foi obtido ou será apurado de forma diferida no tempo. Ou ainda, pode ser determinada por outra entidade estatal, em atividade de revisão à da administração pública como poder concedente, como se nota da atividade de controle externo praticada pelo Poder Judiciário sobre a decisão administrativa, de acordo com a sindicabilidade possível dos atos administrativos.

Pode ser definido como ponto pacífico a prioridade assumida pelo poder concedente na determinação de uma prorrogação contratual, à vista do regime de exorbitância próprio aos contratos administrativos, com o qual o poder concedente pode se valer dos poderes de alteração do contrato, sobretudo quanto ao prazo de vigência, independentemente de prévia manifestação do concessionário. Nota-se, todavia, que a decisão tomada pelo poder concedente não deve ser arbitrária. Antes, deve se apoiar no que a lei-quadro de concessões de serviço público disponha sobre a prorrogação e, por reflexo, o que o próprio instrumento contratual regule. A discricionariedade da administração pública pode assumir variados graus de liberdade ou vinculação a uma determinada decisão sobre a prorrogação, porém, devendo ser predeterminados tais limites nos instrumentos próprios de regulação estatal, contrato ou lei.

Por outro lado, temos que o controle jurisdicional está limitado pelo regime do devido processo legal, que fixa a necessidade a que haja o ajuizamento de uma ação deduzindo uma pretensão de natureza material satisfativa, a fim de que o contrato de concessão e sua eventual cláusula prorrogatória produzam a eficácia necessária para o elastecimento do prazo da concessão.

Assim, a intervenção do Judiciário depende, evidentemente, da participação dos agentes envolvidos e interessados no pacto concessório, supostamente prejudicados pela não ativação da cláusula prorrogatória, admitindo-se que esse prejuízo seja sofrido tanto pela administração concedente (na hipótese de recusa do concessionário em prosseguir se responsabilizando pela atividade objeto da concessão), ou pelo concessionário (na hipótese de indeferimento da prorrogação pelo poder concedente).

3.2.2.4. QUANTO AO GRAU DE CONSENSO DAS PARTES ENVOLVIDAS

A divisão quanto ao grau de consenso das partes envolvidas busca operacionalizar a relevância do acertamento negociado das partes, na fase da prorrogação, para o elastecimento do prazo concessório.

3.2.2.4.1. PRORROGAÇÃO INDUZIDA

Na prorrogação induzida, o concessionário já conhece, desde o impulso do prazo original da concessão, a possibilidade de que o ajuste poderá ser ampliado para um novo período de exploração, inexistindo a possibilidade de resistência à deliberação do poder concedente quanto à ativação da cláusula prorrogatória, de funcionalidade abstrata prevista para casos de serviços públicos que exigem a permanência constante da prestação regular, sem interrupções ou imprevisibilidades.

Trata-se, portanto, de prorrogação discricionária para a administração concedente, que pode ou não se valer da ativação da cláusula prorrogatória a depender das circunstâncias do caso, mas uma prorrogação vinculada, ou obrigatória, para o concessionário¹⁰⁷, que emite o seu consentimento quanto à fixação da cláusula no momento em que celebra a concessão, ou seja, antes da eficácia efetiva da cláusula prorrogatória.

A prorrogação induzida pelo poder concedente ainda pode se mostrar útil para serviços públicos concedidos cuja universalização e adequação previsivelmente não estará avaliada positivamente em índices de satisfação e execução ao final do primeiro ciclo concessório, considerada a política pública desenvolvida pelo poder concedente, exigindo-se, pois, a ultrapassagem para um novo ciclo de exploração, desde que, evidentemente, estejam sendo realizados bons serviços.

Veja-se, como exemplo categórico, o caso das telecomunicações, que sofreu amplo processo de reestruturação e desestatização de empresas federais no final da década de 1990, com flexibilização de monopólios e abertura de mercados a capital

¹⁰⁷ Lino TORGAL apresenta variáveis de configuração de uma cláusula de prorrogação concessória. Afirma que a prorrogação pode seguir uma formulação ordinária, típica, em que o contratante apresenta o requerimento solicitando a prorrogação, dentro de um determinado prazo. O requerimento pode ser formulado de modo espontâneo, ou induzido pelo poder concedente, que revela, por sinais objetivos, a sua intenção positiva em aceitar tal requerimento. Outra situação imaginada seria a fixação no contrato de que caberia à administração pública concedente a iniciativa de proposta da prorrogação, com o concessionário ficando livre para aceitá-la. Uma terceira variante seria a convenção em que o concessionário estaria obrigado a aceitar, de acordo com parâmetros prefixados no contrato, uma proposta da administração de prorrogação do prazo do contrato de concessão. Ou seja, o concessionário, nessa última hipótese, estaria antecipando o seu consentimento para o momento de constituição da concessão de serviço público. Constituiria direito potestativo da administração concedente de, com base nessa cláusula e no momento previsto no contrato, formular a proposta prorrogatória para a extensão de vigência do vínculo por prazo adicional, sendo que o exercício de tal direito fica condicionado à verificação de pressupostos de histórico de adimplemento das obrigações e conveniência dessa solução para o interesse público, além de outros condicionamentos passíveis de estar dispostos no contrato. Esta última hipótese retratada por TORGAL revela exatamente o propósito da instituição de uma prorrogação induzida (“Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”. Em: GONÇALVES, Pedro Costa (director), Revista de Contratos Públicos, Lisboa, n.1, Jan.-Abr.2011, p.219-263).

estrangeiro. Exibe-se a incidência da hipótese da prorrogação induzida prevista no artigo 207 da Lei Federal 9.472/1997¹⁰⁸, na seção de suas disposições finais e transitórias.

Segundo mencionado dispositivo legal, as prestadoras de serviço telefônico fixo comutado, destinado ao uso público em geral, e o de serviço de troncos e conexões internacionais, deveriam pleitear a celebração de contrato de concessão, portanto, sob regime público, dentro do prazo de vinte e quatro meses a contar da data de publicação da Lei Federal 9.472/1997. O objeto da concessão seria determinado de acordo com o Plano Geral de Outorgas, com prazo estendido da data da assinatura do contrato até o dia 31 de dezembro de 2005, termo no qual seria ultimada a prorrogação, única, por vinte anos, a título oneroso, cumpridos os demais requisitos previstos na Lei para as concessões. Se não aceitasse a proposta, a concessionária se sujeitaria ao contrato de concessão então em vigor, até o final do seu prazo, sem qualquer possibilidade de transferência a outro prestador ou prorrogação do prazo de vigência.

Nota-se, claramente, que a submissão da concessionária à celebração de um novo contrato de concessão, com fixação de prorrogação, sem a permissão a que o concessionário produzisse eficácia aos termos do ajuste então vigente, e de eventual cláusula prorrogatória que nele existisse, reflete a viabilidade da prorrogação induzida no sistema jurídico brasileiro.

O espaço de consentimento do concessionário é tão reduzido que a aceitação às novas bases contratuais da concessão, inclusive da possibilidade de prorrogação, se aperfeiçoa de modo análogo a uma adesão, em que a manifestação de vontade se concretiza em todos os parâmetros pré-moldados pela legislação, sem espaço

¹⁰⁸ “Art. 207. No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187 desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei.

§ 1º A concessão, cujo objeto será determinado em função do plano geral de outorgas, será feita a título gratuito, com termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observado o disposto no Título II do Livro III desta Lei.

§ 2º À prestadora que não atender ao disposto no caput deste artigo aplicar-se-ão as seguintes disposições:

I - se concessionária, continuará sujeita ao contrato de concessão atualmente em vigor, o qual não poderá ser transferido ou prorrogado;

II - se não for concessionária, o seu direito à exploração do serviço extinguir-se-á em 31 de dezembro de 1999.

§ 3º Em relação aos demais serviços prestados pelas entidades a que se refere o caput, serão expedidas as respectivas autorizações ou, se for o caso, concessões, observado o disposto neste artigo, no que couber, e no art. 208 desta Lei.”

para a discricionariedade do próprio ente concedente na definição do aceite, ou não, pelo concessionário do novo contrato de concessão e da cláusula prorrogatória.

3.2.2.4.2. PRORROGAÇÃO CONSENSUAL

A prorrogação consensual é dependente da manifestação de vontade de ambas as partes, concessionário e Poder Concedente, para ser exteriorizada. Constitui a regra geral das prorrogações, estimulada pelo próprio caráter relacional extraído do contrato de concessão.

O consenso prescreve a necessidade de observar um processo administrativo, funcional e dialogado, com plena audiência das partes interessadas, para que se colha tais manifestações de vontade, se faça a avaliação das especificidades das situações fáticas e dos cumprimentos das exigências contratuais e se efetive um acertamento entre os pares, com ato conclusivo completo, a fim de autorizar a fluência do prazo prorrogado da concessão e disciplinar, e atualizar, os contornos de todas as obrigações que passarão a reger o período prorrogado.

Alexandre Santos de ARAGÃO, analisando o tema das prorrogações concessórias baseado na consensualidade administrativa, considera que nem administração pública, nem concessionário possuem um direito *ex ante* e abstrato à continuidade da relação contratual, mas, na hipótese em que haja requerimento do concessionário à prorrogação, admite a existência de um direito do concessionário em obter, pelo princípio da motivação, resposta sobre a aceitação ou recusa da prorrogação, embasada em razões explícitas e razoáveis. Acrescenta a necessidade de atendimento dos requisitos de objetividade, moralidade e isonomia à decisão da administração pública, seja nas negociações, seja eventualidade em que esta pretenda exigir do concessionário o cumprimento de novas obrigações, até diante do conteúdo do contrato de concessão de serviço público ser dinâmico¹⁰⁹.

¹⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”. Em: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 42, n. 167, jul./set.2005, p. 303.

Observa-se, nesse sentido, que a prorrogação de natureza consensual aloca como requisitos a sua formulação inicial consensual, a sua execução de forma voluntária pelo concessionário e consentida pelo poder concedente, que exterioriza uma decisão sobre o pedido do concessionário.

3.2.2.5. QUANTO À NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE PELA PRORROGAÇÃO

A classificação de acordo com a necessidade de manifestação de interesse pela prorrogação revela se a prorrogação é produzida de modo automático ou não automático.

3.2.2.5.1. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA

Para a prorrogação automática ocorrer, basta a composição dos interesses de concedente e concessionário, por ocasião da formação do contrato de concessão, para que ela produza sua eficácia, de forma livre, quando ultimado o termo final do prazo original da concessão. Consta-se, praticamente, uma natureza forçada na prorrogação.

É desnecessária, portanto, a existência de uma nova manifestação de vontade específica para a fluência da prorrogação automática: basta o implemento do fato jurídico, o termo final do prazo original.

Constitui uma excepcionalidade, devendo estar prevista expressamente na lei de regência ou no contrato de concessão respectivo.

Não há, todavia, uma subtração total de liberdade à manifestação de vontade das partes, quanto a se permitir a liberação da eficácia da cláusula prorrogatória automática. Até em respeito à prerrogativa do poder concedente de organizar a prestação de serviços, é comum a aliança da fixação da cláusula prorrogatória automática a ressalvas de sua aplicação, combinadas à manifestação de desinteresse das partes quanto à continuidade do pacto concessório.

Como as expectativas do concessionário e da própria administração concedente se robustecem com a previsão de uma cláusula prorrogatória automática, é de se esperar que se estipulem prazos razoáveis para que a manifestação de desinteresse seja apresentada, podendo ser exigida, do poder concedente, justificativa específica baseada em interesse público devidamente identificável (por exemplo, o aperfeiçoamento da máquina administrativa para a prestação direta do serviço público).

Exemplo corrente de aplicação da regra de prorrogação automática decorre dos contratos de saneamento básico celebrados ao longo das décadas de 1970 a 1980 por municipalidades que aderiram ao PLANASA.

Outro exemplo adequado é a prorrogação automática prevista para os contratos de concessão de radiodifusão, conforme as disposições do artigo 117 da Lei Federal 4.117/1962, o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações, que prorrogou as concessões de radiodifusão existentes em funcionamento pelo prazo de dez anos, em conformidade com o artigo 33, parágrafo terceiro daquela mesma lei, e também lembrado o artigo 1º da Lei Federal 5.785/1972, nos incisos I e II, que determinou a prorrogação automática de uma série de concessões de radiodifusão sonora, de extensões temporais variáveis de acordo com a potência de retransmissão¹¹⁰.

3.2.2.5.2. PRORROGAÇÃO NÃO AUTOMÁTICA

Por outro ângulo, temos que a prorrogação não automática exige, como condição de validade, que todos os interessados se manifestem, não sendo suficiente para a sua configuração a ocorrência do termo final do prazo original da concessão.

¹¹⁰ “Art 1º As concessões e permissões para execução dos serviços de radiodifusão sonora que, em decorrência do art. 117 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), foram mantidas por mais 10 (dez) anos, contados da publicação da referida lei, ficam automaticamente prorrogadas pelos seguintes prazos:

I - Até 1º de maio de 1973 - entidades concessionárias de serviço de radiodifusão sonora em onda tropical e em onda média de âmbito nacional (potência superior a 10 kw);

II - Até 1º de novembro de 1973 - entidades concessionárias de serviço de radiodifusão sonora em onda curta e em onda média de âmbito regional (potência de 1 a 10 kw, inclusive);”

Constitui a regra geral, se interpretada sistematicamente a disposição prevista da Lei Geral de Concessões no sentido de que a concessão se extingue ordinariamente com o advento do termo contratual.

O concessionário deve enunciar ou o requerimento pela prorrogação, ou a aceitação da prorrogação determinada pelo Poder Concedente. Enquanto que a administração pública deverá acolher o requerimento do concessionário, deferindo a prorrogação, ou determiná-la sem que haja prévio requerimento.

3.2.2.6. QUANTO À EXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS PARTES CONTRATANTES

A existência ou ausência de manifestação das partes contratantes da concessão de serviço público é outro critério apto a indicar o grau de aceitação e negociação no processo da decisão pela prorrogação de concessão de serviço público.

3.2.2.6.1. PRORROGAÇÃO TÁCITA

A prorrogação tácita dispensa a manifestação de vontade de administração pública concedente e do concessionário, ou de apenas um desses agentes, sendo imprescindível, nesse último caso, que aquele que tenha tido a iniciativa de provocar a cláusula prorrogatória não precise obter a resposta da contraparte para a exteriorização dos efeitos da prorrogação.

No sistema jurídico vigente, convivemos com o exemplo da prorrogação tácita prevista ao serviço de radiodifusão sonora, que ainda segue regulado pelo antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal 4.117/1962), na parte não revogada pelo novo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal 9.472/1997).

Os serviços de radiodifusão de sons e imagens, incluídos os de televisão e radiodifusão sonora, serão exercidos pela União Federal diretamente, ou por meio dos instrumentos de delegação, concessão, autorização ou permissão (artigo 21, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, combinada com artigo 33 da Lei Federal 4.117/1962), constitucionalmente fixados os prazos de concessão de 10 anos para o serviço de

radiodifusão sonora e de 15 anos para os de imagens, admitidas as renovações desses períodos, complementando a legislação infraconstitucional de que a prorrogação pode se dar por sucessivos e iguais prazos, caso concessionários tenham cumprido todas as obrigações legais e contratuais, conservado a idoneidade técnica, financeira e moral e atendido o interesse público (artigo 223, parágrafo quinto da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 33, parágrafo terceiro, Lei Federal 4.117/1962).

A prorrogação tácita foi disciplinada no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei Federal 4.117/1962, pois se preceitua que se a concessionária tiver requerido, no tempo hábil, a prorrogação de sua concessão, ela será deferida na hipótese de silêncio do órgão competente, isto é, se o órgão não decidir dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias.

A respeito, não vislumbramos incompatibilidade do referido dispositivo com a Constituição Federal de 1988. A prorrogação tácita dos serviços de radiodifusão, assim como uma eventual prorrogação expressa, ficaria condicionada de ter seus efeitos liberados após a deliberação do Congresso Nacional, no procedimento de renovação previsto nos parágrafos primeiro, segundo e terceiro do artigo 223 da Constituição Federal¹¹¹. Constitui, portanto, um ato de natureza complexo.

3.2.2.6.2. PRORROGAÇÃO EXPRESSA

A prorrogação expressa depende, para sua qualificação, necessariamente da manifestação de vontade do poder concedente, mediante a autorização e deferimento da prorrogação concessória, podendo também contar, como requisito não necessário, a manifestação de vontade do concessionário.

¹¹¹ “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.”

3.2.2.7. QUANTO AO MOMENTO DA PRORROGAÇÃO

O momento da prorrogação é definido de acordo com o tempo em que a decisão prorrogatória é proferida, se de modo antecipado ao término da concessão, ou de forma concomitante.

3.2.2.7.1. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA AO TÉRMINO DA CONCESSÃO

A prorrogação antecipada é qualificada pela liberação dos efeitos da prorrogação em tempo anterior ao do termo final do prazo originário do contrato de concessão.

Visualizando a hipótese, é como se um contrato de concessão de serviço público com prazo de vigência de 10 (dez) anos, prorrogável por igual período de tempo, tivesse deliberada a prorrogação ao cabo do sexto ano de sua vigência, com a fixação da contrapartida, aceita pelo concessionário, de redução do prazo total da concessão originária.

Temos o exemplo do setor portuário. A Lei Federal 12.815, de 05 de junho de 2013, no rol de suas disposições transitórias, atribui ao Poder Concedente, a seu critério, prorrogar antecipadamente contratos de arrendamento, que se assemelham a uma concessão de serviço público quanto ao seu objeto, desde que estejam em vigor e tenham sido firmados sob a égide da Lei Federal 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (artigo 57, *caput*). A condição para que a prorrogação antecipada ocorra é a existência de aceitação expressa do arrendatário de realizar investimentos, segundo o plano elaborado pelo próprio arrendatário e aprovado pelo Poder Concedente (artigo 57, parágrafo primeiro). A mesma Lei Federal 12.815/2013, no seu parágrafo terceiro do artigo 57, determina que, se a critério do poder concedente não for efetivada a prorrogação antecipada, referida decisão não implicará recusa de prorrogação contratual prevista no instrumento original.

3.2.2.7.2. PRORROGAÇÃO NO ADVENTO DO TÉRMINO DA CONCESSÃO

A prorrogação concomitante ao término da concessão é a prorrogação ordinariamente verificada, pois espraia seus efeitos quando do advento do termo final previsto no prazo originário do contrato de concessão de serviço público, ressaltado, logicamente, que, ativada a prorrogação, o termo final do ajuste se desloca para a data do último dia do prazo prorrogado.

A concessão de serviço público, prorrogada concomitantemente ao término inaugural, prossegue sendo um único contrato, regulado pelas bases contratuais originárias, com variação apenas sobre a dinâmica de investimentos e exploração do serviço dedicada ao prazo prorrogado, já que se considera que, quanto ao primeiro prazo fluído, já houve o devido atendimento do retorno esperado pelo concessionário e amortização dos investimentos realizados.

No regime anterior ao da Lei Federal 12.783/2013, previa o artigo 4º, parágrafo quarto da Lei Federal 9.074/1995 que as prorrogações de geração, distribuição e transmissão de energia elétrica deveriam ser requeridas pelo concessionário no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato. O Poder Concedente tinha a obrigação de manifestar-se, positiva ou negativamente, ao requerimento até dezoito meses antes do termo final do contrato de concessão. À míngua de especificação tratada na lei, a prorrogação deve ser entendida como fluída para momento posterior ao do transcurso do prazo originário da avença.

3.2.2.8. QUANTO À ONEROSIDADE

A distinção pela onerosidade do ato de prorrogação tem por finalidade avaliar se há ou não a exigência de pagamento de alguma contraprestação em virtude do deferimento do ato de prorrogação.

3.2.2.8.1. PRORROGAÇÃO GRATUITA

A prorrogação gratuita não coaduna com a cobrança de ônus de outorga com o objetivo de garantir a eficácia desse ato prorrogatório, impedida que essa cobrança com essa finalidade seja procedida tanto na formação da concessão, seja ao longo de sua execução.

Vale o esclarecimento de que ônus da outorga da concessão para a exploração no seu prazo inicial até pode ser cobrada, mas, para se configurar uma prorrogação de prazo de vigência de natureza gratuita, não se pode “precificar”, no processo de escolha da concessionária e julgamento de sua proposta, a eventual extensão do prazo provocada pela prorrogação.

A decisão que norteia a dispensa do pagamento do ônus da outorga deve cumprir um dever de motivação mais reforçada, pois está se dispondo de expectativa de receita futura orçamentária, que pode servir ao cumprimento de outras finalidades de interesse público, não necessariamente ligadas ao serviço público concedido.

Nessa perspectiva, o ato de convocação de edital de concessão, que preveja, na minuta do contrato de concessão anexa, a cláusula prorrogatória gratuita, pode ser impugnado, pelas vias judiciais cabíveis à revisão do ato administrativo, agitado o argumento de possível lesividade aos cofres públicos. Da mesma forma, o ato administrativo que concede a prorrogação gratuita pode ser atacado nos seus motivos, se não for enquadrada a hipótese prevista no contrato como exoneratória do pagamento do ônus da outorga.

Não se trata de juízo hipotético a avaliação do potencial econômico de uma concessão de serviço público, antes pode ser buscada por intermédio da realização de estudos econômicos, com cruzamento de projeção de auferimento das receitas futuras com os indicativos estatísticos de quantidade e fidelização de usuários do serviço público, o grau de inadimplência e a quantificação dos investimentos necessários à promoção da continuidade e adequação do serviço, além dos ganhos remuneratórios e de eficiência que podem ser buscados na eventualidade da abertura de um novo processo licitatório, que representa, também, a possibilidade de modificação substancial das disposições contratuais e regulamentares da concessão tratada.

3.2.2.8.2. PRORROGAÇÃO ONEROSA

A onerosidade da prorrogação identifica-se pela exigência de um pagamento de um ônus pelo novo período agregado à outorga concessória original, a ser pago pelo concessionário interessado pela prorrogação.

Esclarecemos que o ônus que tratamos nesse ponto é aquele pago ao poder concedente, com a finalidade acumulatória. Demais ônus, de natureza distinta, que se relacionem, por exemplo, com a assunção de novas obrigações pelo concessionário ao tempo de uma prorrogação, não devem ser assimilados com a figura da prorrogação onerosa da concessão de serviço público. Registre-se que mesmo a prorrogação gratuita pode ser carregada da imposição e aceitação de novos ônus e condicionamentos pelo concessionário, sem que isto importe a imputação da responsabilidade ao concessionário de pagar ao poder concedente esse determinado ônus de natureza pecuniária.

Há distinção a ser ressaltada entre os ônus pecuniários. O ônus da outorga prorrogatória não se confunde com eventual ônus pago pela contratação do prazo original da concessão de serviço público, pois se tratam de hipóteses de incidência distintas. O ônus da outorga original da concessão pode ser constituído como um dos critérios adotados para o julgamento da licitação à concessão de serviço público, na forma de “melhor pagamento pela outorga”, como pode se extrair do teor do artigo 15 da Lei Federal 8.987/1995, nos seus incisos II, III, VI e VII¹¹².

¹¹² “Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”

Já o ônus pela outorga a ser pago pelo concessionário por ocasião da prorrogação não necessariamente deve ser dimensionado, em valores absolutos, desde o momento da licitação. Apenas se revela necessário que os parâmetros que serão adotados para a sua contabilização sejam desde já objeto de conhecimento das partes, não só em observância à contratualidade, à boa-fé e à estabilidade do relacionamento concessório, mas também em respeito à previsibilidade de comportamentos regulatórios e ao princípio que veda o enriquecimento sem causa do poder público em detrimento do concessionário, devendo ser determinada uma justa remuneração, com valores apurados de acordo com a identificação do mercado público concessório¹¹³.

Exemplo de prorrogação onerosa está proposto pelo artigo 4º, parágrafo primeiro, da Lei Federal 9.074/1995, em que se traz uma autorização genérica à União Federal para que contrate concessão de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água mediante título oneroso.

Outro exemplo é extraído da Lei Federal 9.472/1997, que trata sobre as concessões de telecomunicações, em regime público. O artigo 99, “caput” e parágrafos primeiro a terceiro, além do artigo 207, “caput” e parágrafos primeiro e segundo, desta mesma Lei, versam a respeito da fixação do prazo máximo da concessão e os procedimentos necessários à sua prorrogação. Observa-se, com a transição do regime predicada pela nova lei de telecomunicações, as prestadoras do serviço público de telefonia fixa comutada deveriam pleitear, perante a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a celebração do contrato de concessão, cujo objeto seria determinado em função do Plano Geral de Outorgas. Esse contrato seria celebrado a título gratuito, com prazo de encerramento determinado para 31 de dezembro de 2005, sendo que, nessa oportunidade do termo final, já era assegurado o direito à prorrogação, única, pelo prazo de vinte anos, com pagamento de novo ônus pela outorga prorrogada, observados os procedimentos descritos no artigo 99.

¹¹³ Eduardo Rocha DIAS qualifica a cobrança do ônus da outorga, na hipótese dos serviços de telecomunicações tratados pelo regime público, como encargo contratual previsto legalmente (artigo 2º, alínea ‘c’, da Lei Federal 5.070/1966), exigido do concessionário e destinado ao Estado, com seu valor absoluto não pode ultrapassar o custo da referida atividade, sob pena de repercussão exagerada no valor das tarifas e causação de prejuízos aos usuários dos serviços. Em: “A Cobrança pela Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações de Serviços de Telecomunicação”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, Abril/Junho 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12766>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2016.

Registre-se que a Lei Federal 9.472/1997, no seu artigo 48, determina que a outorga paga pela prorrogação das concessões de telecomunicações e uso de radiofrequência será realizada de acordo com condições estabelecidas na mesma lei¹¹⁴ e na regulamentação da ANATEL, com o produto arrecadado sendo destinado a cumprir receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, e, no futuro, com sua parte destinada ao fundo de universalização dos serviços de telecomunicações mencionado no inciso II do artigo 81 da mesma lei¹¹⁵. Podem, portanto, os valores pagos a título de ônus da outorga serem utilizados sob a forma de subsídios tarifários em serviços de telefonia convencional em áreas mais remotas, servindo ao cumprimento de objetivo previsto no contrato de concessão, o de modicidade tarifária.

Descendo às minúcias, observa-se que a Súmula 11/2011, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, trouxe o entendimento do órgão regulador quanto ao cômputo do ônus da outorga devido em razão da prorrogação das concessões de serviço telefônico fixo comutado (STFC), ocorrida no ano de 2005, fixado que o ônus contratual, de 2% (dois por cento) da receita das concessionárias a cada dois anos, deveria ser incidente também sobre receitas de interconexão (TU-RL), de Prestação, Utilidade e Comodidade (PUC), e, ainda, de outros serviços adicionais e receitas operacionais relacionadas à prestação de telefonia fixa¹¹⁶.

¹¹⁴ Confira-se, a propósito, os parágrafos do artigo 48, que assim dispõem:

“§ 1º Conforme dispuser a Agência, o pagamento devido pela concessionária, permissionária ou autorizada poderá ser feito na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, sendo seu valor, alternativamente:

I - determinado pela regulamentação;

II - determinado no edital de licitação;

III - fixado em função da proposta vencedora, quando constituir fator de julgamento;

IV - fixado no contrato de concessão ou no ato de permissão, nos casos de inexigibilidade de licitação.

§ 2º Após a criação do fundo de universalização dos serviços de telecomunicações mencionado no inciso II do art. 81, parte do produto da arrecadação a que se refere o caput deste artigo será a ele destinada, nos termos da lei correspondente.”

¹¹⁵ “Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I – *omissis*;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.”

¹¹⁶ Eis o teor da súmula: “O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

3.2.2.9. QUANTO AO PREENCHIMENTO DE CONDIÇÕES PARA A SUA OCORRÊNCIA

A cláusula prorrogatória, para sua ativação, pode depender do cumprimento de condições, legais ou contratuais, pelo concessionário, relativos à exploração do serviço público.

3.2.2.9.1. PRORROGAÇÃO CONDICIONADA

A prorrogação concessória condicionada exige o cumprimento, pelo concessionário, de uma pauta de condicionamentos predeterminados pela lei de regência, ou, pelo contrato de concessão.

Condição, segundo a lei civil, corresponde à cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento

CONSIDERANDO o § 1º do art. 207 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que determina que a prorrogação da concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) se dará a título oneroso;

CONSIDERANDO que a Anatel é o órgão legalmente competente para examinar os preços mínimos atribuídos aos contratos de concessão;

CONSIDERANDO a Cláusula 3.3 dos Contratos de Concessão para a prestação do STFC, assinados em 22 de dezembro de 2005, que determina que a Concessionária deverá pagar, a cada biênio, ônus correspondente a 2% (dois por cento) de sua receita, do ano anterior ao do pagamento, do STFC, líquida de impostos e contribuições sociais incidentes;

CONSIDERANDO o § 1º da Cláusula 3.3 dos Contratos de Concessão para a prestação do STFC, que estabelece que no cálculo do referido valor será considerada a receita líquida decorrente da aplicação dos planos de serviço, básico e alternativos, objeto da presente concessão;

CONSIDERANDO que toda e qualquer receita auferida como proveito econômico das concessionárias decorrentes direta ou indiretamente da prestação do STFC deve ser incluída na base de cálculo do ônus previsto na Cláusula 3.3 dos Contratos de Concessão para prestar o STFC;

CONSIDERANDO que compete à Anatel deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações, conforme disposto no inciso XVI do art. 19 da Lei nº 9.472, de 1997;

CONSIDERANDO o constante dos autos dos Processos nº 53500.010646/2007, 53500.010648/2007, 53500.010647/2007, 53500.012020/2007 e 53500.008806/2009;

CONSIDERANDO a deliberação tomada em sua Reunião nº 627, realizada em 27 de outubro de 2011,

RESOLVE editar a presente Súmula:

"Estão incluídas na base de cálculo do ônus contratual previsto nos Contratos de Concessão de 2006/2010, para prestação do STFC, dentre outras, as receitas de interconexão, PUC, e, ainda, de outros serviços adicionais e receitas operacionais inerentes ao STFC."

Esta Súmula entra em vigor na data de sua publicação.

JOÃO BATISTA DE REZENDE

Presidente do Conselho"

futuro e incerto, sendo lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes (artigos 121 e 122 do Código Civil de 2002).

Assim, a condição, no contrato público de concessão, adquire a característica de ser suspensiva, pois subordina o efeito de ativação da cláusula prorrogatória ao cumprimento conclusivo de tal condicionamento. Enquanto a condição não se verificar, não se terá adquirido o direito à prorrogação, visado pelo concessionário (artigo 125 do Código Civil de 2002).

Exemplo de prorrogação condicionada, disciplinada em diploma normativo, está tratada na Lei Federal 5.785/1972, na qual critérios como “interesse nacional”, “adequação ao Sistema Nacional de Radiodifusão”, “comprovação pela concessionária do cumprimento das exigências legais e regulamentares”, “observância das finalidades educativas e culturais do serviço” e “condições técnicas estabelecidas no Plano Nacional de Radiodifusão ou normas técnicas dele decorrentes” foram fixados como fatores condicionantes à autorização da prorrogação¹¹⁷.

Mais recentemente, veio editada a Lei Federal 12.783/2013, oriunda de Medida Provisória 579/2012, com a estruturação de prorrogação de concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Quanto às concessões de geração, o condicionamento ao deferimento da concessão veio estipulado pela aceitação expressa, pela concessionária, de um regramento específico para dispor sobre o novo intervalo prorrogado. As condições estão dispostas no artigo 1º, parágrafo primeiro, da Lei mencionada: a remuneração por tarifa calculada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para cada usina hidrelétrica (inciso I); alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN, a ser definida pela ANEEL, conforme regulamento do Poder

¹¹⁷ “Art 2º A renovação da concessão ou permissão fica subordinada ao interesse nacional e à adequação ao Sistema Nacional de Radiodifusão, dependendo de comprovação, pela concessionária ou permissionária, do cumprimento das exigências legais e regulamentares, bem como da observância das finalidades educativas e culturais do serviço.

Art 3º O Ministério das Comunicações poderá, a qualquer tempo, condicionar a renovação das concessões ou permissões à adaptação da concessionária ou permissionária às condições técnicas estabelecidas no Plano Nacional de Radiodifusão ou normas técnicas dele decorrentes.”

Concedente (inciso II); submissão aos padrões de qualidade de serviço fixados pela ANEEL (inciso III)¹¹⁸.

Outro condicionamento de destaque pode ser extraído da Lei 12.815/2013, a Lei dos Portos, em seu artigo 62, que determina que concessionárias portuárias inadimplentes com o recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ ficam impossibilitadas de celebrar ou prorrogar contratos de concessão, aplicando-se tal condicionamento-impedimento às pessoas jurídicas que, direta ou indiretamente, sejam controladoras, controladas, coligadas ou tenham controlador comum com a inadimplente¹¹⁹.

3.2.2.9.2. PRORROGAÇÃO INCONDICIONADA

A prorrogação incondicionada, por sua vez, inadmite a fixação de condicionamentos prévios a serem aceitos ou preenchidos pelo concessionário para que seja deferido o elastecimento do prazo da concessão.

¹¹⁸ Outras duas condições haviam sido incluídas ao longo da tramitação do processo legislativo de conversão da Medida Provisória, mas foram vetadas pela Presidente da República, isto é, o acréscimo dos incisos IV e V ao parágrafo primeiro do artigo 1º da Medida Provisória 579/2012, “IV - submissão aos padrões de saúde e segurança no trabalho e de respeito aos direitos e garantias dos consumidores, a serem definidos pela Aneel e pela legislação vigente; V - definição pela Aneel das atividades acessórias que poderão ser executadas com terceiros.” Conforme a Mensagem 7/2013, o veto foi justificado nos seguintes termos: “O projeto de lei de conversão, ao estipular novas condições à prorrogação das concessões de geração de energia hidrelétrica, pretende atribuir à ANEEL competência estranha à sua finalidade institucional. Ademais, são assuntos já equacionados na legislação trabalhista, de defesa do consumidor e no marco das concessões de serviço público”. Ao se limitar em tratar da não competência institucional da ANEEL para tratar de assuntos relativos à legislação trabalhista e de defesa do consumidor, as razões de veto não foram elucidativas em esclarecer se, em eventual disposição contratual, poderiam ser fixados esses mesmos condicionamentos à prorrogação concessória dos serviços de geração de energia elétrica.

¹¹⁹ “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento)

§ 2º O impedimento previsto no caput também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente.”

3.2.2.10. QUANTO AO NÚMERO DE VEZES

A prorrogação pode ser determinada de ocorrer uma única vez, ou várias vezes, sucessivas, ao longo do prazo de vigência da concessão de serviço público.

3.2.2.10.1. PRORROGAÇÃO ÚNICA

Como a conceituação já define, a prorrogação concessória única é tratada pela cláusula prorrogatória que admite um singular elástico do prazo da concessão, rejeitada qualquer iniciativa que proponha a inclusão de novo período. No advento do termo contratual, já ponderada a prorrogação única, o Poder Concedente deverá avaliar a conveniência de realização de nova licitação para uma futura outorga, ou retomar a prestação dos serviços públicos de forma direta, por meio de seu aparato administrativo.

3.2.2.10.2. PRORROGAÇÃO SUCESSIVA

Já a prorrogação sucessiva comporta vários eventos de prorrogação numa mesma relação contratual de concessão, observando, logicamente, a regra de tempo determinado à fixação dos prazos de vigência às concessões de serviço público.

Ou seja, as prorrogações sucessivas não são infinitas, recebendo limite máximo no prazo de vigência total estatuído para o contrato de concessão, seja aquele definido *ex ante* em legislação específica como o prazo máximo, incluídas eventuais prorrogações, seja aquele definido *ex post* à legislação, nos limites do edital e do contrato de concessão celebrado, e, principalmente, como limite máximo o mesmo período atribuído ao prazo originário da concessão.

A propósito dos limites temporais à prorrogação sucessiva, temos como apropriado o esclarecimento de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, para quem subsiste uma incompatibilidade entre o instituto da concessão e a prorrogação ilimitada de seu prazo de vigência, visto que “*embora seja admissível a prorrogação, ela também deve*

permitir o estancamento da delegação. Caso contrário, novamente, tem-se o trespasse em definitivo da atribuição de disponibilizar a utilidade e do direito de explorá-la. Mais além, temos a apropriação, pelo concessionário, das prerrogativas e dos direitos especiais que lhe são conferidos no âmbito da concessão, criando um direito diferenciado (privilégio) perene em desfavor dos demais particulares.”¹²⁰

Considero, com apoio nessa linha doutrinária, que as prorrogações sucessivas que não tenham especificada uma finitude clara correspondem à renúncia do serviço pelo poder concedente em favor do concessionário, uma alienação indevida do serviço concedido. Por essa razão, há de se conjugar a prorrogação sucessiva com o número de vezes com a qual deverá se exprimir numa mesma relação contratual de concessão de serviço público.

A prorrogação sucessiva ainda se assimila a concessões que podem ter especificados, no contrato, ciclos de exploração, devidamente fixados no tempo, ou quando o próprio poder concedente tenha disposição de realizar um prazo de vigência relativamente curto, mas prorrogável, a fim de identificar as demandas de serviço público e, possivelmente, até redefinir o objeto concedido para uma futura outorga. Note-se, nesse particular, que num intervalo da duração da concessão de serviço público as necessidades e prioridades públicas podem se alterar substancialmente, por variados motivos, contemplados tanto no lado da definição do serviço concedido – a oferta –, e no espectro do usuário e da própria administração pública – a demanda.

Veja-se, nesse particular, o caso do setor de telecomunicações, diretamente impactado pelas soluções tecnológicas verificadas nas duas décadas posteriores à redefinição do marco regulatório ocorrida ao largo da década de 1990. Questiona-se, atualmente, no curso do prazo de vigência de prorrogações já deferidas a concessionárias do setor, se seria apropriado manter a regulação contratual das concessões atrelada ao objeto de serviço de telefonia fixa comutado, sob regime público, que vem paulatinamente caindo em desuso porque substituídas por linhas de telefonia móvel, sustentadas no regime de autorizações, em direito privado¹²¹.

¹²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 170.

¹²¹ Em reportagem realizada por Luís Osvaldo GROSSMANN, houve a constatação de que o Governo Federal, por intermédio do Ministério das Telecomunicações, vinha monitorando a situação dos serviços públicos concedidos, especialmente o de telefonia fixa, em que se verificou uma queda paulatina e constante

Vimos benefícios à opção pela prorrogação sucessiva em serviços públicos concedidos que já tenham uma base de empreendimento consolidada, que não necessitem de dispêndios de investimentos elevados, tão-somente subsistindo obrigações do concessionário na conservação da qualidade e adequação dos serviços. Afinal, se o concessionário atende aos padrões de qualidade exigidos após o prazo originário da concessão, a tendência natural caminha para possibilitar a atribuição de novos períodos, com a vigilância constante do poder concedente, com a fixação de metas intermediárias que devam ser atingidas em cada ciclo e a adoção de criatividade nas opções regulatórias de fiscalização e controle desses níveis de bom atendimento.

3.3. DINÂMICA DA PRORROGAÇÃO NA FORMAÇÃO, EXECUÇÃO E EXTINÇÃO DAS CONCESSÕES

A prorrogação da concessão de serviços públicos tende a adquirir contornos distintos com a variação do momento em que ocorre a definição sobre o seu emprego como técnica de modulação contratual.

A partir da indicação de três momentos cruciais, a formação, a execução e a extinção dos contratos de concessão de serviço público, passa-se a analisar criticamente a influência da prorrogação concessória em cada um desses momentos.

do número de assinantes do serviço oferecido pelas concessionárias. Na opinião do Ministro das Comunicações da época, março de 2012, Sr. Paulo Bernardo, seria imprescindível uma revisão do modelo, ou, alternativamente, a prorrogação das concessões, com a redefinição do que ainda deveria ser mantido como um serviço público delegável. O Ministro ainda referiu a necessidade da oportunidade de antecipação do debate para momento anterior ao término das concessões de telecomunicações, que já tiveram uma prorrogação no ano de 2005, pelo prazo de 20 (vinte) anos, ou seja, com término em 2025, sob pena de possível judicialização do tema quanto às indenizações a serem pagas em eventuais bens reversíveis, altamente depreciados pela defasagem tecnológica da rede. O Ministro defendeu que uma das possibilidades ao governo seria a revisão e modificação do marco regulatório do setor de telecomunicações, a fim de que se permita uma nova prorrogação para as concessionárias que já tiveram anteriormente o prazo prorrogado. Expôs, por fim, a possibilidade da prorrogação na tese de que o serviço de telefonia fixa ainda seria de interesse da coletividade, visto que, em relação aos serviços de telefonia fixa combinados com TV por assinatura ou Internet, prestado por permissionárias, teria havido um substancial aumento do número de usuário. Também ouvido, o presidente da Agência Nacional de Telecomunicações à época, Sr. João Rezende, afirmou que a demora do governo em decidir por qual rumo seguir na prestação do serviço de telecomunicações teria por implicação imediata a diminuição do valor agregado das concessões. Em: “A exemplo do setor elétrico, governo estudar prorrogar concessões de telecom”. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=29659&sid=8>. Acesso em: 18 de julho de 2014.

3.3.1. PRORROGAÇÃO NA FORMAÇÃO DAS CONCESSÕES

No momento de formação do contrato de concessão, a expressão que acompanharia a decisão administrativa que opte pela inclusão da prorrogação nesse contrato de concessão seria o *planejamento estatal*.

A decisão pela celebração da concessão, acompanhada de uma futura prorrogação, não pode ser desatrelada de um compromisso da administração pública concedente com um relacionamento concessório seguro, estável e dotado de metas claras para uma prestação atualizada dos serviços públicos.

Como analisado em tópico anterior, a concessão de serviço público, para ser celebrada, depende da fixação de prioridades na formulação das políticas públicas relacionadas aos serviços públicos, para, num momento seguinte, se concretizar a formalização de solenidades, que constituem o âmbito de medidas que definem a sua existência, validade e eficácia do contrato concessório.

Como um empreendimento público de natureza complexa e ordinariamente de longo prazo, a concessão deve redundar de uma opção governamental justificada em sua viabilidade política, técnica, econômica e financeira.

Quanto à viabilidade política, há entendimento já consolidado pela jurisprudência de Corte Superior¹²² no sentido da exclusividade do poder da decisão de delegar a exploração de serviços públicos por meio de concessão ser conferida unicamente ao Poder Executivo, pois quem é dotado constitucionalmente da competência de dirigir a administração. A participação do Poder Legislativo, quanto à celebração dos contratos de concessão, deve ocorrer, regra geral, mediante o controle “a posteriori”, no exercício da fiscalização dos atos praticados pelo Poder Executivo, admitindo-se, logicamente, a intervenção do Legislativo mediante a edição de leis genéricas e abstratas que definam o

¹²² No julgamento da ADI 462-BA, na sessão do Tribunal Pleno de 20/08/1997, relatado pelo Ministro Moreira Alves, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, declararam a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição Estadual da Bahia, que fixavam a necessidade de prévia autorização legislativa para que o Poder Executivo pudesse celebrar contratos destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos. Tais dispositivos foram reputados incompatíveis com o princípio constitucional de independência e harmonia dos Poderes da República, previstos no artigo 2º da Constituição Federal. A fundamentação do acórdão fez menção a outros precedentes julgados pela Corte Suprema, na análise de outras Constituições Estaduais que continham disposição equivalente, a exemplo das ADI 676-RJ; ADI 177-RS, ADI 342-PR e ADI 165-MG.

regime jurídico da concessão a ser outorgada, sem a estipulação de exigência de chancela prévia do Legislativo ao Executivo.

Sobre a viabilidade técnica, a administração pública deve ter em mente de que a exploração e prestação do serviço público a ser realizada pelo particular concessionário deve ser factível, não sendo possível o cumprimento de investimentos ou exigência de soluções tecnológicas dissociados da realidade e da necessidade pública apresentada pela coletividade.

Da mesma forma, exige-se que a concessão corresponda a critérios de viabilidade econômica e financeira, visto que concomitantemente às obrigações de investimento se terá a necessidade da obtenção de uma fonte de financiamento, que deve provir evidentemente por forças e influência do concessionário, mediante a aplicação de recursos próprios, podendo ser até decorrentes da exploração do próprio serviço concedido, ou de empréstimos advindos de instituições financeiras, públicas ou privadas, o que reforça a necessidade de se ter um sistema regulado bem específico de garantias para o adequado cumprimento e saneamento das contas da concessionária, sob pena de descontinuidade da prestação do serviço.

No influxo dessas análises de viabilidade, concretizadas por meio de estudos, investigações, levantamentos e projetos (artigos 5º e 21 da Lei Federal 8.987/1995), a concessão é escolhida como o instrumento adequado à prestação de serviço público, e, conjuntamente, a prorrogação de seu prazo é projetada como uma forma admissível de se garantir a permanência da mesma regência contratual.

Passo seguinte nessa fase de formação da concessão de serviço público trata-se do *processo licitatório*.

O artigo 14 da lei-quadro de concessões comuns de serviço público, na esteira da regulamentação de dispositivo constitucional (artigo 175), determina que toda concessão de serviço público, seja precedida ou não da execução de obra pública, seja objeto de prévia licitação, em conformidade com os ditames da lei própria e os princípios gerais da atuação da administração pública (citados legalidade, moralidade, publicidade, igualdade) e específicos do procedimento (mencionados o julgamento por critérios objetivos e a vinculação ao instrumento convocatório).

De posse dos resultados de estudos prévios de viabilidade, há a liberdade do poder concedente de estipular, logo da elaboração do edital, não só o prazo originário da concessão de serviço público, mas também o dimensionamento da prorrogação contratual possível, definindo-se o prazo prorrogatório, além do estabelecimento de quais os critérios objetivos que nortearão eventual decisão prorrogatória tomada ao longo da fase de execução contratual.

É nesse ponto que se ressalta uma particularidade do comportamento do poder concedente: a fixação abstrata da prorrogação pode variar em níveis de intensidade da vinculação do poder concedente e do concessionário à sua ativação.

Sobre essa modulação contratual das prorrogações, definida em momento prévio a seu acertamento com o acolhimento da proposta e adjudicação do objeto ao licitante vencedor, temos o relevante entendimento de Jacintho Arruda CÂMARA, para quem constitui prerrogativa própria do poder concedente realizar esses arranjos sobre as cláusulas prorrogatórias, a depender do tipo de interesses em jogo.

Segundo CÂMARA, existem basicamente três alternativas para a oscilação entre determinação ou indeterminação do deferimento da cláusula prorrogatória¹²³. A primeira seria a solução negociada: concessionário e concedente teriam

¹²³ Esse debate sobre a indeterminação ou determinação da ativação da cláusula prorrogatória repercute na avaliação global do valor que uma concessão de serviço público pode ostentar perante o mercado. Vale destacar: a concessionária não deixa de ser uma empresa, movida por interesses econômicos, com provisões de receita e expectativas de geração de lucro em razão de sua atividade. Inclusive, existe preceito constante da Lei Geral de Concessões que possibilita às concessionárias, quando da celebração de contratos de financiamento, oferecer em garantia “os direitos emergentes da concessão”, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade do serviço (artigo 28). Uma cláusula prorrogatória, digamos, cheia, com ativação para um novo período praticamente vinculando a administração, tende a projetar uma repercussão positiva na avaliação econômica da empresa. Essa discussão, inclusive, foi incisivamente travada no Estado de São Paulo, em meados da década de 2000, quando houve seguidas pautas de negociações entre o Governo do Estado de São Paulo e a União Federal, a fim de decidir sobre a privatização ou não dos ativos da Cesp (Companhia Energética de São Paulo) e a outorga de prorrogação para um novo período de exploração quanto às usinas de Jupia e Ilha Solteira, a vencer no ano de 2015. Depois de fracassadas tentativas de venda das ações da companhia em março de 2008, relatadas na reportagem d’O ESTADO DE SÃO PAULO, veio destacado na reportagem da FOLHA DE SÃO PAULO que a então Ministra de Minas e Energia, Sra. Dilma Rousseff, teria acordado com o então Governador do Estado de São Paulo, Sr. José Serra, o compromisso de prorrogar as usinas hidrelétricas da Cesp em Jupia e Ilha Solteira, com a contrapartida de que o governo paulista não privatizasse a companhia. Em: O ESTADO DE SÃO PAULO, “Sem interessados, leilão da Cesp fracassa mais uma vez”. Publicação em 25 de março de 2008. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral.sem-interessados-leilao-da-cesp-fracassa-mais-uma-vez,145533>. Acesso em: 18 de julho de 2014; e FOLHA DE SÃO PAULO, “Serra e Dilma fazem acerto para a Cesp”. Publicação de 07 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/09/442254-serra-e-dilma-fazem-acerto-para-a-cesp.shtml>. Acesso em 18 de julho de 2014.

plena autorização, com a procedimentalização tratada no contrato, para dispor sobre a conveniência da prorrogação. Nesse caso, afirma CÂMARA, “[n]a data indicada contratualmente, a prorrogação será confirmada se as partes estiverem de comum acordo”. A segunda alternativa seria representada por uma solução vinculada: o poder concedente estaria obrigado a deliberar pela ativação da cláusula prorrogatória em razão do cumprimento, pelo concessionário, dos objetivos ou condicionamentos fixados no instrumento da concessão no transcurso do prazo originário. Aqui se apura uma hipótese de relativa margem de certeza ao concessionário quanto à eficácia da cláusula prorrogatória, pois, como avalia CÂMARA, “ao invés de dispor de ampla discricionariedade para prorrogar ou não o contrato, a depender de uma avaliação de conveniência e oportunidade, a Administração só poderá recusar a prorrogação se demonstrar o desempenho insatisfatório da concessionária”. A terceira alternativa citada por CÂMARA, que decorre da prática contratual administrativa tradicional, é a solução exclusiva do poder concedente, quando se lhe atribua a responsabilidade de decidir sobre o futuro da concessão, com ampla discricionariedade e sem a interferência direta do concessionário, se com um novo prazo prorrogado, ou se extinta pelo advento do termo contratual, negada a prorrogação¹²⁴.

Desse retrato das possíveis modelagens da cláusula prorrogatória, resta evidente o nexo de causalidade entre o grau de determinação do deferimento da cláusula prorrogatória e a estabilidade e segurança das relações jurídicas entre concessionário e poder concedente, o que pode afetar, inclusive, a formulação da proposta na licitação. Quanto mais determinante e previsível for a ocorrência da prorrogação, será mais aderente ao interesse econômico da concessionária apresentar uma oferta mais ousada e economicamente mais rentável para a administração concedente, confiante em que haverá um lastro normativo contratual, portanto, jurídico, resguardando o seu interesse na prorrogação. Já na variação da indeterminação da cláusula prorrogatória, os riscos se revelam maiores, principalmente diante da incerteza de quem estará dirigindo a administração pública no momento da decisão prorrogatória, bem como pela ausência de consolidação de cultura e respeito institucional às decisões administrativas precedentes.

¹²⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Prazo nos Contratos Públicos”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos. Volume 6. São Paulo: RT, 2014, p. 347.

3.3.2. PRORROGAÇÃO NA EXECUÇÃO DAS CONCESSÕES

Prosseguimos, no passo intermediário, em analisar a cláusula prorrogatória ao longo da execução do prazo de vigência das concessões.

Vimos, de relevo, algumas principais características da influência da cláusula prorrogatória ao longo da prestação do serviço concedido.

O cumprimento de requisitos das cláusulas prorrogatórias que contenham condicionamentos ao concessionário, especialmente se forem ligados à ideia da qualidade da prestação de serviço, deve ser objeto de acompanhamento e avaliação periódica pelo poder concedente, presumivelmente ao mesmo tempo em que consumada a fiscalização efetiva sobre as instalações, equipamentos, métodos e práticas da execução dos serviços, realizada por órgão técnico do poder concedente ou entidade conveniada, e avaliação periódica externa, por comissão tripartite de representantes do poder concedente, concessionária e usuários (artigos 3º; 23; 30, “caput” e parágrafo único, da Lei 8.987/1995).

De nada adiantaria à concessionária obter o padrão de qualidade positivo esperado apenas no último ano de lapso da concessão, se, ao longo de todo o prazo de vigência originário remanescente, ela obteve índices insatisfatórios da prestação de serviços públicos, não investindo na modernização e ampliação dos bens reversíveis, deixando de cumprir com obrigações de publicidade de seus resultados e demonstrações financeiras ou falhando com a assistência ao usuário. É evidente que uma cláusula prorrogatória, em sua concepção, pode evitar a ocorrência dessa teratologia, porém, o método adequado à execução do contrato de concessão, em nome do próprio dever atribuído ao poder concedente, contempla a vigilância constante sobre o preenchimento de tais condicionamentos.

Por outro ângulo, a cláusula prorrogatória tem atrelada a sua eficácia à boa prestação do serviço e ao bom cumprimento dos termos do contrato, já que, inexecutadas tais obrigações, ao poder concedente subsiste a faculdade de promover os atos de extinção antecipada do vínculo concessório, seja mediante a promoção de

procedimento administrativo declaratório da caducidade, seja a retomada mediante a declaração de encampação, por motivo de interesse público.

3.3.3. PRORROGAÇÃO NA EXTINÇÃO DAS CONCESSÕES

Finalmente, a prorrogação na sistemática da extinção das concessões é compreendida como o momento tradicionalmente rotulado como apropriado para a tomada das decisões prorrogatórias.

Com a proximidade do advento do prazo contratual originário das concessões, será desencadeado o processo administrativo para o eventual recebimento de manifestação do concessionário interessado na sua prorrogação e para a manifestação estatal de repúdio, ou deferimento da pretensão do concessionário ou autorização unilateral para a ativação da cláusula prorrogatória.

Sabe-se que a extinção das concessões consiste numa operação complexa, que predica o fechamento das prestações de contas da concessionária, a apuração dos bens reversíveis e a sua retomada pelo concedente, com custos de desmobilização, como também o levantamento das eventuais indenizações a serem pagas.

A prorrogação, de certo modo, protraí a ocorrência da extinção da concessão para um outro termo, futuro e certo, evitando a ocorrência desses eventos.

3.4. REGIME JURÍDICO GERAL DAS PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES

Alinhadas as premissas básicas sobre a conceituação da prorrogação concessória e as suas exteriorizações admissíveis, passamos a definir, sob a perspectiva de um regime jurídico geral¹²⁵, quais são os pressupostos para que a prorrogação seja

¹²⁵ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, ao dispor sobre a necessidade de teorização científica sobre o regime jurídico administrativo na perspectiva brasileira, compreende que um regime jurídico, no caso, o administrativo, é estabelecido pela “existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o Direito Administrativo”, diferenciando-o dos outros ramos do Direito e conferindo uma identidade e sistematicidade própria ao sistema, com relação de coerência. Para o doutrinador, existem dois princípios considerados “pedras de toque” do regime jurídico administrativo, que acabam influenciando

devidamente compreendida como uma técnica contratual de contornos mínimos e específicos parametrizados no ordenamento jurídico.

3.4.1. REQUISITOS PARA FORMALIZAÇÃO DA CLÁUSULA PRORROGATÓRIA

Num primeiro momento de estruturação desse regime mínimo e especializado à prorrogação concessória, reputamos relevante que a prorrogação da concessão esteja devidamente embasada em critérios claros para a sua estipulação num determinado pacto concessório.

A ausência de critérios mínimos a nortear a decisão pela prorrogação, seja ela abstratamente considerada, seja numa dada situação concreta, tornam vulnerável e frágil a decisão administrativa, no que diz respeito à plenitude de possibilidades a que o administrador público possa se valer da utilização de tal técnica, de forma livre, sujeitando-se a um espaço suscetível a arbitrariedade, ao excesso e ao desvio de finalidade.

Podemos citar cinco requisitos básicos, não necessariamente preenchidos em concomitância entre si, que devem preceder à existência de uma cláusula prorrogatória. São eles: (i) a previsão em edital de licitação; (ii) previsão em contrato de concessão; (iii) previsão em lei autorizativa; (iv) previsão no regulamento específico da concessão; e, por fim, (v) o aceite da parte contratante.

3.4.1.1. PREVISÃO EM EDITAL DE LICITAÇÃO

em suas fronteiras, quais sejam, a “supremacia do interesse público sobre o privado” e “a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”. Em: Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52-53 e 55. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO também oferece preciosa contribuição, bipartindo o exame de regimes jurídicos aplicáveis à Administração Pública, fixando que o regime jurídico da Administração Pública se trataria de designar “em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado que pode submeter-se a Administração Pública”. E prossegue ao definir o regime jurídico administrativo como o “conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”, compondo-se o regime administrativo em geral, basicamente, de prerrogativas e sujeições. Em: Direito administrativo, 26ª ed.. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61.

O edital de licitação é o instrumento previsto na lei como o apropriado para a instauração do procedimento de contratação pública de uma concessão de serviço público. Por meio de tal anúncio, destinado a empresas presentes do mercado, interessados serão convocados a conhecer as possibilidades de negócio concessório e formular propostas, que serão julgadas consoante critérios que vindiquem a economicidade e a vantajosidade da escolha ao poder concedente.

A previsão da cláusula prorrogatória no edital de licitação, previamente, portanto, à celebração da concessão de serviço público, tem por funcionalidade precípua a publicização da possibilidade de incidência futura da cláusula prorrogatória.

De posse do conhecimento dessa circunstância, os interessados ao negócio concessório, em igualdade de condições e no estímulo de competitividade, poderão variar as suas propostas, de acordo com as possibilidades de remuneração decorrente da exploração do serviço público num horizonte do prazo originário e, futuramente, numa provável contratação da prorrogação.

Conjuntamente ao edital de licitação, deverá ser disponibilizada a minuta do contrato de concessão, a fim de que, também, sejam identificadas, senão a íntegra e os detalhes, quais as possíveis condições que nortearão a decisão pela ativação da cláusula prorrogatória.

A previsão da cláusula prorrogatória também respeita a moralidade administrativa, pois, ao anunciar determinada regra de cláusula prorrogatória e possibilitar ajustes econômicos sobre tal negociação, o poder concedente externa um sinal claro aos potenciais licitantes de que a prorrogação constitui uma escolha, se adotada pela administração, previsível.

A previsão em edital de licitação não constitui requisito obrigatório nos casos de prorrogação imprópria, quando a extensão dos prazos de vigência para além do termo final originário decorre da ocorrência de fatos imprevisíveis e supervenientes à celebração do contrato de concessão e da necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Há, todavia, duas peculiaridades relevantes que devem ser examinadas sobre o tema do dever de licitar obrigatório prévio às concessões de serviço público e às suas prorrogações concessórias, relacionadas (i) às concessões de serviço público

contratadas sem licitação com entidades estatais, inclusive as que foram objetos de desestatização e (ii) às concessões de serviço público prorrogadas independentemente da realização de licitação precedente à contratação original.

Quanto ao primeiro tema, das concessões de serviço público desempenhadas por entidades estatais, sociedades de economia mista e empresas públicas, deve ser lembrado que muitas das estatais prestadoras de serviço público receberam, por atos legais, e não contratuais, as outorgas que as autorizavam a prestar os serviços públicos, cumprindo-se, assim, finalidades institucionais para as quais referidas entidades haviam sido criadas. Mas essa delegação por lei conviveu com as delegações de concessão a empresas estatais com controle acionário do poder público, por intermédio de contrato¹²⁶.

Essas outorgas, muitas vezes, vinham determinadas pelo mesmo ente federado ao qual estava vinculada a entidade estatal, sendo descabido cogitar, nesse aspecto, de uma seleção impessoal do prestador do serviço. Nessa hipótese, o próprio ente político já tinha exteriorizado a intenção, com a criação da entidade estatal ou por ato legislativo posterior, de transferir a titularidade ou a incumbência pela prestação do serviço público.

Por outras vezes, o ente político que criou a entidade estatal não era idêntico aquele que a contratava para a prestação dos serviços, como ocorreu nos setores de energia elétrica, telecomunicações, navegação aérea e saneamento básico (casos, no Estado de São Paulo, de Cesp, Eletropaulo, Vasp, Telesp e Sabesp).

Geralmente, as outorgas foram feitas sem a realização de licitação prévia, sobretudo no momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, sobrevindo, após o advento da nova Carta constitucional, os debates a propósito das possíveis prorrogações dessas outorgas e contratos de concessão antigos, celebrados sem licitação prévia com as empresas estatais.

Tal debate se enriquece na medida em que, pela mesma orientação constitucional, as empresas estatais devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, ou seja, exigindo-se tratamento isonômico aos demais particulares,

¹²⁶ Por todo o contexto histórico, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 56-60.

inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II). Nota-se, como antecipação, que parte das discussões em projetos de lei a respeito da prorrogação de concessão público trata, essencialmente, da preservação dessas empresas estatais que ainda permanecem com a atribuição de prestar os serviços públicos, o que, em teoria, seria significar atribuir privilégios a tais empresas pela sua condição de estatal.

Quanto ao segundo tema, das concessões de serviço público prorrogadas independentemente da realização de licitação precedente à contratação original, devemos ter a preocupação de salientar que esse debate somente se sustenta em relação às prorrogações de natureza *própria*, ou seja, aquelas prorrogações com a finalidade de possibilitar um novo período de exploração do objeto concedido, com a fixação de obrigações de investimento e redefinição tarifária.

Como tivemos a oportunidade de salientar anteriormente, as prorrogações impróprias que tenham por objeto a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão, em virtude de um desequilíbrio de natureza econômica e superveniente ocorrido no contrato, se apoiam em sua validade jurídica por meio da garantia que o concessionário ostenta à manutenção das condições efetivas de sua proposta, direito esse constitucionalmente assegurado, não só pela garantia do ato jurídico perfeito, mas também pela garantia da preservação do equilíbrio econômico financeiro da concessão de serviço público.

Feita a ressalva, temos que distinguir as prorrogações que tenham exclusivo fundamento em lei, ausente referência no contrato de concessão, e as prorrogações que tenham fundamento em contrato de concessão em vigor.

Para as prorrogações que estejam exclusivamente fundadas na lei para incidir sobre contratos de concessão em vigor não precedidos de licitação prévia, temos que tais prorrogações devem ser devidamente justificadas na lei que as confere suporte, a ponto de estruturar a excepcionalidade da solução natural advento do termo contratual da concessão, seguida de retomada pelo poder concedente ou instauração de licitação de uma nova concessão do serviço público para os potenciais interessados.

Para as prorrogações que estejam apoiadas em contrato de concessão, elas se subdividem em previsão contratada com fundo em licitação prévia ou sem licitação.

As cláusulas prorrogatórias celebradas em contrato despido de licitação prévia, a não ser que evidenciem a conferência de privilégio autorizado por lei, tendem a sofrer questionamentos, especialmente pela incidência da regra constitucional do artigo 175 e pela Lei Geral de Concessões, em seu artigo 42.

3.4.1.2. PREVISÃO EM CONTRATO DE CONCESSÃO

Num ponto subsequente, temos como requisito a previsão da cláusula prorrogatória nos termos do instrumento contratual da concessão de serviço público celebrada.

Como regra geral, referida inserção deverá ser realizada de modo explícito, com a declaração efetiva da probabilidade de sua incidência, certa ou eventual, ao longo do prazo de vigência da concessão, bem como com a definição dos períodos decorrentes da eventual ativação da cláusula prorrogatória.

Na eventualidade de a prorrogação decorrer de poder unilateral de alteração do contrato de concessão de serviço público¹²⁷, se tratando, portanto, de uma agregação da cláusula prorrogatória incidental ao contrato, já no curso de sua vigência, temos a cautela de destacar que a prorrogação, nessa hipótese, deverá ser excepcionalíssima¹²⁸, com a finalidade de representar a outorga de a garantia de algum

¹²⁷ Sobre as possibilidades de alteração unilateral ou bilateral do contrato de concessão, confira-se: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. “Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública – Problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais”. Em: Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

¹²⁸ Num raciocínio que pode ser adotado como contraponto argumentativo à possibilidade aqui versada de mutabilidade do contrato de concessão de serviço público para fazer incluir a hipótese prorrogatória do prazo de vigência, trazemos a opinião de Vitor Rhein SCHIRATO no que diz respeito à alteração unilateral pelo poder concedente do regime remuneratório de uma dada concessão de serviço público. Tomamos por premissa, para o raciocínio por analogia, que o regime remuneratório, da mesma forma que o prazo de duração, se tratam de elementares essenciais da composição do equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão de serviço público e se tratam de cláusulas preestabelecidas pelo poder concedente, antes da celebração da concessão, e são aceitas pelo concessionário quando da elaboração da proposta e assinatura da concessão. SCHIRATO avalia como discricionária a possibilidade de o Poder Público definir, antes da concessão, qual o modelo remuneratório mais conveniente e oportuno para a prestação indireta de um serviço público, a partir da análise de condições de oferta dos serviços, capacidade de pagamento dos usuários e possibilidades sociais e fáticas de recolhimento de valores e usuários da atividade, com as possibilidades de compartilhamento ou não dos custos pelo Poder Público com os usuários. Aponta, no entanto, que a margem de discricionariedade portada pelo Estado na definição da remuneração se esgota no momento da decisão tomada, pré-contratual. Cria-se, a partir dessa decisão, um direito favorável ao particular concessionário,

direito deferido ao concessionário no próprio contrato de concessão. Numa outra visão, se o poder concedente modifica os termos de um contrato de concessão que não previa cláusula prorrogatória para, enfim, nele a incluir, por força de decisão administrativa, sem que haja a vinculação a qualquer motivo consistente integrado ao próprio contrato de concessão, poderá haver a instituição de um privilégio, descaracterizador do princípio da isonomia e, portanto, possivelmente impugnável por ofensa a tal garantia fundamental constitucional.

Se, nos mesmos moldes de alteração contratual, a prorrogação vier a ser integrada ao contrato de concessão em momento posterior à celebração dos termos contratuais iniciais, num superveniente ajuste bilateral, temos que tal previsão contratual tenha de ser claramente autorizada pela lei que disciplinou o procedimento de escolha do concessionário.

Da mesma forma como admitido em relação à previsão em edital de licitação, a previsão de cláusula prorrogatória no contrato de concessão não constitui medida obrigatória, pelos mesmos fundamentos, a excepcionalidade da prorrogação imprópria.

3.4.1.3. PREVISÃO EM LEI AUTORIZATIVA

Como terceiro requisito, apresentamos a necessidade de que a cláusula prorrogatória tenha fundamento normativo legal que predique e valide a sua existência.

A autorização legislativa genérica consta da própria Constituição Federal, quando admite a existência de um regime prorrogatório próprio às concessões de serviço público, delineado em leis específicas.

repercutido do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e da lei-quadro de concessões de serviços públicos (artigos 9º e 10 da Lei 8.987/1995). Eventual alteração posterior quanto ao modelo remuneratório adotado dependeria de respeito a um princípio reputado basilar a qualquer estrutura contratual: a tese de que, quando formada por consenso uma relação contratual, apenas por consenso poderia sustentar-se uma possível modificação. Nessa perspectiva, SCHIRATO conclui que as cláusulas de remuneração, por serem consensuais, não podem ser objeto de alteração unilateral por uma das partes. Em: SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

A autorização legislativa específica, em teoria, não é necessária, porém pode ser a opção tratada para um espectro restrito das prorrogações, notadamente as de cunho impróprio, para que reflita no pacto concessório. Nesse particular, temos que a autorização legislativa específica não depende, imperativamente, de ser proferida em período antecedente à formulação do contrato, podendo ser constituída, nessa situação particular de incidência posterior à celebração do contrato de concessão, como um fato do príncipe.

3.4.1.4. PREVISÃO EM REGULAMENTO

Além da lei autorizativa genérica, consideramos pertinente a previsão da prorrogação no regulamento que fixe os cadernos de obrigações a serem desempenhados e executados pela concessionária.

A instância regulamentar tem por objetivo o estabelecimento de normas referentes à prestação do serviço público concedido, trazendo especificidades sobre as obrigações a serem observadas pela concessionária, no seu trato com o poder concedente e os usuários, além de disciplinar eventuais procedimentos necessários para o reconhecimento de infrações e possíveis aplicações de sanções.

Podem ser detalhados, por exemplo, obrigações do poder concedente quanto ao acompanhamento da pauta de trabalho do concessionário, podendo opinar sobre as decisões de natureza técnica que possam impactar a decisão pela ativação da prorrogação concessória, auditando os resultados respectivos.

3.4.1.5. ACEITE DA PARTE CONTRATANTE

Como derradeiro requisito à fixação e posterior ativação da cláusula prorrogatória, temos o necessário aceite das partes contratantes, revelado pela imprescindível manifestação de ambas as partes na sua fixação e pela manifestação estatal na ativação, podendo ser, em certos casos, dispensada a manifestação do concessionário na ativação.

3.4.2. HIPÓTESES PARA ATIVAÇÃO DA CLÁUSULA PRORROGATÓRIA

Num segundo momento da definição do regime próprio às prorrogações concessórias, temos que o esclarecimento das hipóteses de ativação da cláusula prorrogatória, seja ela decorrente de lei, ou de previsão contratual, estejam devidamente estruturadas a fim de possibilitar e estreimar as suas possíveis funcionalidades e seus efeitos perante os agentes enfeixados no pacto concessório. O detalhamento serve à identificação de quais interesses estão sendo acolhidos e desacolhidos na perspectiva da adoção da técnica concessória, seja ativando, seja recusando a ativação da prorrogação concessória.

3.4.2.1. GARANTIA À CONTINUIDADE E ADEQUAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A cláusula de prorrogação concessória pode ser ativada com a avaliação, pelo poder concedente, de que o prosseguimento da exploração do serviço pela concessionária representará a garantia à continuidade¹²⁹ e adequação da prestação do serviço público.

Regra geral, mesmo não estando explicitada no instrumento de concessão ou na lei de regência do contrato de concessão, a continuidade do serviço público tende a preencher implicitamente o conteúdo da cláusula prorrogatória. Não se admite que a prorrogação seja concedida favoravelmente a um concessionário que, por exemplo, esteja em vias de se portar em situação de insolvência, diante do vencimento próximo de débitos superiores à sua capacidade de pagamento e dos recebíveis garantidos pelo contrato de concessão. Não por outro motivo, vem a exigência da lei apontando que a concessionária deve ostentar todas as características de idoneidade financeira ao longo de todo o prazo da concessão. A saúde financeira da concessionária, pois, é um dos elementos a ponderar

¹²⁹ A Lei 7.835/1992, do Estado de São Paulo, em seu artigo 10, parágrafo único, admite a pactuação de cláusula de prorrogação do contrato de concessão. Coloca requisitos tanto a previsão no instrumento convocatório da licitação prévia à contratação quanto à necessidade de que essa prorrogação, ao ser integrada no certame licitatório, respeite a exigências de continuidade na prestação do serviço.

quanto a concessionária poder ou não cumprir com a efetiva prestação do serviço público, não arriscando a sua descontinuidade e interrupção.

A garantia à continuidade da prestação do serviço alia-se ao preenchimento dos requisitos de boa e persistente prestação pela concessionária, mantida com regularidade e padrões de excelência, além de sua habilitação técnica e idoneidade jurídica.

3.4.2.2. DESINTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PRESTAÇÃO DIRETA

A segunda possibilidade de ativação da cláusula prorrogatória está na avaliação de desinteresse da administração pública pela prestação direta.

Ao preservar a relação com o concessionário num prazo prorrogado, a administração pública consegue, em teoria, redirecionar esforços, financeiros e humanos, para o desempenho de outras finalidades, até prioritárias, de interesse coletivo, como a prática de atividades reputadas indelegáveis ou relacionadas com o desenvolvimento direto de garantias fundamentais dos cidadãos, como a saúde pública e ensino de base gratuito à coletividade.

Deve ser lembrado que a prestação de serviço público, apesar de poder ser autossuficiente no aspecto das receitas auferidas em razão da remuneração cobrada do usuário, pode gerar uma série de custos operacionais, relacionados com a manutenção do serviço público, imperativos de sua atualização em razão das demandas dos usuários. Assim, é comum ser exigido, nessa prestação de serviços, um fluxo de investimentos periódicos, ao qual a administração pública pode não estar devidamente preparada. Pode ser, num outro argumento, que não exista estimativa possível de aprimoramento da estrutura administrativa e retomada da outorga concessória em tempo útil para uma transição segura da prestação dos serviços.

Por outro lado, o desinteresse da administração pública pode ser verificado pela perspectiva segura, fixada no instrumento contratual, da agregação de novos investimentos de vulto pelo concessionário, com certo melhoramento da prestação de serviços.

O desinteresse, desta forma, não é vazio, deve ser devidamente justificado e apoiado em motivo de ordem técnica e econômica, e não meramente política da administração pública.

3.4.2.3. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

Outra hipótese de ativação da cláusula prorrogatória está tratada na possibilidade de empregar a prorrogação do prazo de vigência, nesse caso numa forma imprópria, a fim de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, quando este for desnivelado, no aspecto econômico, por fato superveniente à celebração da concessão que atinja o adequado balanceamento das condições efetivas da proposta apresentada pelo concessionário.

3.4.2.4. RECUPERAÇÃO, PELO CONCESSIONÁRIO, DE INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS OU DEPRECIADOS

Avançando com mais uma ativação da cláusula prorrogatória, aponta-se aquela que versa a respeito da opção feita pelo poder concedente de atribuir uma extensão do prazo de vigência ao concessionário, com uma dupla finalidade, relacionada à existência legal atribuída ao poder concedente de garantir a rentabilidade do serviço concedido mediante as condições oferecidas pelo concessionário na proposta vencedora da licitação e na formação do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Identifica-se um fim de evitar a assunção da obrigação de pagamento de indenização em razão de eventual reversão de bens provocada pelo advento do termo contratual originário e, no outro vértice, garantir que essa indenização tenha a solução de pagamento diluída ao longo do novo prazo de exploração conferido ao concessionário, mediante o auferimento da remuneração tarifária (e eventuais receitas alternativas e acessórias).

Observa-se dessa hipótese que a extensão do prazo de vigência, nessa hipótese, pode ou não redundar na assunção de novos compromissos de investimento pela

concessionária, a depender do grau de saturação do serviço público concedido e da admissibilidade e necessidade de esse serviço receber investimentos de monta para se manter nos níveis adequados de prestação. Se a hipótese evidenciar a assunção de novos compromissos de investimento, eles devem corresponder, com pertinência, à expectativa de exploração do serviço público no prazo originário da concessão.

3.4.2.5. FASE TEMPORÁRIA DE PREPARO PARA LICITAÇÃO FUTURA

Põe-se, também, como causa de ativação da cláusula prorrogatória, no caso a imprópria, a estipulação de extensões de prazos, de maneira excepcional, com o objetivo de permitir à administração pública o preparo para a retomada ou a relicitação do serviço público em questão, sob a mesma forma de concessão, ou por meio de outro instrumento de delegação estatal.

Aponta-se a característica de impropriedade a tal hipótese prorrogatória porque não há cometimento de qualquer obrigação nova, ou atualizada, no prazo que se agrega à concessão. O concessionário apenas deve manter-se com os níveis de boa prestação a fim de que, no período determinado pela administração concedente, possa haver a avaliação do melhor procedimento a ser tomado ao cabo do prazo de vigência excepcionalmente estendido.

Essa prorrogação, de certo modo, evita o apontamento da característica de precariedade à concessão de serviço público, garantindo-se o cumprimento dos termos fixados no equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

3.4.2.6. LICITAÇÃO DESERTA AO FIM DO PRAZO DA CONCESSÃO

Como derradeira hipótese de ativação da cláusula prorrogatória, fazemos menção à ocorrência de licitação deserta ao fim do prazo originário da concessão de serviço público.

Note-se que, nesse particular, a administração pública concedente já pode ter proferido juízo de conveniência por afastamento da prorrogação da concessão de

serviço público e iniciado o seu planejamento administrativo a fim de licitar, novamente, para obter novas propostas pela exploração do serviço.

Ocorre que, por razões inerentes à lógica do mercado de concessões de serviço público, ou do próprio mercado econômico e financeiro em geral, poderá não haver atratividade suficiente de interessados para apresentar proposta, ou, se apresentadas propostas, elas não estiverem de acordo com os parâmetros mínimos definidos pela administração pública.

Nessa perspectiva, ainda que se tenha dado impulso a realização de licitação, inexistente obstáculo, legal ou contratual, que a administração pública reavalie a sua decisão pela negativa de ativação da cláusula prorrogatória, exercendo o poder de autotutela, revogando a licitação por razões de conveniência e oportunidade e retomando o processo administrativo de exame da prorrogação concessória. Considera-se, como único fundamento jurídico necessário a ser cumprido nesse movimento, a circunstância de que o contrato de concessão necessita estar com o prazo de vigência em fluidez, sob pena de, vencido o contrato de concessão no seu prazo originário, a administração pública ressuscitar ato jurídico contratual já extinto, conferindo-lhe vestes de estabilidade.

Evidentemente, nessa hipótese de reavaliação de postura da administração concedente, ganha força a manifestação do concessionário, primeiro preterido à prorrogação, após novamente chamado para a discussão. Eventual direito do concessionário nessa circunstância poderá ser devidamente tratado no instrumento contratual de concessão.

3.4.3. HIPÓTESES DE RECUSA DE ATIVAÇÃO DA CLÁUSULA PRORROGATÓRIA

Agora, num próximo ponto, cumpre apreciar as hipóteses de recusa de ativação da cláusula prorrogatória.

3.4.3.1. RETOMADA DA EXECUÇÃO DO SERVIÇO PELO PODER CONCEDENTE

A atividade de retomada da execução do serviço pelo poder concedente, numa perspectiva de normalidade de fluidez do prazo originário concessório, pode constituir um elemento decisional à recusa da prorrogação.

Tem previsão legal expressa no artigo 35, parágrafos primeiro a terceiro, da Lei Geral de Concessões¹³⁰.

Fica estabelecido nessa hipótese que a administração pública deverá proceder à reversão dos bens, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e no contrato de concessão. A administração fica compelida de pagar indenização das parcelas de investimentos que sejam vinculados aos bens reversíveis identificados, desde que esses investimentos ainda não tenham sido amortizados ao longo do contrato, nem estejam depreciados, e tenham sido aplicados com a finalidade de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, ou seja, tenham sido essenciais à prestação (artigo 36 da Lei Geral de Concessões).

3.4.3.2. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE CONCESSIONÁRIO

Mais uma hipótese de recusa da ativação da prorrogação concerne ao caso em que o concessionário, embora tenha manifestado interesse na prorrogação, descumpriu os deveres de concessionário, descritos no contrato (artigo 23, inciso V, da Lei Geral de Concessões) e mencionados, de maneira esparsa, na Lei Geral de Concessões (artigo 7º, sobre os direitos dos usuários, em leitura direcionada às concessionárias, entre outros dispositivos).

Note-se que o descumprimento dos deveres de concessionário pode não só resultar no indeferimento do pedido de prorrogação, mas à extinção da própria concessão em vigência do prazo original, pelas formas de extinção de concessão previstas

¹³⁰ “Art. 35 (...) § 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.”

dos incisos II a VI da Lei Geral de Concessões, excetuado o inciso IV, ou seja, encampação, caducidade, anulação ou falência da concessionária.

3.4.3.3. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES PACTUADAS PARA A PRORROGAÇÃO

O concessionário, desejoso da prorrogação, ainda pode não ter cumprido com os condicionamentos, previstos no contrato de concessão em conformidade com a Lei Geral de Concessões como necessários à regulação da prorrogação da concessão (artigo 23, inciso XII).

As condições, como vimos anteriormente, podem variar de natureza, sendo aplicadas em razão do próprio serviço concedido ou de particularidades das pessoas envolvidas no pacto concessório.

3.4.3.4. ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMENTO DO PODER CONCEDENTE

Cita-se, agora sob a perspectiva do concessionário, a possibilidade de recusar a ativação de cláusula prorrogatória realizada pelo poder concedente, imputando àquele a prática de alguma falta ou desvio dos termos do contrato.

Nessa perspectiva, à concessionária restará, nos termos do artigo 39 da Lei Geral de Concessões, buscar a rescisão do contrato de concessão prorrogado exclusivamente pelo poder concedente, mediante a propositura de ação judicial com esse fim específico.

3.4.3.5. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO INDIRETA E RELICITAÇÃO

Outra hipótese de recusa de ativação da cláusula prorrogatória se liga à possibilidade de o poder concedente reconhecer a pertinência de que a prestação indireta do serviço merece ser prestigiada, porém, com a realização de novo certame licitatório.

Várias razões podem conduzir o poder concedente à tomada dessa decisão, mas, principalmente, não há na lei qualquer parâmetro objetivo que discrimine ou limite a discricionariedade do poder concedente, apenas se exige que o ato tenha observância às normas como um todo aplicáveis a concessão, sejam aquelas decorrentes de aplicação de regras e princípios presentes do ordenamento jurídico, sejam as expressamente mencionadas no instrumento de concessão.

3.4.4. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA QUALIDADE DA DECISÃO

Também caberá ao contrato de concessão a fixação de parâmetros para permitir a avaliação, e conseqüentemente o controle, da decisão que recuse ou ative a prorrogação da concessão de serviço público. Podemos referir que a atividade da administração pública, nesse sentido, não é totalmente livre, estando balizada por regras explícitas de motivação extraídas da Constituição Federal e das Leis Gerais de Processo Administrativo e, principalmente, a observância do procedimento, se específico, fixado no contrato ou nas normas satelitárias desse instrumento contratual, como o regulamento de órgão regulador do serviço.

3.4.5. INVALIDAÇÃO DA CLÁUSULA PRORROGATÓRIA

A cláusula prorrogatória, inserida na lei ou disposta no contrato de concessão respectivo, pode ser objeto de contestação, desde a fase em que ela se encontra publicizada à coletividade como pauta de atuação do poder concedente, ou seja, desde a fase em que haja a expedição do ato de justificativa da conveniência da outorga e o estabelecimento do prazo originário a uma concessão de serviço público futura.

Vislumbramos a possibilidade de que a invalidação decorra da (i) imposição de cláusula prorrogatória sem consentimento do concessionário; (ii) previsão abstrata de prorrogação com prazo superior ao inicialmente consignado para o prazo inicial de exploração do serviço; (iii) previsão concreta de prorrogação com prazo reputado desarrazoado pelo impugnante, comparativamente a outras outorgas do mesmo serviço;

(iv) inobservância da fixação das condições de prorrogação no contrato; (v) não menção das possibilidades de prorrogação por ocasião da publicação do ato de convocação de licitação.

3.4.6. REGIME DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ENVOLVIDOS NA ATIVAÇÃO OU RECUSA DE ATIVAÇÃO DA PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA

Quanto ao regime de responsabilização de agentes envolvidos na ativação ou recusa de ativação da prorrogação concessória, temos que, em linhas gerais, todos os agentes que pratiquem o ato de forma direta, sejam eles particulares ou servidores públicos ou mandatários eleitos, podem sofrer a incidência do aparato de responsabilidade previsto genericamente na lei, tanto no âmbito administrativo, civil ou penal.

3.4.6.1. ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Amplamente há a possibilidade de o próprio poder concedente iniciar as apurações administrativas de ilícito relacionado com o ato de prorrogação de concessão, competindo processar e julgar, por atos infracionais relacionados com o estatuto dos servidores respectivo, aqueles que tenham participado do ato reputado lesivo aos interesses do poder concedente. Pode também iniciar processo de caducidade contra a concessionária, se o ato relacionado à prorrogação representar causa de inexecução total ou parcial do contrato de concessão (artigo 38 da Lei Geral de Concessões). Depende do respeito às regras previstas em Leis Gerais de Processo Administrativo.

Da mesma forma, entram no âmbito de incidência da técnica da prorrogação concessória as disposições da Lei Federal 12.846/2013, de objeto pertinente à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

3.4.6.2. ÂMBITO CIVIL

Vemos a clássica hipótese de responsabilização por improbidade administrativa, regulada pela Lei Federal 8.429/1992, de caráter nitidamente civil e com possibilidade de efeitos na seara administrativa, como a declaração de sanção de inidoneidade da concessionária, perda de função pública, suspensão de direitos políticos do servidor envolvido, e até consideração a respeito de ressarcimento integral de dano, no caso, por exemplo, de um servidor for o responsável por uma prorrogação concessória gratuita, que deveria ter sido onerosa, conforme prescrição de lei ou regulação contratual.

Além disso, os agentes relacionados aos atos de prorrogação podem ser acionados pelas ações previstas no ordenamento jurídico constitucional, como a ação civil pública e a ação popular¹³¹.

3.4.6.3. ÂMBITO PENAL

¹³¹ Por exemplo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “AÇÃO POPULAR Pretensão do autor voltada ao reconhecimento da invalidade do ato que prorrogou o prazo de vigência de contrato de concessão do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros por ônibus, sem a exigência de qualquer contrapartida financeira Procedência do pedido inicial pronunciada em primeiro grau que não merece subsistir Empresa acionada neste feito que não participou da avença impugnada, não tendo a qualquer tempo operado as linhas objeto do contrato prorrogado, sendo manifesta sua ilegitimidade passiva ad causam Descabimento, a esta altura, da integração da pessoa jurídica diretamente beneficiada pelo ato impugnado à relação processual, diante da consumação da prescrição quinquenal, na forma prevista no artigo 21 da LACP, o que impede o redirecionamento da lide, que deve prosseguir apenas em face do corréu remanescente Pretensão exordial, de qualquer modo, que não pode mesmo vingar, haja vista a inexistência de norma legal ou contratual que estabeleça o pagamento de qualquer valor na hipótese de prorrogação da vigência do contrato de concessão Disposições contratuais, ademais, que permitem entrever que a remuneração feita por ocasião da assinatura do contrato original abrangeria eventual dilação do prazo da avença Ausência de razoabilidade, de qualquer modo, na fixação do valor do lance vencedor da concorrência, devidamente corrigido, como montante indenizatório a ser carreado aos acionados, haja vista não necessariamente representar aquele possível e adequado a remunerar os serviços concedidos no prazo da prorrogação da concessão Prazo de vigência do Termo de Prorrogação impugnado nos autos que, de resto, já há muito se esgotou, prejudicando o exame do pedido de declaração de nulidade daquela avença - Não demonstração da presença do binômio lesividade-ilegalidade que, nesse passo, impede o acolhimento da pretensão inicial Apelo da empresa corré provido para julgar extinto o processo em relação a ela, sem resolução do mérito, e apelo do corréu provido para julgar improcedente o pedido inicial em relação a ele, prejudicado o exame dos agravos retidos nos autos.” (Apelação 0009072-96.2006.8.26.0132; Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Comarca: Catanduva; Órgão julgador: 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 11/12/2014; Data de registro: 11/12/2014)

No âmbito criminal, temos recorrentes julgados salientando a admissibilidade de inserção da conduta de prorrogação de concessão de serviço público como análoga à situação prevista no tipo penal do artigo 89 da Lei Geral de Licitações, que prevê crime à conduta daquele que dispense ou declare inexigível a licitação fora das hipóteses previstas em lei e deixe de observar as formalidades previstas na lei relacionadas à dispensa ou inexigibilidade.

O tipo penal prescreve a pena de detenção, com variação do prazo de três a cinco anos, além de multa. E estende a responsabilização criminal àquele que tenha concorrido como partícipe, para a consumação da ilegalidade e se beneficiando da dispensa ou inexigibilidade para celebrar o contrato com o poder público, no caso, a prorrogação concessória.

3.5. PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES E SEU PROCESSO

O regime jurídico das prorrogações de concessão de serviço público é aliado à existência de uma processualização específica para a aplicação dessa técnica.

Não se trata, propriamente, de segmentar as decisões relativas à prorrogação da concessão do próprio processo necessário à contratação e execução de um contrato de concessão de serviço público.

A intenção, nesse ponto, é identificar que a prorrogação concessória tem de seguir critérios apropriados, que respeitem o tempo administrativo, a fim de que as decisões a serem tomadas pelos entes envolvidos no pacto concessório produzam os efeitos necessários, seja para negar, seja para dar efetividade a uma decisão prorrogatória.

3.5.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Nesse caminhar, reconhecemos que o processo da prorrogação concessória observa, num nível geral, as prescrições constitucionais que determinam a

observância de um processo administrativo obediente às regras legais, predeterminadas¹³² e conhecidas pelas partes, e complementarmente preenchidas pela normatividade contratual da concessão e pelos regulamentos dos órgãos de regulação desse contrato.

3.5.2. ENTIDADES COMPETENTES PARA CONDUZIR O PROCESSO

Normalmente, confere-se à entidade que detém o poder de conferir a outorga da concessão o mesmo poder de processar o pedido de análise da ativação da cláusula prorrogatória, nada obstando que a lei ou o contrato de concessão tragam outros participantes para compor esse processo, que tende a ser participativo e reunir, como obrigação, a análise de uma série de elementos técnicos relacionados ao objeto concedido.

3.5.3. MOMENTO DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO

O momento da instauração do processo necessariamente deve ser antecedente ao final do prazo de vigência da concessão, evidentemente como regra geral, pois há casos, como na prorrogação automática, em que o ato do poder concedente favorável à prorrogação tem ares de discricionariedade reduzida, praticamente uma vinculação, determinada pela lei ou pelo contrato concessório.

No caso das prorrogações dos contratos de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, regulados pelo artigo 4º da Lei Federal 9.074/1995, havia a determinação de que as prorrogações deveriam ser objeto de requerimento pelas concessionárias no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo

¹³² Um exemplo de regulamento com detalhamento do procedimento da prorrogação de concessão é o veiculado pelo Decreto Federal 1.717/1995, que regulamentou a Lei Federal 9.074/1995 e estabeleceu procedimentos claros relativos à definição do prazo de concessão passível de ser objeto de prorrogação (artigo 1º, parágrafo único), à forma de apresentação e direcionamento do requerimento de prorrogação ao órgão definido como competente para apreciação, além da documentação comprobatória que deveria acompanhá-lo (artigo 2º); a apresentação de esclarecimentos pela concessionária a respeito da discriminação de seus custos e as respectivas propostas tarifárias (artigo 4º, parágrafos). Com o advento do novo marco regulatório do setor de energia elétrica, com a edição da Lei Federal 12.783/2013, o Decreto 1.717/1995 tende a ser ab-rogado nas matérias que forem objeto de definição pelo Decreto Federal superveniente a Lei 12.783/2013, qual seja, os Decretos 7.805/2012, 7.891/2013 e 8.461/2015.

contrato, com o poder concedente devendo se manifestar sobre o pleito em até dezoito meses antes dessa data.

O cumprimento exato de tais disposições foi cerne da celeuma discutida no Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança 20.432-DF, em que a Cemig postulava ver reconhecido o direito de prorrogação da concessão de geração da Usina de Jaguará, localizada no Estado de Minas Gerais. Antes da impetração desse Mandado, a Cemig já havia obtido êxito parcial no intento de garantir a apreciação do pleito pelo Ministério de Minas e Energia, visto que o próprio Ministério teria analisado o mérito do requerimento administrativo do pleito de prorrogação com base no contrato de concessão em vigor, o que resultou na decisão de perda de objeto superveniente de Mandado de Segurança 20.201-DF, também interposto no Superior Tribunal de Justiça.

3.5.4. PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS

O processo administrativo da prorrogação da concessão também pode exigir, em conformidade com a regulação contratual, que os administrados¹³³ estejam presentes na tomada de decisão, sob a forma de contribuição de entidades associativas técnicas do setor regulado, conselhos consultivos e comitês de usuários, organizações da sociedade civil e agentes de mercado e potenciais interessados nas concessões, além, logicamente, de poder concedente, concessionário e entidades reguladoras.

Para cumprimento desse objetivo de ampla participação, o poder concedente pode se valer da realização de audiências e consultas públicas¹³⁴, para auscultar a opinião desses interessados. Além de ter de cumprir com o dever constitucional de publicidade de seus atos, exigindo-se que tais atos respeitem solenidades e sejam feitos em sessões que possam ser acessadas pelos interessados.

¹³³ Desde idos de 1990, Odete MEDAUAR prenunciava como novos caminhos para a evolução da administração pública a tríade de elementos enfeixados entre procedimento administrativo, participação e transparência da Administração Pública. Em: O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT, 1992, p. 204-224.

¹³⁴ Confira-se, para aprofundamento: PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. 1ª Ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

3.5.5. PARTICIPAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Os órgãos de controle também acabam tendo participação necessária no processo de prorrogação das concessões, evidenciado pelos papéis desempenhados pela agência reguladora (sobretudo na fiscalização do objeto concedido e no aperfeiçoamento e revisão constantes dos regulamentos incidentes sobre a adoção da técnica prorrogatória), o Ministério Público (posicionado pela Constituição Federal como guardião do efetivo respeito dos Poderes Públicos em relação ao cumprimento dos serviços de relevância pública e direitos assegurados pela Carta Magna, conforme o artigo 129, inciso II), o Tribunal de Contas (consoante as competências delimitadas genericamente pela Constituição Federal de 1988, a partir de seus artigos 71 e seguintes¹³⁵), além do Poder Judiciário.

3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

O regime jurídico geral aplicável das prorrogações de concessões de serviço público pode ser extraído dessas disciplinas genéricas versadas nos instrumentos legais e contratuais aplicáveis às concessões de serviço público.

Em essência, observamos que a lei não é específica em detalhes no dirigir de um determinado procedimento ou regra à prorrogação de concessão de serviço público, constituindo raridade os casos em que essa definição acontece.

¹³⁵No exercício de delimitação do feixe de competências fixadas para o TCU, a Lei Federal 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), a Lei Federal 4.320/1964, a Lei Geral de Licitações, a Lei Geral de Concessões e a Lei Geral de Parcerias Público-Privadas, além da Lei Complementar 101/2000 foram diplomas normativos que delimitaram competências de fiscalização e acompanhamento, pelo TCU, dos processos de desestatização ocorridos ao longo da década de 1990 e das concessões de serviço público celebradas. Note-se que, a despeito de não envolverem como mecanismo básico de remuneração créditos de natureza orçamentária ou patrimonial da administração concedente, as outorgas de concessões comuns de serviço público envolvem a percepção de receitas pelas entidades que são objeto da fiscalização, até uso de bens públicos, podendo ser analisadas pelos Tribunais de Contas com a amplitude permitida pela lei, com a revisão sobre os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade. Registre-se, como exemplos de produtos de controle, o poder de o Tribunal de Contas sustar atos administrativos, em relação a seus efeitos, bem como aplicar sanções aos agentes públicos ou assinar prazo para que as autoridades administrativas revejam seus atos, possibilidades de objeto e resultado de controle compatíveis com a atividade administrativa decorrente do uso da técnica prorrogatória da concessão de serviço público. Confira-se, para aprofundamento: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), Contratações públicas e seu controle. São Paulo, Malheiros, p. 177-220.

Por consequência, acaba sendo remetido ao instrumento contratual, empregando-se construções terminológicas de conteúdo indeterminado (a exemplo de “interesse público” e “a critério do poder concedente”), a definição do método a ser aplicado para a ativação ou recusa da cláusula prorrogatória.

A partir da análise da repercussão prática desse regime jurídico geral, com enfoque na investigação dos acórdãos em controle jurisdicional, tentaremos traçar as qualidades, fragilidades e possíveis incoerências desse regime jurídico e se é possível confirmar a hipótese central trabalhada nessa dissertação, a de que esse regime jurídico geral, apesar de poder ser delineado em seus limites, necessita da visão de sistema para ser reconhecido como um instrumento favorável à construção de uma coerente gestão estatal de contratos de concessão e suas prorrogações.

CAPÍTULO 4 – O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

4.1.1. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição Federal de 1988 reserva ao Poder Judiciário papel de destaque no exame e avaliação dos atos editados pela administração pública e contratos por ela celebrados.

Esse diagnóstico parte da consagração da *inafastabilidade* do Poder Judiciário como um direito fundamental: todos podem acessar e provocar o Poder Judiciário, irrestrita e indistintamente, para buscar a declaração de um direito, ou fazer cessar lesão ou ameaça a tal direito subjetivo (artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/1988). Nesse comando normativo, há indicação explícita de que a lei, fruto da produção legislativa infraconstitucional, não pode invadir ou reduzir o espaço de atuação do Poder Judiciário, garantido constitucionalmente.

Por reflexo, ao Judiciário se reconhece o porte de uma competência, de modo que os produtos resultantes da prática da administração pública estão sujeitos à avaliação judicial. Evidentemente, essa sujeição sofre limitações, em respeito à harmonia, independência e equidistância entre os Poderes componentes da federação, Legislativo, Judiciário e Executivo (artigo 2º, CRFB/1988).

Esse equilíbrio de forças entre as instituições revela um entrechoque de funções.

De um lado, aparece o Poder Judiciário, a quem compete, por força constitucional, delimitar e proferir entendimento decisional sobre a conformidade dos atos e negócios, públicos ou privados, em relação ao ordenamento jurídico, e solucionar conflitos e litígios que resultem da aplicação e execução desses atos e negócios públicos. Ou seja, cabe ao Judiciário dizer a correta, ou a melhor, interpretação da lei e dos atos jurídicos, de modo abstrato ou concreto, quando conflito ou dúvida houver a respeito desse entendimento legalmente adequado.

Por outro, há a atuação da administração pública, pautada por parâmetros constitucionais de forma, procedimentalização e valoração da sua atuação, exteriorizada por meio de seus agentes e servidores públicos e seus instrumentos jurídicos correspondentes. A administração pública tende a optar, política e tecnicamente, por escolhas mais viáveis para concretizar as políticas públicas definidas em planejamento governamental. Essas escolhas, fundamentalmente, envolvem juízos críticos de disponibilidade de recursos financeiros e orçamentários, o impulso ou incentivo a valores axiológicos determinados pela ordem jurídica vigente (a exemplo da promoção da livre iniciativa¹³⁶ e garantia do desenvolvimento nacional) e deve respeitar, preferencialmente, a investigação pretérita sobre os efeitos práticos de suas decisões em face dos particulares e demais entidades públicas.

Num terceiro vértice, temos o Poder Legislativo, dedicado a editar normas legais de efeito abstrato, explicitando as pautas gerais de atuação de agentes públicos e particulares. Determina, inclusive, as hipóteses em que referida atuação deve ser realizada de modo cogente, obrigatório e vinculado (como na espécie normativa dedicada pelo legislador constituinte, tão citada nesse trabalho, quando determina o compulsório dever de licitar prévio à celebração dos contratos de concessão de serviço público), ou quando restará espaço livre para a discricionariedade do administrador público.

O foco da dissertação não terá por objeto questionar se a atuação jurisdicional se qualifica como ativismo judicial, se é própria ou imprópria, oportuna ou casuística.

A proposta da investigação jurisprudencial nesse trabalho busca revelar, de um modo prático, o exercício concreto da competência jurisdicional na temática das prorrogações de concessões de serviços públicos e a sua eficácia perante a atuação da administração pública concedente e demais agentes e instituições envolvidos no pacto concessório, identificando quais são os parâmetros adotados para orientar o exercício de tal controle e quais os resultados decorrentes dessa intervenção. Significa buscar um olhar

¹³⁶ Sobre uma percepção renovadora da livre iniciativa nos serviços públicos, confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

prospectivo de encaminhamento para as ações administrativas futuras a partir dos resultados de uma retrospectiva¹³⁷.

Como tivemos a oportunidade no exame da matéria em tópicos anteriores, a decisão pela prorrogação da concessão de serviço público, passando pela sua fixação abstrata em diploma normativo, sua fixação concreta num determinado contrato de concessão de serviço público e no edital de licitação correspondente e, no fim, a ativação ou negativa de ativação da cláusula prorrogatória, trata-se basicamente do exercício de uma competência administrativa que pode variar em gradação de maior ou menor vinculação ou discricionariedade administrativa¹³⁸.

¹³⁷ Ao realizar uma comparação crítica entre regras de direito e regras de economia, tomado o aspecto da dimensão temporal, José Reinaldo de Lima LOPES atribui ao direito a característica de possuir com o passado uma relação de “imputação”. O direito tende a qualificar os fatos que ocorreram como proibido, permitido, obrigado, é dedicado a lançar visões *retrospectivas* sobre a realidade. LOPES considera que a imputação e julgamento do passado decorre da dimensão essencial da vida humana, de vingar o mal e retribuir o bem, de possuir uma resposta funcional sobre o que ocorreu. Daí que o julgamento perante uma instância judicial, seara adequada para a adjudicação dos fatos às normas jurídicas, utiliza-se das regras do direito para julgar os fatos e condutas anteriores e o passado, em teoria, não tende a gerar um aprendizado, um ensino ao julgador. Por outro lado, LOPES destaca que as regras de direito também servem para os casos futuros, de modo que a tradicional forma eleita para esse disciplinamento é a determinação de tipos, criação de classes de atos e condutas sobre as quais recaem as qualificações jurídicas, a exemplo de tipos contratuais, tipos penais. Nesses tipos, se fixarão as qualidades de obrigatoriedade, proibição ou permissão. Mas somente numa adjudicação futura, que avalia o passado, que se verificará, de fato, a imputação das consequências jurídicas. Por sua vez, as regras econômicas não vislumbram, no passado, uma relação de julgamento, mas sim uma relação de aprendizado. Decisões econômicas equivocadas, no que diz respeito aos seus resultados externos, podem ser reavaliadas, agora levando em consideração e sopesamento os custos e benefícios e a escolha do resultado que traga maior benefício com menor custo, consideradas todas as circunstâncias de fato. Essa forma de análise dos fatos, que privilegia o aprendizado e é projetada ao futuro, é descrita por LOPES como uma forma exemplar para todos os tipos de deliberação racional. LOPES ressalva que as regras de direito não desprezam, por todo, o futuro, ao fincar a finalidade e o produto das ações como fator norteador em certas deliberações jurídicas. Reputamos relevante tal esclarecimento, posição a qual aderimos, para justificar a pertinência do estudo jurisprudencial voltado para projeção de soluções e orientação de ações futuras. Em: “Raciocínio Jurídico e Economia”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, Outubro/Dezembro 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicnt=12790>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

¹³⁸ Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA compreendem que o controle jurisdicional tem premissas bem fixadas quando se trata de examinar a ação da administração pública aliada a uma competência vinculada, já que, nessas circunstâncias, o próprio legislador já traria um detalhamento de hipóteses em que se impõe uma certa direção de atuação à Administração Pública, com sinalização do conteúdo do comportamento a adotar. Em outro ângulo, vislumbram potenciais tensionamentos quando a lei admite um espaço de atuação à administração pública, pautada em critérios de conveniência e oportunidade, no exercício da competência discricionária. É nesse último aspecto que os autores sustentam a necessidade de delimitação da abrangência do controle jurisdicional, visto que, em nome da proteção ao mérito do ato administrativo, não se poderia deslocar ao órgão jurisdicional uma competência notadamente administrativa de exercitar “função de proferir, havendo mais de uma opção válida [dentre as juridicamente admitidas], qual a decisão mais conveniente ou adequada”. Restringir o controle jurisdicional sobre os atos discricionários, todavia, não significa a total exclusão da possibilidade desse controle, o qual poderá ser admitido em relação aos elementos extrínsecos do ato administrativo discricionário (qualificados como competência da autoridade que expediu o ato, observância de procedimento previsto em lei, existência de motivo, questão fática, a

Será possível observar dos dados coletados em que gradação a resposta jurisdicional é *intrusiva* em relação aos atos da administração pública concedente ou, se o caso, da esfera legislativa correspondente. Pode ser observada uma intrusão elevada ou significativa, em que os atos proferidos pelo Judiciário *substituem* os atos praticados pelas instâncias examinadas no processo judicial, ou os *eliminam* do ordenamento jurídico, por incompatibilidade legal (quando, por exemplo, uma solução tomada pela administração pública deveria ser vinculada à saída prevista num preceito legal obrigatório, mas inobservado). Ou uma intrusão de natureza média, em que haja *recomendação* a que as instâncias revisitadas alterem ou modifiquem cláusulas do pacto concessório ou os regramentos que sobre ele incidem, podendo, ou não, existir, por impositivo de cautelaridade e preservação de direitos, determinação de *suspensão* dos procedimentos licitatórios, de execução contratual ou do impulso das prorrogações quando do término do prazo inicial estimado aos contratos concessórios. Nesse aspecto, pode ser citado ato de Tribunal de Contas que possa estar sendo questionado judicialmente, por ter determinado a modificação de ato relativo ao processo de outorga de concessão, ou de sua prorrogação respectiva. Ou uma intrusão de natureza leve, em que o Poder Judiciário pode se limitar a servir de instância declaratória de direitos de natureza instrumental ou incidental à prorrogação de tais pactos concessórios, como de *determinar a apresentação de informações* ou *cópias dos instrumentos contratuais* que podem ser objeto de prorrogação. Por fim, a inexistência de qualquer efeito intrusivo, porquanto haja *confirmação expressa* da regularidade dos procedimentos executados pela administração pública, em reafirmação da presunção de legitimidade dos atos administrativos, ou deficiências decorrentes da aplicação das regras do sistema do devido processo legal e que inviabilizem a cognição jurisdicional sobre eventuais impugnações sobre as prorrogações das concessões de serviço público.

fundamentar a produção do ato e, por fim, obediência das formalidades) e a alguns elementos intrínsecos do ato, redundantes da aplicação dos princípios regentes da atividade da administração pública (qualificados como a verificação se o ato discricionário observou ou buscar alcançar o fim abstrato previsto na lei, ou se dele desviou – finalidade –; a observância de fundamentação, com coerência com os objetivos buscados no ordenamento jurídico, ou se houve arbitrariedade – proporcionalidade e razoabilidade –, e, por fim, se houve persecução de interesse geral previsto na lei ou se houve favorecimentos – princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade). Em: “Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência”. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, n. 16, ano 4, outubro/dezembro 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51178>>. Acesso em: 04 de agosto de 2015.

A partir da verificação da gradação de intervenção jurisdicional sobre o processo administrativo da prorrogação das concessões de serviço público, será possível concluir se essa atuação jurisdicional:

(i) em relação ao tempo genérico, é organizada de forma constante ou episódica, se relacionando aqui com algum evento catalisador (a exemplo de alteração de regime jurídico normativo por iniciativa legislativa);

(ii) em relação ao tempo específico do contrato de concessão de serviço público celebrado ou a celebrar, tem incidência concentrada em momento de formação, execução ou extinção das concessões de serviço público, ou diluída entre essas fases;

(iii) em relação ao serviço público concedido, se apresenta com maior relevância em setores regulados específicos, ou de modo uniforme em todos os setores regulados;

(iv) em relação à identificação dos agentes envolvidos, expõe a atuação mais significativa de instâncias de controle institucionalizadas (como o Ministério Público), ou mais dispersas, como os administrados que tenham potencial interesse em explorar o serviço público por intermédio da concessão;

(v) em relação à administração pública ou instituição legislativa correspondente, desencadeou alguma alteração de postura institucional;

(vi) em relação aos fundamentos adotados, possui ou não grau de intrusão relevante na atuação do Poder Concedente, da esfera legislativa correspondente ou dos demais agentes envolvidos no processo.

4.1.2. METODOLOGIA DE PESQUISA ADOTADA

Sustentada nessas premissas teóricas citadas, a pesquisa de jurisprudência vai se subdividir em dois enfoques.

O primeiro enfoque será o mapeamento quantitativo das decisões que versem genericamente a respeito de prorrogações de concessões.

Essa pesquisa de jurisprudência deverá ser limitada aos acórdãos proferidos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com investigação qualitativa dos fundamentos empregados para filtragem dos resultados.

A adoção desse recorte temporal se justifica por dois motivos. O primeiro, pela circunstância de que a Constituição de 1988 consagrou, de forma explícita, a obrigatoriedade de licitação prévia para a concessão de serviços públicos e da celebração de um instrumento contratual para formalizar a concessão. O segundo, pela incidência imediata desse novo regime jurídico constitucional, a tornar relevante a análise da sua aplicabilidade sobre os contratos e outorgas de concessão vigentes à época da alteração do marco constitucional e sobre os ajustes contratuais supervenientes, que se sucederam ao longo das duas décadas e meia de vigência da Carta de 1988.

Serão selecionados acórdãos de dois tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), quatro tribunais regionais federais e quatro tribunais estaduais que lidem, concomitantemente, com questões afetas à (i) concessão de serviço público, conectadas à (ii) prorrogação desses contratos ou outorgas.

Tribunais de Justiça e Regionais Federais de quatro Estados da Federação foram selecionados pelo *ranking* de maior número absoluto de processos julgados no ano de 2013. Em relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ sobre o cumprimento da Meta n. 1/2013, constatamos São Paulo (1.913.088 – TJSP; 496723 – TRF3), Rio de Janeiro (1.488.442 – TJRJ; 276.693 – TRF2), Minas Gerais (1.350.246 – TJMG; 598.283 - TRF1) e Rio Grande do Sul (1.099.938 – TJRS; 578.912 - TRF4)¹³⁹.

Os acórdãos no Supremo Tribunal Federal serão selecionados sem limitação do tipo de serviço público concedido, vista a prevalência dessa instância superior na consolidação de interpretação sobre normas constitucionais (Supremo Tribunal Federal), aplicável indistintamente a todos os outros tribunais, destacadamente a fixada sobre o texto do artigo 175 da Constituição Federal de 1988.

Já os acórdãos no Superior Tribunal de Justiça e nos tribunais locais sofrerão uma filtragem material, para que seja possível uma comparação adequada entre os resultados.

¹³⁹ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/meta_um.pdf. Acesso em: 17 de julho de 2014.

Quanto à apuração quantitativa, o critério de seleção adotado consiste em buscar os acórdãos sobre a prorrogação nos serviços públicos objeto de concessão que contenham expressa referência no texto da Constituição Federal de 1988, isto é, os previstos no artigo 21, nos incisos XI (serviços de telecomunicação) e XII (serviços de radiodifusão sonora, sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres), no artigo 25, § 2º (serviços locais de gás canalizado) e no artigo 30, inciso V (serviços de interesse local – desde que, evidentemente, sejam relacionados com os serviços taxativamente dispostos na Constituição Federal – e transporte coletivo)¹⁴⁰.

O segundo processo de apuração da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça e nos tribunais locais, desdobrado do anterior, terá por objeto uma avaliação qualitativa, se os contratos de concessão nos três setores selecionados (concessões em transportes terrestres, concessões hidrelétricas e concessões em saneamento básico) têm recebido um controle específico nessas instâncias judiciárias, e se questões gerais, relacionadas à interpretação e aplicação dos contratos de concessão, vêm sendo debatidas e sedimentadas por jurisprudência pacífica. A análise dos acórdãos será feita por amostragem, com seleção dos acórdãos pertinentes, com debate preferencialmente central da questão da prorrogação concessória.

4.1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E COMPOSTURA ATUAL DOS SETORES REGULADOS SELECIONADOS

Antes do exame dos acórdãos selecionados, vislumbra-se necessário trazer a conhecimento a evolução histórica do próprio serviço regulado na realidade

¹⁴⁰ A ampla competência legislativa e administrativa conferida pela Constituição Federal para que Estados e Municípios legissem sobre serviços públicos prestados em suas respectivas abrangências torna possível a criação de novos serviços públicos por lei, editada pelo ente político correspondente. Assim, determinadas atividades consideradas de utilidade pública num determinado ente da federação, a exemplo de serviços funerários, podem não receber idêntica qualificação em outro.

brasileira, a fim de compreender de que forma o controle sobre os atos administrativos e os contratos de concessão vem sendo empreendido nesses serviços públicos concedidos.

Foram selecionados os transportes terrestres, energia elétrica hidráulica e seus processos de geração, distribuição e transmissão mais o saneamento básico, compreendido pela dicção legal pelo conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, além de drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (artigo 3º, inciso I, da Lei Federal 11.445/2007).

Recentes alterações nos respectivos marcos regulatórios constituem um motivo comum para justificar a escolha desses três setores.

Reforçamos a opção pelo estudo do setor de saneamento básico em razão do processo de transição constatado nas últimas décadas, em que empresas estaduais de saneamento, de criação incentivada pelo PLANASA, vêm sendo substituídas por outras formas de prestação do serviço. As concessões de serviço público mantêm-se como instrumentos viáveis para o emprego em saneamento. Ressaltamos também a multiplicidade de arranjos institucionais no saneamento básico, que envolvem a prestação direta pelas próprias administrações municipais, integradas ou não em consórcios interfederativos, ou de entes pertencentes à administração indireta municipal. Também a prestação indireta, mediante participação privada. E aludimos às várias possibilidades de concessões plenas (que abrangem todas as atividades de saneamento tais quais descritas na Lei Federal 11.445/2007), ou parciais (abrangendo apenas uma parte dessas atividades), que impacta na discussão sobre a instalação de uma livre concorrência sobre este mercado.

Pelo setor dos transportes terrestres, justificamos sua escolha pela adoção disseminada de leis que atribuíram novos períodos de exploração dos serviços de transporte coletivo de passageiros, sob diferentes motivos, tal como a necessidade de preparação operacional do poder público concedente para novas licitações, com nítidos efeitos de proteção de exclusividade de mercado, fato que deve ser analisado de acordo com a pauta constitucional da obrigatoriedade de licitação prévia às concessões de serviço público.

Enfim, o setor elétrico, no caso a energia hidráulica, é escolhido pela repercussão do tema nas últimas duas décadas, numa evolução pontuada de alterações de

marcos regulatórios e impactos relevantes sobre todos os agentes dessa cadeia, desde o poder concedente, passando por concessionários e usuários.

4.1.3.1. CONCESSÕES EM TRANSPORTES TERRESTRES

Numa visão genérica, proposta por Marcos Juruena Villela SOUTO, os serviços de transportes podem ser considerados como os serviços que “envolvem a atividade propriamente dita e a preparação e a manutenção da respectiva infra-estrutura, tais como as rodovias, hidrovias, ferrovias e linhas de transporte metroviário e respectivas estações de embarque, os portos e aeroportos”¹⁴¹.

Transportes terrestres contemplam uma série de atividades de carga e movimentação de coisas e pessoas sob meio de viários, estradas de rodagem e arruamentos, atividades que podem ou não ser classificadas como serviços públicos pela legislação de regência¹⁴².

O enfoque da investigação, nesse trabalho em particular, será dado às formas de serviços de transporte rodoviário que admitem, no seu regime jurídico, a adoção do instrumento da concessão como apto para transferir a execução do serviço considerado público a particulares e também são regulados, em suas disposições, pela Lei Geral de Concessões, além de outras leis esparsas.

Ao longo da história, as rodovias e estradas, ao lado das ferrovias, cumpriram com o papel de facilitação do desbravamento do interior do Brasil para a colonização das terras. Constituíram o veículo de ocupação do território brasileiro, por

¹⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. 2ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 203.

¹⁴² Fica o registro da sistematização feita por Danilo Tavares da SILVA, para quem o gênero “transportes terrestres” pode ser subdividido em, no mínimo, treze outras atividades específicas, cada qual submetida a regime jurídico próprio, sendo elas: (i) transporte interestadual e internacional de passageiros por ônibus (transporte rodoviário federal); (ii) transporte interestadual de passageiros por trem (transporte ferroviário federal); (iii) transporte interestadual de carga por trem (transporte ferroviário federal de carga); (iv) transporte intermunicipal de passageiros por ônibus (transporte rodoviário estadual); (v) transporte intermunicipal de passageiros por trem (transporte ferroviário estadual); (vi) transporte rodoviário de cargas; (vii) transporte metropolitano por táxi; (viii) transporte metropolitano de passageiros por ônibus; (ix) transporte metropolitano de passageiros por trem ou metrô; (x) transporte municipal de passageiros por ônibus; (xi) transporte municipal de passageiros por trem ou metrô; (xii) transporte municipal de passageiros por táxi; (xiii) transporte municipal de passageiros por mototáxi. Em: Transportes terrestres: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11.

meio do qual a população foi se encaminhando e se estabelecendo em cidades, fixando uma nota de crescimento e desenvolvimento econômico. Desde meados do século XX até o presente momento, põe-se às rodovias e aos viários urbanos e rurais a qualidade de modal de transporte mais relevante, concentrando esforços e investimentos e assegurando a mobilidade de cargas e pessoas por todo o território, em superação do predomínio antes visto do modal ferroviário.

Quanto ao histórico¹⁴³, temos que na época do Brasil Império, as primeiras concessões de direito para transportes rodoviários, sob a forma de privilégios, teriam sido outorgadas por meio dos Decretos 720-A/1850 e Decreto 790/1851, credenciando os beneficiários para a execução de serviços públicos de transportes de passageiros e cargas, respectivamente¹⁴⁴. O primeiro beneficiário da outorga, para o transporte de passageiros por ônibus, foi o cidadão Honório Francisco Caldas, concedido o prazo de vinte anos para estabelecer uma companhia no trajeto entre o Rio de Janeiro e a Vila de Iguassú, também do mesmo Estado do Rio de Janeiro, sendo fixadas as condições da exploração do serviço. Ao segundo beneficiário, Thomaz José de Castro, ficou outorgado o privilégio de explorar o transporte rodoviário de cargas, por doze anos, para transporte de café e outros gêneros, sendo que as condições estipuladas no Decreto tratavam de estabelecer seis linhas para a execução das operações de transporte¹⁴⁵.

Muito embora leis infraconstitucionais esparsas tenham sido editadas ao longo do tempo tratando dos transportes rodoviários, a primeira referência explícita ao transporte, especificamente o rodoviário, na sequência das Constituições brasileiras

¹⁴³ Baseado em: GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. O Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999, p. 19-57; 61-89 e 159-175.

¹⁴⁴ Como registra Floriano de Azevedo MARQUES NETO, “[e]m seu longo período de reinado efetivo, foi D. Pedro II o governante que mais recorreu ao instituto da concessão, fosse para permitir a implantação e a operação de utilidades públicas (concessão-delegação), fosse para admitir que particulares explorassem atividades ou inventos (em modalidades de concessão-distinção, bastante aproximadas do instituto da autorização). No que toca às concessões para delegação de utilidades públicas, a par de se continuar a outorgar as concessões para exploração minerária, avultaram nesse período as concessões para prestação de serviços públicos e implantação de infraestruturas altamente demandantes de recursos, o que refletiu na introdução, nos atos de outorga, de um conjunto maior de regras de serviço e de proteção aos investimentos”. MARQUES NETO também menciona, como exemplo ilustrativo, a concessão de transporte terrestre, para serviço de ônibus intermunicipal, outorgada por meio do Decreto 720/1850, no que diz respeito à peculiaridade da fixação das cláusulas e regras do serviço. Em: Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 80-81.

¹⁴⁵ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. O Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999, p. 20-21.

sobreveio apenas com a Constituição de 1934, na qual se conferiu competência privativa à União para “estabelecer o plano nacional de viação férrea e o de estradas de rodagem, e regulamentar o tráfego rodoviário interestadual” (artigo 5º, item IX) e, ainda, se atribuiu à lei federal o poder de regular a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão ou delegação, a fim de que os lucros dos concessionários ou delegados não excedam justa retribuição do capital e lhes permitam atender normalmente as necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços (artigo 137).

A Constituição de 1937, além de preservar a regra da estabilidade contratual e justa remuneração ao explorador do serviço público, manteve a competência privativa da União para legislar sobre os transportes por via férrea, via d’água, navegação aérea ou de estradas de rodagem, desde que possuíssem o caráter internacional ou interestadual (artigo 16, inciso XI), tendo legislado sobre o transporte rodoviário na lei editada para o Código Nacional de Trânsito (Decreto-lei 3.651/1941), distribuindo a competência ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER do poder de outorga de concessão para os serviços públicos de transportes coletivos nas estradas de jurisdição federal, aberta a possibilidade de os Estados regular a competência para a outorga da concessão nos demais casos (artigo 65, Decreto-lei 3.651/1941).

Já a Constituição de 1946 trouxe mais detalhamento sobre a atividade de transporte, notadamente em matéria tributária, conferindo, no relevante, competência à União para estabelecer o Plano Nacional de Viação (artigo 5º, inciso X)¹⁴⁶ e para legislar sobre “tráfego interestadual” (artigo 5º, inciso XV, alínea “j”). Além de fixar, no artigo 151, a ordenação de que lei disporia sobre o regime de empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, além de disciplinar os critérios e princípios norteadores de política tarifária que determine o desempenho cabal dos serviços explorados e a justa expectativa do usuário. No Ato de Disposições Constitucionais Transitórias dessa Constituição de 1946, veio fixada a obrigação à União Federal de conclusão de obras da rodovia Rio-Nordeste (artigo 32).

Na Carta Constitucional de 1967, substancialmente emendada pela Emenda Constitucional 1/1969, os transportes mereceram tratamento nos seguintes dispositivos: a competência privativa da União em estabelecer o Plano Nacional de

¹⁴⁶ Referido Plano Nacional de Viação (PNV) veio editado com a Lei Federal 4.592/1964.

Viação¹⁴⁷ (na CF/1967, artigo 8º, inciso X; na EC 1/1969, artigo 8º, inciso XI); a competência da União Federal de explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão as vias de transporte que ultrapassam limite dos Estados (mesma numeração na CF/1967 e na EC 1/1969: artigo 8º, inciso XV, alínea “d”); competência da União para legislar sobre “tráfego e trânsito nas vias terrestres” (mesma numeração na CF/1967 e na EC 1/1969: artigo 8º, inciso XVII, alínea “n”); a autonomia dos Municípios quanto aos serviços de seu peculiar interesse, podendo organizar a prestação dos serviços públicos locais (na CF/1967, artigo 16, inciso II, alínea “b”; na EC 1/1969, artigo 15, inciso II, alínea “b”); competência do Município a faculdade de celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços de interesse comum (na CF/1967, artigo 16, parágrafo quarto; na EC 1/1969, referência excluída); quanto aos transportes urbanos e suburbanos, faz-se menção à possibilidade de estabelecimento de regiões metropolitanas, visando à realização de serviços de interesse comum (na CF/1967, artigo 157, parágrafo 10; na EC 1/1969, artigo 164); e, finalmente, a segurança de estabilidade e equilíbrio econômico-financeiro às concessões de serviço público, com a mesma determinação da edição de lei específica para dispor sobre o regime das empresas concessionárias dos serviços públicos federais, estaduais e municipais e sobre obrigações de manutenção de serviço adequado, política tarifária e fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas.

Contemporaneamente, a Constituição Federal de 1988 integra no rol de competências privativas materiais da União Federal os atos de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de transporte rodoviário internacional ou interestadual de passageiros (artigo 21, inciso XII, alínea “e”), e legislar sobre “diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (artigo 21, inciso XX) e “estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação” (artigo 21, inciso XXI). Ainda prescreve explicitamente que cabe aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, discriminado explicitamente no dispositivo constitucional e reputado de caráter essencial (artigo 30, inciso V). Ademais, aos Estados-membros, no exercício de competência residual suplementar, compete tratar dos outros serviços de transportes que não sejam de competência da União, nem dos Municípios, a exemplo dos transportes que transponham

¹⁴⁷ Referido Plano Nacional de Viação (PNV) veio editado com a Lei Federal 5.917/1973.

fronteiras municipais e sejam exercidos nos lindes do território estadual (artigo 25, parágrafo primeiro). Também aos Estados, mediante edição de lei complementar, se estipula a faculdade de criar região metropolitana, aglomerações urbanas ou microrregiões para integrar “organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” (artigo 25, parágrafo terceiro), abrangendo, pois, os transportes que ligam os municípios adensados numa mesma mancha urbana. Houve, por fim, a referência repetidamente trazida ao longo do trabalho, quanto à competência do poder público de prestar diretamente ou sobre regime de concessão e permissão os serviços públicos, com a lei específica dispendo sobre a política tarifária (artigo 175).

De relevo na legislação infraconstitucional vigente, no âmbito federal, temos que a Lei Federal 10.233/2001 dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, reorganizando o gerenciamento do Sistema Federal de Viação e regulando a prestação dos serviços de transportes e criou agências reguladoras relativas a tais atividades, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

Referida lei fixou no artigo 20 como objetivos da Agência Nacional de Regulação dos Transportes Terrestres - ANTT a implementação de políticas públicas formuladas por órgãos do Poder Executivo (Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, Ministério dos Transportes e Secretaria de Portos da Presidência da República) (inciso I), a regulação e supervisão das atividades de prestação de serviço e exploração de infraestrutura de transportes, com vistas à garantia da movimentação das pessoas e bens, cumprindo-se padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas, e à harmonização dos objetivos dos usuários e empresas concessionárias, autorizadas, permissionárias e arrendatárias prestadoras dos serviços, procedendo a arbitramento de conflito de interesses e impedindo situações de competição imperfeita ou infração da ordem econômica (inciso II, alíneas “a” e “b”). À ANTT, foi dada atribuição expressa de tratar sobre a exploração da infraestrutura rodoviária federal (artigo 22, inciso V) e foram fixadas atribuições gerais, destacadas a de promoção de pesquisas e estudos específicos de tráfego e demanda de serviços de transporte; de estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes em confronto com os custos e benefícios econômicos transferidos aos usuários; propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorga, instruídos por

estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; a elaboração e edição de normas e regulamentos relacionados à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no acesso e no uso, e à prestação dos serviços de transporte, com manutenção dos itinerários outorgados e fomentando a competição; editar atos de outorga e extinção do direito de exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte celebrados antes da vigência da lei, resguardados direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos, dentre outras atividades (artigo 24, incisos I a XVIII).

Prosseguindo, a Lei Federal 10.233/2011 tratou que uma das diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e operação do transporte terrestre, além do aquaviário, estaria pautada pela descentralização das ações, sempre que possível, com a promoção da transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante as outorgas de autorização, concessão ou permissão, nos termos do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal (artigo 12, inciso I).

Ressaltou, ainda, ser vedada a prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, de qualquer natureza, que não tenham sido autorizados, concedidos ou permitidos pela autoridade competente (artigo 14, parágrafo segundo).

No artigo 13, ficou tratado que o instrumento de concessão seria o eleito para a exploração de infraestrutura de transporte público rodoviário, precedida ou não de obra pública e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura (inciso I). Do espectro amplo das atividades de transporte terrestre rodoviário passíveis de serem exploradas em regime público, nota-se que apenas uma parcela bem ínfima, relacionada à exploração da infraestrutura e os serviços a ela atrelados, ficaram reservados de serem explorados por meio de concessão de serviço público. Já no artigo 14, a concessão foi aplicada como instrumento de delegação para exploração de ferrovias, rodovias, vias navegáveis e portos organizados que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação (alínea “a” do inciso I) e o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária (alínea “b” do inciso I)¹⁴⁸.

¹⁴⁸ O sistema de transporte terrestre funciona sob assimetria regulatória, subsistindo diversos instrumentos e regimes para a prestação do mesmo tipo de serviço público. No mesmo artigo 13 da Lei 10.233/2001, houve

No artigo 35, ficou estabelecido, na esteira do que já disciplinava a Lei Geral de Concessões, que o contrato de concessão pactuado de acordo com a Lei Federal 10.233/2001 deveria refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora, tendo como cláusulas essenciais (artigo 35, cabeça) as relativas a definição de “prazo de vigência da concessão e condições para sua prorrogação” (artigo 35, inciso II).

Nessa exata conformidade de circunscrição do instrumento da concessão aos transportes terrestres rodoviários no âmbito federal, traz-se um quadro atualizado no ano de 2015 do Programa de Concessões Rodoviárias, constante do sítio eletrônico da ANTT.

Segundo o texto, “[o] Programa de Concessão de Rodovias Federais abrange 11.191,1 quilômetros de rodovias, desdobrado em concessões promovidas pelo Ministério dos Transportes, pelos governos estaduais, mediante delegações com base na Lei n.º 9.277/96, e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). A ANTT administra atualmente 21 concessões de rodovias, totalizando 9.969,6 km, sendo cinco concessões contratadas pelo Ministério dos Transportes, entre 1994 e 1997, uma pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em 1998, com posterior Convênio de Delegação

disposição sobre o tratamento dos instrumentos de permissão e autorização para a prestação de serviços de transporte. Por meio de permissão, foi destinada à outorga da prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura e da prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura (inciso IV, com suas alíneas incluídas pela Lei nº 12.996, de 2014). Por meio de autorização, a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros; b) prestação de serviço de transporte aquaviário; c) exploração de infraestrutura de uso privativo; d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente; e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura (inciso V, com alíneas “a” a “d” incluídas pela Lei Federal 12.743/2012; enquanto alínea “e” é incluída pela Lei Federal 12.996/2014). Já no artigo 14, foi determinado que a autorização seria o instrumento adequado para o transporte rodoviário de passageiros sob regime de afretamento (alínea “b”), a construção e a exploração das instalações portuárias de que trata o artigo 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória n. 595, de 06 de dezembro de 2012 (alínea “b” com redação dada pela Lei 12.815/2013); o transporte aquaviário (alínea “e” incluída pela Medida Provisória 2.217-3/2001; o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração de infraestrutura (alínea “f” incluída pela Lei Federal 11.314/2006); o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura, por operador ferroviário independente (alínea “i” incluída pela Lei Federal 12.743/2012); o transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT (incluído pela Lei Federal 12.996/2014). E à permissão, foram atribuídas atividades de: transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros (alínea “a” com redação dada pela Lei Federal 12.996/2014); e transporte ferroviário regular de passageiros não associado à infraestrutura (alínea “b” com redação dada pela Lei Federal 11.483/2007). Note-se, portanto, que o legislador, ao menos no nível federal, fez a opção de reduzir à concessão parte ínfima dos serviços de transporte terrestre, restritos à exploração de infraestrutura – como estações rodoviárias e construção e operação de rodovias – e os serviços de transporte a ela diretamente atrelados.

das Rodovias denunciado e o contrato sub-rogado à União em 2000, oito concessões referentes à segunda etapa - fases I (2008) e II (2009), uma concessão referente à terceira etapa – fase II (2013) e, por fim, seis concessões que são partes integrantes do Programa de Investimentos em Logística, pertencente à terceira etapa – fase III (2013 e 2014).”¹⁴⁹

Dos 21 contratos de concessão vigentes¹⁵⁰, os contratos antigos, da década de 1990, em sua maioria, não fizeram menção expressa à proibição da prorrogação, apenas indicando a possibilidade de a prorrogação ocorrer caso determinado por alguma disposição contratual. Nos contratos celebrados na Segunda Etapa de Concessões, houve discriminação explícita da inadmissibilidade da prorrogação do prazo de concessão, também na maioria dos contratos celebrados¹⁵¹. O contrato de concessão celebrado na

¹⁴⁹ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. “Concessões rodoviárias”. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261.html>. Acesso em: 15 de dezembro de 2015.

¹⁵⁰ A título exemplificativo, observamos que no contrato de concessão da Rodovia Presidente Dutra (BR-11/RJ/SP), no trecho Rio de Janeiro-São Paulo, foi outorgado um prazo à concessão de 25 (vinte e cinco) anos contados da transferência do controle da rodovia à concessionária, estipulada ainda a inadmissibilidade de prorrogação do prazo da concessão, a não ser em hipóteses expressamente previstas no contrato, as quais não foram encontradas. O instrumento contratual foi assinado em 31/10/1995, com o início da concessão sendo fixado em 01/03/1996. A mesma cláusula de prazo e restrição de prorrogação, com idêntica redação, foi rastreada em outros contratos originários celebrados na mesma época, meados da década de 1990, quais sejam, os contratos de concessão da BR-040/MG/RJ, trecho Juiz de Fora/MG – Rio de Janeiro/RJ; BR-116/RJ, trecho Além Paraíba - Teresópolis – Entroncamento com a BR 040/RJ. No caso do contrato de concessão celebrado para a exploração da rodovia BR 290/RS - Trecho Osório – Porto Alegre/Entroncamento BR 116/RS (Guaíba), a cláusula contratual que determinou a possibilidade de prorrogação do prazo conforme o disciplinado no contrato tinha por finalidade a extensão ou diminuição do prazo contratual para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando dos eventos periódicos de revisão de tarifa. No caso do contrato de concessão celebrado para a rodovia BR 116/RS, 392/RS, a possibilidade de prorrogação do prazo, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, veio disciplinada apenas com a celebração do primeiro aditivo entre União, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul – ECOSUL e interveniência do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem-DNER.. Disponível em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html. Acesso em: 15 de dezembro de 2015.

¹⁵¹ Vide o exemplo da concessão celebrada para a exploração da rodovia BR-116/PR/SC – Curitiba – Divisa SC/RS, fixada com prazo de vinte e cinco anos improrrogáveis (cláusulas 2.2. e 2.4.) (concessionária Autopista Planalto Sul). No mesmo sentido, os contratos de concessão das rodovias BR-116/376/PR e BR-101/SC – Trecho Curitiba – Palhoça (concessionária Autopista Litoral Sul); BR-116/SP/PR – São Paulo – Curitiba (Autopista Régis Bittencourt S/A); BR-381/MG/SP - Belo Horizonte - São Paulo (concessionária Autopista Fernão Dias S/A); BR-101/RJ – Divisa RJ/ES – Ponte Presidente Costa e Silva (concessionária Autopista Fluminense S/A); BR-153/SP – Divisa MG/SP – Divisa SP/PR (concessionária Transbrasiliana Concessionária de Rodovia S/A); BR-393/RJ – Divisa MG/RJ – Entroncamento BR-116 (DUTRA) (concessionária Rodovia do Aço S/A). No contrato de concessão das rodovias BR 116/324/BA e BA 526/528 (concessionária Via Bahia), não houve determinação clara sobre a proibição de prorrogação de concessão no instrumento original pactuado, tão-somente a fixação de prazo originário do contrato. No entanto, pela cláusula terceira do Primeiro Termo Aditivo celebrado em 2010, ou seja, de forma bilateral entre concedente e concessionária e cerca de dois anos após o certame licitatório, a cláusula do prazo foi integrada para incluir, expressamente, a possibilidade de prorrogação, nos seguintes termos: “Cláusula 3.2. O presente contrato poderá ser prorrogado, a exclusivo critério do Poder Concedente, por até 25 (vinte e cinco) anos, nas seguintes hipóteses: (i) por imposição do interesse público, devidamente justificado; (ii) em decorrência de força maior, devidamente comprovada; (iii) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando

Terceira Etapa, com a concessionária ECO101 Concessionária de Rodovias S/A referente à rodovia BR 101/ES/BA - Entroncamento BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ, veio proposto com a possibilidade expressa da prorrogação do prazo da concessão, pelo máximo do igual período ao do prazo originário de vinte e cinco anos, desde que apontadas as seguintes hipóteses, alternativas entre si: imposição do interesse público, devidamente justificado; fato de força maior, devidamente comprovado; e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no Plano de Exploração da Rodovia, ou em decorrência de alteração desse Plano de Exploração (cláusulas 3.1. e 3.2., itens “i” a “iii”). Nessa mesma cláusula contratual, ficou especificado o dever de motivação qualificado e adequado na decisão prorrogatória a ser proferida pela ANTT, notadamente quanto ao prazo de prorrogação fixado, com citação, genérica, da necessidade de observância à “legislação que rege a matéria” (cláusula 3.2.1.). Ademais, fixou-se nessa cláusula a necessidade de explicitação do prazo de prorrogação, as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a tarifa básica de pedágio a ser cobrada (cláusula 3.2.2.). Nota-se, nesse particular, da alteração significativa de postura do poder concedente, de, desde o edital de licitação, proceder à oferta em licitação dos ativos relativos à concessão com a possibilidade de inserção da cláusula prorrogatória, de longo prazo.

Já nas concessões outorgadas na Terceira Etapa, fase III, inaugurada pelo Plano de Investimentos em Logística – PIL, foi mantida a mesma redação das cláusulas autorizativas de prorrogação¹⁵², observado o longo prazo originário de 30 (trinta) anos,

exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração. § 1º Os atos administrativos pertinentes à prorrogação deverão ser adequadamente motivados pela ANTT, inclusive quanto ao prazo fixado. § 2º O instrumento contratual de prorrogação deverá explicitar o respectivo prazo, as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a Tarifa Básica de Pedágio. Cláusula 9.1.6. Durante a concessão o Poder Público poderá realizar investimentos no Sistema Rodoviário Concedido, estejam ou não previstos no PER. Nesse caso, far-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro conforme a subcláusula 20.3., em decorrência, respectivamente, da diminuição ou do acréscimo de obrigações a cargo da concessionária. Cláusula 20.3. ... (iv) estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio. Cláusula 20.3.2. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer, também, mediante prorrogação deste contrato, de conformidade com a cláusula 3, subcláusula 3.2., (iii), e com a subcláusula 20.7.1. desta cláusula”. Fica o registro da ausência de publicização de motivação, seja no preâmbulo, seja no curso do texto do aditamento, pela superveniente inclusão da cláusula prorrogatória. Disponível em: http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html. Acesso em: 15 de dezembro de 2015.

¹⁵² Vide o exemplo da concessão da rodovia BR-050/GO/MG - Entroncamento com a BR-040 (Cristalina/GO) - Divisa MG/SP (concessionária MGO Rodovias); concessão da rodovia BR-060/153/262/DF/GO/MG (concessionária CONCEBRA); concessão das rodovias BR-163/MT - BR-163 e

prorrogáveis por igual período de 30 (trinta) anos, computando-se, assim, a possibilidade de vigência de 60 (sessenta) anos à concessão rodoviária.

Ao lado desse retrato dos serviços federais de transportes terrestres rodoviários, em que não houve, por ora, uma discussão estabelecida no Poder Judiciário quanto à prorrogação de concessões rodoviárias¹⁵³, por motivos que podemos associar, em maior medida, à ausência de cláusulas prorrogatórias nos contratos com prazo de vigência próximo de expiração e, em menor medida, à inaplicabilidade de normas transitórias determinativas de ampliação e prorrogação legal das concessões e à existência de mecanismos amigáveis de soluções de controvérsias disciplinados nesses contratos de concessão, o retrato da realidade dos serviços estaduais e municipais de transportes terrestres rodoviários exhibe um outro panorama, de intensa (no caso dos municipais) e mediana (no caso dos estaduais) repercussão na jurisprudência.

Basicamente, podemos contemplar aos Estados-Membros a competência de explorar, diretamente ou por meio de concessão e permissão, os serviços de transporte coletivo rodoviário de passageiros que transcendam as fronteiras de municípios desse ente da federação, mas no Estado se limitem assim como serviços de transporte metropolitano. Aos Municípios, fica autorizada a disciplina e tratamento da prestação de serviços de

MT-407 do MS até o entroncamento com a MT-220 (CRO – Concessionária Rota do Oeste S.A.); concessão da rodovia BR-163/MS - Início na divisa com o estado do MT e término na divisa com o PR (concessionária MS Via – Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S/A); BR-040/DF/GO/MG - Trecho Brasília-DF - Juiz de Fora-MG (concessionária Via 040 – Concessionária BR 040 S/A); Trecho Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070) (concessionária Rodovias Galvão BR 153 SPE S/A); concessão da Ponte Rio Niterói (concessionária Ecoponte).

¹⁵³ Registre-se, nesse particular, que as permissões de serviços federais de transporte terrestre tiveram intensa provocação no Poder Judiciário, até diante dos reiterados atos normativos editados pela Administração Pública Federal ampliando o prazo da exploração, ainda que de modo precário, desses serviços aos mesmos permissionários, porém, por prazos elevados, sob a justificativa de que seriam necessárias realizações de estudos para a instauração de procedimentos licitatórios e, concretizada essa transformação, o alinhamento das permissões à exigência constitucional do prévio dever de licitar e à Lei Geral de Concessões de Serviço Público, nos preceitos dos artigos 42 a 44. Vide o teor do artigo 10 do Decreto 952/1993 [“Art. 10. O prazo das permissões de que trata este Decreto será de quinze anos, podendo ser prorrogado por igual período”] e, principalmente, o artigo 98 do Decreto 2.521/1998 [“Art. 98. Em atendimento ao disposto no artigo 42 do Lei nº 8.987, de 1995, ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo improrrogável de quinze anos contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993, as atuais permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores”]. Na esteira da edição do Decreto no âmbito federal, uma série de entes federados, especialmente Municípios, impulsionaram edição de leis atribuindo o mesmo direito a permissionários, e até concessionários, das permissões e concessões sobre a sua esfera de atuação, principalmente de transporte coletivo de passageiros, fato que mereceu devida resposta pelo Poder Judiciário, notadamente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em razão do recorte material proposto, apenas os resultados relativos às concessões de serviço público serão apreciados em tópico seguinte.

transporte rodoviário de passageiros urbano, semiurbano ou interurbano, restritos ao território do Município.

É inequívoca a multiplicidade de atos administrativos e legislativos¹⁵⁴ relacionados à celebração dos contratos de concessão de serviços de transportes terrestres rodoviários por esses entes políticos, notadamente em fase posterior de adaptação à Constituição Federal de 1988, decorrentes também do fenômeno de urbanização e adensamento populacional nas áreas urbanas.

Ao menos na realidade dos Municípios, era comum o estabelecimento de uma concessionária ou poucas concessionárias, instaladas sob uma outorga autorizada por lei, celebrada com concessão (ou permissão) e, por vezes, antecedida da realização de licitação. As empresas prestavam e exploravam os serviços de transporte coletivo de passageiros, principalmente por ônibus, em regime de exclusividade das linhas que lhes eram outorgadas, sendo também ordinária a prática de atos pela administração municipal de prorrogações e renovações sucessivas desse vínculo, inclusive por prazos superiores ao

¹⁵⁴ Recuperamos o rastreamento feito por José Alberto da Costa VILLAR e Antonio Roberto Nucci ETTER sobre os contratos de concessão e permissão de transportes prorrogados por leis editadas por Municípios e Estados-Membros, mesmo com a possibilidade de prorrogação não claramente prevista nos respectivos instrumentos de regulação (editais de licitação e contratos celebrados), a saber, “artigo 127 da lei 3.430, de 31 de janeiro de 1.996, editada pelo município de São Luís do Maranhão; lei complementar n. 597/96, de 08 de outubro de 1.996, editada pelo município de Ribeirão Preto; lei 793/96, de 31 de maio de 1.996, editada pelo Município de Macapá – Amapá; (...) artigo 17 e seu parágrafo único da Lei Municipal 2.169/89 do município de Valinhos”, além de “lei complementar 867, de 14 de maio de 1.999, Município de Ribeirão Preto-SP; Lei n. 3.038, de 29 de setembro de 1.999, do Município de Mococa-SP; Lei 2.198, de 12 de maio de 1.999, do Município de Umuarama-PR; lei 4.834, de 18 de novembro de 1.998, Município de Mogi das Cruzes-SP; (...) Decreto 5.494, de 25 de janeiro de 1.996, Município de Mauá-SP”. No âmbito de produção legislativa estadual, há menção da Lei 5.720, de 18 de agosto de 1998, do Estado do Espírito Santo, cujo artigo 52 determinou, “visando garantir a qualidade do atendimento dos usuários e o princípio da atualidade, com a necessária amortização dos investimentos realizados, manterá ou prorrogará pelo prazo de quinze (15) anos, a contar da data da publicação desta Lei, as atuais concessões, permissões e autorizações para a exploração dos serviços de transporte coletivo rodoviário, intermunicipal e intermunicipal urbano de passageiros, que estejam sendo praticados pelas empresas transportadoras” (artigo 52, cabeça) e “O órgão público ou entidade competente (...) providenciará no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data do requerimento das empresas transportadoras concessionárias, permissionárias e autorizadas interessadas, as assinaturas dos respectivos termos aditivos e/ou instrumentos contratuais próprios, pelo prazo de 15 (quinze) anos (...)” (artigo 52, parágrafo segundo). No Estado de São Paulo, houve a Lei Complementar 870, de 19 de junho de 2000, instituidora da Região Metropolitana de Campinas, e cujo artigo 4º, no rol das Disposições Transitórias, dispôs que “ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo de até 15 (quinze) anos, determinado pelo órgão competente, contado da data da publicação desta lei complementar, as atuais concessões, permissões e autorizações desse serviço entre Municípios integrantes da Região Metropolitana de Campinas, decorrentes de dispositivos legais e regulamentares anteriores”, que eram relacionados à operação de transportes coletivos de caráter regional. A maioria dos dispositivos legais fez referência, na justificativa da prorrogação, à previsão do artigo 42 da Lei Federal 8.987/1995 e aos Decretos Federais 952/1993 e 2.521/1997. Em: “Prorrogação dos contratos de concessão dos serviços de transporte público”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 6, tomo I, p. 168 e 173-178, ano 2000.

da outorga inicial, não necessariamente precedida de nova autorização legislativa para a prorrogação. A cláusula que permitia a prorrogação, regra geral, tinha por embasamento a boa prestação dos serviços e era ativada a critério do Poder Concedente.

Ainda que já estivesse delineado o objetivo público de cooperação privada na prestação de serviços públicos, a noção que norteava a outorga dessas concessões, ao menos na visão das concessionárias, tinha o nítido caráter de perpetuidade de privilégios outorgados a quem, decerto, tivesse tido a oportunidade de celebrar contratos, seja de concessão, seja de permissão, com o poder público concedente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, sobreveio o questionamento da subsistência da validade das cláusulas de prorrogação das concessões em vigor; a profusão de leis, editadas pelos entes políticos, pontualmente estabelecendo o prosseguimento dos contratos de concessão, de forma geral, indistintamente aplicando a contratos com e sem cláusula de prorrogação.¹⁵⁵

4.1.3.2. CONCESSÕES DE ENERGIA ELÉTRICA: GERAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO

As primeiras concessões de energia hidráulica surgiram por volta do fim da segunda metade do século XIX, tendo o registro histórico das concessões outorgadas para usinas hidrelétricas instaladas nas cidades de Diamantina e Juiz de Fora, que tinham por objetivo o fornecimento de energia para a indústria e iluminação pública mantida nas duas cidades mineiras¹⁵⁶.

No período republicano, a primeira Constituição Federal a abordar o tema da energia hidráulica foi a de 1934, que dispôs sobre a competência privativa da

¹⁵⁵ César A. Guimarães PEREIRA atribui a judicialização do tema ao fato de que Administração Pública e Poder Judiciário são chamados a enfrentar a circunstância da anterioridade, no tempo, da consolidação fática dos serviços de transporte rodoviário de passageiros em relação à fixação institucional-legal dos conceitos de concessão de serviço público e licitação, que só vieram depois para requalificar a realidade existente. Em: “Notas sobre a licitação no setor de transportes de passageiros na jurisprudência dos Tribunais Superiores”. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=86&artigo=1135&l=pt>> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

¹⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 83. Confira-se, amplamente, em: ÁLVARES, Walter T. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

União em legislar sobre a matéria de exploração de energia hidráulica em bens do domínio federal (artigo 5º, inciso XIX, alínea “j”¹⁵⁷). Também dispôs a necessidade de que outorga fosse expedida pela União Federal para que houvesse o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, indicando os instrumentos de autorização ou concessão, regulados na forma de lei (artigo 119¹⁵⁸). Ficou reservado aos Estados o poder de legislar sobre o tema da energia hidrelétrica, de forma supletiva ou complementar à lei federal (artigo 5º, parágrafo terceiro¹⁵⁹).

A Constituição de 1937 conservou a competência privativa da União para legislar sobre o tema da energia hidráulica, acrescentando a disciplina de padronização e unificação dos estabelecimentos e instalações elétricas, além de medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica e o regime de linhas para correntes de alta tensão que transpusessem limites de Estados (artigo 16, incisos XIV e XV¹⁶⁰), reservando aos Estados o mesmo poder de competência supletiva (artigo 18, alínea “a”¹⁶¹). Houve, todavia, supressão da concessão como instrumento apto para a outorga para aproveitamento industrial das águas e energia hidráulica, remanescendo apenas o instrumento da autorização¹⁶².

¹⁵⁷ “ Art 5º - Compete privativamente à União:

XIX – legislar sobre:

j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração;”

¹⁵⁸ “Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. ”

¹⁵⁹ “Art. 5º § 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras *c e i*, *in fine*, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta. ”

¹⁶⁰ “Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XIV - os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração;

XV - a unificação e standardização dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica, o regime das linhas para correntes de alta tensão, quando as mesmas transpõem os limites de um Estado;”

¹⁶¹ “Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração;”

¹⁶² “ Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento

Na Constituição Federal de 1946, a mesma orientação quanto à competência da União Federal para legislar sobre águas e energia elétrica foi conservada (artigo 5º, inciso XV, alínea “1”¹⁶³). Houve, no entanto, a recuperação do instrumento da concessão como apto à outorga para aproveitamento da energia hidráulica (artigo 153¹⁶⁴).

A Constituição de 1967 foi pioneira em determinar à União a competência de explorar, diretamente ou mediante concessão ou autorização, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza (artigo 8º, inciso XV, alínea “b”¹⁶⁵). As demais orientações de competência da União para legislar sobre águas e energia elétrica (artigo 8º, inciso XVII, alínea “i”¹⁶⁶) e a necessidade de instrumento de outorga específico para o aproveitamento industrial (artigo 161, parágrafo primeiro¹⁶⁷) foram mantidas. A Emenda Constitucional 1/1969 à Constituição de 1967 manteve disciplina similar, com praticamente a mesma redação (respectivamente, artigo 8º, inciso XV, alínea “b”; artigo 8º, inciso XVII, alínea “i”; artigo 168, parágrafo primeiro).

A Constituição de 1988¹⁶⁸ trouxe algumas especificidades novas à regência do tema. Conferiu a natureza de bem público da União aos potenciais de energia hidráulica (artigo 20, inciso VIII¹⁶⁹). Preservou a competência da União de explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de

industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.”

¹⁶³ “Art 5º - Compete à União:

XV - legislar sobre:

l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca;”

¹⁶⁴ “Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.”

¹⁶⁵ “Art 8º - Compete à União:

XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;”

¹⁶⁶ “Art 8º - Compete à União:

XVII - legislar sobre:

i) águas, energia elétrica e telecomunicações;”

¹⁶⁷ “Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.”

¹⁶⁸ Para aprofundamento, confira-se: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre: Fabris Editor, 2008. Também: KELMAN, Jerson; VERAS, Luiz Antonio R. A Constituição Federal e o Setor Elétrico Brasileiro. In: Revista Justiça & Cidadania, edição 99. Editora JC, data de publicação outubro de 2008). Disponível na internet: <http://www.editorajc.com.br/2011/07/a-constituicao-federal-e-o-setor-eletrico-brasileiro/> Acesso em: 18 de março de 2014.

¹⁶⁹ “Art. 20. São bens da União:

(...) VIII – os potenciais de energia hidráulica”

energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se se situem tais potenciais (artigo 21, inciso XII, alínea “b”¹⁷⁰). Manteve a orientação de que os potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão da União para serem explorados por particulares, apontado, como critério, o interesse nacional e a sua prestação por brasileiros, além de restrições relacionadas à localização desses potenciais (artigo 176, parágrafo primeiro¹⁷¹). Fica o registro, também, da plena aplicabilidade da regência geral do artigo 175, cabeça e parágrafo único, que aludem à lei própria o tratamento da outorga da concessão, trazem autorização legal explícita para a prorrogação de contrato de concessão e permitem ao legislador ordinário tratar do regime aplicável às prorrogações.

No plano da legislação infraconstitucional editada para a complementação da Constituição, no âmbito federal, temos como relevantes o Código de Águas (Decreto 24.643/1934), o Decreto Federal 41.019/1957 que o regulamentou, e as Leis editadas após a Constituição de 1988, Leis Federais 9.074/1995, 9.427/1996, 10.848/2004 e 12.783/2013, limitada a análise desses textos normativos em relação à definição do regime de prazo e prorrogação de concessões de serviço público.

O Código de Águas estipulou que as concessões para produção, transmissão e distribuição da energia hidrelétrica seriam outorgadas de acordo com um prazo de 30 (trinta) anos, adjetivado como “normal” pela lei (artigo 157). A excepcionalidade versada no parágrafo aponta que esse prazo poderia ser fixado em patamar superior, se fossem constatados os seguintes requisitos: 1) obras e instalações de vulto econômico que não comporta amortização do capital no prazo de 30 (trinta) anos estipulado como geral; 2) não possa ser possível garantir a amortização no prazo de 30 (trinta) anos e o fornecimento de energia por preço razoável ao consumidor; 3) o poder

¹⁷⁰ “Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

¹⁷¹ “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)”

concedente decida a respeito, de acordo com o seu critério e com oitiva de órgãos técnicos administrativos competentes; 4) o prazo majorado não seja excedente a 50 (cinquenta) anos (artigo 157, parágrafo único). O Código de Águas ainda estabeleceu que, no fim do prazo das concessões, a reversão da concessão e dos bens relacionados ao serviço ocorreria em benefício dos poderes concedentes, União, Estados ou Municípios, de acordo com os critérios fixados na lei (artigo 165). Essa lei, portanto, silenciou sobre a possibilidade de inclusão, nas outorgas, de cláusulas de prorrogação da concessão.

O Decreto 41.019/1957 regulamentou os serviços de energia elétrica e fez referência, em suas considerações, à atividade de complementação do Código de Águas. No ponto atinente ao disciplinamento das concessões de serviço de energia elétrica, foram tratar do tema os artigos 67 a 109. Dentre as regras gerais, faz-se referência à possibilidade de previsão expressa do contrato regular diferentemente das normas previstas no regulamento (artigo 67) e à ausência de obrigatoriedade de licitação prévia à outorga (artigo 71). Quanto ao regime de prazo, o Decreto repetiu a disciplina prevista do Código de Águas, confirmando a estipulação do “prazo normal” de 30 (trinta) anos para as concessões de serviços de energia elétrica. Também o Decreto, no artigo 79, repetiu a excepcionalidade do prazo de 30 (trinta) anos ser fixado num período superior, com os mesmos requisitos da 1) impossibilidade da amortização de investimentos no prazo de 30 (trinta) anos e 2) da impossibilidade de fornecimento de energia a preço razoável ao consumidor, modificado, porém, como o 3) Governo deveria tomar a decisão prorrogatória, agora com base em parecer proferido pelo Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (C. N. A. E. E.), ou seja, 4) coincidente o prazo máximo de 50 (cinquenta) anos, insuperável. A possibilidade de prorrogação veio discriminada no artigo 80, segundo o qual “[f]inda a concessão, o concessionário poderá requerer ao Governo Federal que a concessão seja renovada, mediante as condições que vierem a ser estipuladas, desde que faça prova de que o Poder Público ao qual deverão reverter os bens e instalações não se opõe à utilização dos referidos bens e instalações” (artigo 80, cabeça) e “o concessionário deverá requerer a renovação até seis meses antes de findar a vigência da concessão, entendendo-se, se não o fizer, que não pretende a renovação” (artigo 80, parágrafo único).

Compreende-se do teor desses dispositivos a admissibilidade de uma prorrogação do prazo de vigência, vinculada à existência de um interesse manifestado pelo concessionário e à não oposição do poder público a quem se dirigiria uma reversão dos

bens e serviços, muito embora o Decreto não tenha deixado claro se se tratava de uma renovação ou de uma prorrogação própria. Ademais, o Decreto possibilitou ao contrato formalizar “condições especiais de cada concessão”, sujeita, em todos os casos, às disposições legais e regulamentares que tratem dos direitos e deveres dos concessionários e as condições de execução e exploração do serviço (artigo 84).

Agora devem ser relacionados textos normativos editados posteriormente à Constituição Federal de 1988, a qual fixou o caráter contratual da concessão de serviço público em todas as suas expressões.

Ressalta-se, de partida, que a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, Lei Federal 8.987/95, tinha suas disposições de regime de prazo e prorrogação aplicáveis aos serviços públicos em geral, tratando a cláusula prorrogatória como obrigatória nos instrumentos de concessão e a exigência de licitação imediata para concessões vencidas.

A Lei Federal 9.074/1995 veio editada como objeto de conversão de uma Medida Provisória, a 1.017/1995. Nessa Medida Provisória havia o estabelecimento, dos artigos 3º a 9º, sobre as regras que deveriam ser seguidas para a plena eficácia da determinação de que a União, no uso de seu critério e com o objetivo de garantir a qualidade de atendimento dos consumidores a custos adequados, prorrogar concessões de geração de energia elétrica alcançadas pelos artigos 42, 43, parágrafo único, e 44 da Lei Federal 8.987/1995, também as de distribuição alcançadas pelo artigo 42 da Lei 8.987/95 e as concessões de transmissão, sem especificação.

Quanto ao regime de prazo e prorrogação realmente introduzido na Lei Federal 9.074/1995, após sua tramitação legislativa e conversão, podemos destacar os seguintes preceitos:

a) no artigo 4º, cabeça¹⁷², foi estipulado que as concessões de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água seriam contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos da lei em destaque, e da Lei Geral de Concessões;

¹⁷² “Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei no 8.987, e das demais.”

b) no artigo 4º, parágrafo primeiro¹⁷³, foi determinada a possibilidade de prorrogação onerosa;

c.1.) no artigo 4º, parágrafo segundo, na sua redação original¹⁷⁴, ficou estabelecido que as concessões de geração de energia elétrica contratadas posteriormente à data da entrada em vigor daquela lei, ou seja, depois da data de publicação seguinte à sua edição em 07 de julho de 1995, teriam um prazo fixado de acordo com a necessidade de amortização de investimentos e máximo de 35 (trinta e cinco) anos, possível de ser prorrogado por igual período no máximo, a critério do poder concedente e de acordo com as condições estabelecidas no contrato;

c.2.) no artigo 4º, parágrafo segundo, com a redação dada pela Lei Federal 10.848/2004¹⁷⁵, a regra foi alterada, modificando o âmbito de abrangência para as concessões de geração de energia fossem “anteriores a 11 de dezembro de 2003”;

d) no artigo 4º, parágrafo terceiro¹⁷⁶, ficou determinada a possibilidade de as concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas posteriormente à lei em comento, serem contratadas com prazo fixado com obediência à necessidade de amortização de investimentos e limitado, ao máximo, a 35 (trinta e cinco) anos e contado da data da assinatura do contrato; possível também a prorrogação, por igual período do prazo originário, a critério do poder concedente e de acordo com as condições estabelecidas no contrato;

¹⁷³ “Art. 4º § 1º As contratações, outorgas e prorrogações de que trata este artigo poderão ser feitas a título oneroso em favor da União.”

¹⁷⁴ “Art. 4º § 2º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta e cinco anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.” (NORMA REVOGADA)

¹⁷⁵ “Art. 4º § 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos.” (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

¹⁷⁶ “Art. 4º § 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato.”

e) no artigo 4º, parágrafo quarto¹⁷⁷, foi fixado o procedimento para as prorrogações reguladas no mesmo artigo 4º, que deveriam observar:

e.1) formulação de requerimento pelo concessionário;

e.2) apresentação do requerimento em até trinta e seis meses anteriores à data final do contrato de concessão;

e.3) manifestação do poder concedente sobre o requerimento até dezoito meses antes da data.

f) no artigo 15¹⁷⁸, foi fixado que as prorrogações de concessões, sejam as atuais sejam no caso das novas, era feita sem a garantia de exclusividade no fornecimento de energia elétrica a uma determinada gama de consumidores especificada;

g) no artigo 17, parágrafo quinto, foi tratada a possibilidade de prorrogação do prazo das concessões de instalações de transmissão, integrantes da rede básica, desde que observados os critérios dos artigos 19 e 22 da Lei Federal 9.074/1995;

h) na Seção quinta do Capítulo Segundo da Lei, foram versadas regras de prorrogação imprópria sobre as concessões que estavam em vigência naquele momento da edição da lei, nos artigos 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 25;

h.1) no artigo 19, cabeça¹⁷⁹, foi determinada a competência da União de poder prorrogar, por prazo de até 20 (vinte) anos, as concessões de geração de energia elétrica que eram alcançadas pelo artigo 42 da Lei Federal 8.987/1995, ou seja, aquelas que estivessem com o prazo vencido, fossem precárias ou tivessem prazo indeterminado; a condição para a prorrogação era o requerimento pelo concessionário de acordo com o artigo 25 da Lei 9.074/1995; o objetivo da prorrogação era a garantia da qualidade do

¹⁷⁷ “Art. 4º § 4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data.”

¹⁷⁸ “Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.”

¹⁷⁹ “Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei no 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei.”

atendimento aos consumidores, a custos adequados; e essa prorrogação tinha um âmbito subjetivo restritíssimo, em comparação com o preceito do artigo 4º e parágrafos;

h.2) no artigo 19, parágrafo primeiro¹⁸⁰, foi especificado que o pedido de prorrogação, nesses termos do artigo 19, cabeça, deveria ser formulado pela interessada no prazo de até um ano a contar da publicação da lei;

h.3) no artigo 19, parágrafo segundo¹⁸¹, determinou-se que se o prazo remanescente da concessão fosse superior a um ano, o requerimento de prorrogação deveria ser apresentado em até seis meses do advento do termo final da concessão respectiva;

h.4) no artigo 19, parágrafo terceiro¹⁸², foram discriminadas as solenidades do requerimento e as exigências de comprovação de diversos tipos de qualificação do concessionário;

h.5) no artigo 19, parágrafo quarto¹⁸³, o esclarecimento da regra de reversão das concessões e posterior licitação pela União, no caso de o requerimento de prorrogação baseado no artigo 19, cabeça, não for apresentado, ou a União indeferir o pleito;

h.6.) nos artigos 20 e 21¹⁸⁴, tratavam-se das concessões de geração de energia elétrica alcançadas pelo artigo 43, parágrafo único, e pelo artigo 44, ambos da Lei

¹⁸⁰ “Art. 19. § 1º Os pedidos de prorrogação deverão ser apresentados, em até um ano, contado da data da publicação desta Lei.”

¹⁸¹ “Art. 19 § 2º Nos casos em que o prazo remanescente da concessão for superior a um ano, o pedido de prorrogação deverá ser apresentado em até seis meses do advento do termo final respectivo.”

¹⁸² “Art. 19 § 3º Ao requerimento de prorrogação deverão ser anexados os elementos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa do interessado, bem como comprovação de regularidade e adimplemento de seus encargos junto a órgãos públicos, obrigações fiscais e previdenciárias e compromissos contratuais, firmados junto a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, referentes aos serviços de energia elétrica, inclusive ao pagamento de que trata o § 1o do art. 20 da Constituição Federal.”

¹⁸³ “Art. 19 § 4º Em caso de não apresentação do requerimento, no prazo fixado nos §§ 1o e 2o deste artigo, ou havendo pronunciamento do poder concedente contrário ao pleito, as concessões, manifestos ou declarações de usina termelétrica serão revertidas para a União, no vencimento do prazo da concessão, e licitadas.”

¹⁸⁴ “Art. 20. As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei no 8.987, de 1995, exceto aquelas cujos empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado:

I - plano de conclusão aprovado pelo poder concedente;

Geral de Concessões, ou seja, eram aquelas concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontravam paralisados ou atrasadas quando da entrada em vigor da lei, ou seja, em 14 de fevereiro de 1995;

h.7) no artigo 22¹⁸⁵, possibilitava-se às concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo artigo 42 da Lei Geral de Concessões a prorrogação, com as condicionantes de que sofreriam reagrupamento de acordo com critérios de racionalidade operacional e econômica, fosse requerido tal reagrupamento por solicitação do concessionário, fosse por iniciativa do poder concedente, conferindo, nessa última hipótese, a possibilidade de recusa ao concessionário;

h.8) no artigo 23, cabeça¹⁸⁶, foi determinado que o poder concedente levaria em consideração nas prorrogações de concessões de distribuição de energia elétrica que eram atuais daquela época as obrigações de compatibilização das áreas concedidas às empresas distribuidoras com as áreas de atuação de cooperativas de eletrificação rural;

h.9) no artigo 24¹⁸⁷, estenderam-se os procedimentos previstos no artigo 19, parágrafos primeiro a quarto, às concessões de distribuição de energia elétrica com

II - compromisso de participação superior a um terço de investimentos privados nos recursos necessários à conclusão da obra e à colocação das unidades em operação.

Parágrafo único. Os titulares de concessão que não procederem de conformidade com os termos deste artigo terão suas concessões declaradas extintas, por ato do poder concedente, de acordo com o autorizado no parágrafo único do art. 44 da Lei no 8.987, de 1995.

Art. 21. É facultado ao concessionário incluir no plano de conclusão das obras, referido no inciso I do artigo anterior, no intuito de viabilizá-la, proposta de sua associação com terceiros na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a empresa líder, mantida ou não a finalidade prevista originalmente para a energia produzida.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo aos consórcios empresariais formados ou cuja formação se encontra em curso na data de publicação desta Lei, desde que já manifestada ao poder concedente pelos interessados, devendo as concessões ser revistas para adaptá-las ao estabelecido no art. 23 da Lei no 8.987, de 1995, observado o disposto no art. 20, inciso II e no art. 25 desta Lei.”

¹⁸⁵ “Art. 22. As concessões de distribuição de energia elétrica alcançadas pelo art. 42 da Lei no 8.987, de 1995, poderão ser prorrogadas, desde que reagrupadas segundo critérios de racionalidade operacional e econômica, por solicitação do concessionário ou iniciativa do poder concedente.

§ 1o Na hipótese de a concessionária não concordar com o reagrupamento, serão mantidas as atuais áreas e prazos das concessões.

§ 2o A prorrogação terá prazo único, igual ao maior remanescente dentre as concessões reagrupadas, ou vinte anos, a contar da data da publicação desta Lei, prevalecendo o maior.”

¹⁸⁶ “Art. 23. Na prorrogação das atuais concessões para distribuição de energia elétrica, o poder concedente diligenciará no sentido de compatibilizar as áreas concedidas às empresas distribuidoras com as áreas de atuação de cooperativas de eletrificação rural, examinando suas situações de fato como prestadoras de serviço público, visando enquadrar as cooperativas como permissionárias de serviço público de energia elétrica.”

¹⁸⁷ “Art. 24. O disposto nos §§ 1o, 2o, 3o e 4o do art. 19 aplica-se às concessões referidas no art. 22.

prazo vencido, precárias ou prazo indeterminado; e os previstos no artigo 19, parágrafos terceiro e quarto, às concessões do artigo 20;

h.10) por fim, foi determinado no artigo 25¹⁸⁸, numa disposição geral, que as prorrogações de prazo só teriam eficácia com a assinatura do contrato de concessão com cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariassem a Lei Geral de Concessões;

i) no Capítulo III da Lei 9.074/1995, foi determinada a reestruturação dos serviços públicos concedidos diretamente explorados pela União, à exceção das telecomunicações, ficando resguardada a possibilidade de privatização simultânea com a outorga de nova concessão ou prorrogação das concessões existentes (artigo 27, cabeça), a utilização da prorrogação combinada em vários serviços públicos prestados pela União, com prazos diferenciados, para prestigiar a regra de que o prazo da prorrogação servirá para o necessário à amortização de investimentos (artigo 27, parágrafo primeiro), além de delimitar a sujeição dessa privatização à regra do artigo 25 da mesma lei (artigo 27, parágrafo quarto).

Já a Lei Federal 9.427/1996 foi importante pela instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (artigo 1º), a quem se atribuiu competências relacionadas aos contratos de concessão como a de promover os procedimentos licitatórios para a contratação dessas concessões de serviço de energia elétrica nos seus três tipos (artigo 3º, inciso II) e também por veicular novos disciplinamentos ao regime jurídico das concessões de serviço público de energia elétrica.

Quanto ao regime de prazo e prorrogação, destaca-se que esta lei admitiu, de forma expressa, a convivência de contratos prorrogados de acordo com a Lei Federal 9.074/1995 com outros contratos resultantes de licitação pública nos termos da Lei Federal 8.987/1995 (artigo 15, incisos, sendo o inciso II, na sua redação original) e determinou que

Parágrafo único. Aplica-se, ainda, às concessões referidas no art. 20, o disposto nos §§ 3o e 4o do art. 19.”

¹⁸⁸ “Art. 25. As prorrogações de prazo, de que trata esta Lei, somente terão eficácia com assinatura de contratos de concessão que contenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei no 8.987, de 1995.

§ 1o Os contratos de concessão e permissão conterão, além do estabelecido na legislação em vigor, cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico do concessionário ou permissionário, bem assim, sua aferição pela fiscalização através de índices apropriados.

§ 2o No contrato de concessão ou permissão, as cláusulas relativas à qualidade técnica, referidas no parágrafo anterior, serão vinculadas a penalidades progressivas, que guardarão proporcionalidade com o prejuízo efetivo ou potencial causado ao mercado.”

os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica celebrados ao longo da vigência desta lei deveriam conter, obrigatoriamente, cláusula de prorrogação da concessão, desde que (i) os serviços estivessem sendo prestados de acordo com as condições estabelecidas no contrato e a legislação do setor; (ii) tais serviços atendam os interesses dos consumidores e, por fim, (iii) haja o requerimento deduzido pelo concessionário (artigo 27, na sua redação original¹⁸⁹).

A Lei Federal 10.848/2004 afetou diretamente o regime de prorrogação fixado na Lei 9.427/1996, ao revogar o disposto no artigo 27 desta última. Assim, no meio tempo entre a entrada em vigor da Lei Federal 9.427/1996 e a Lei Federal 10.848/2004, foram assinados contratos com cláusula de prorrogação condicionada, com base na prescrição legal vigente até 2004.

Antes, portanto, do novo marco regulatório inaugurado com a Lei Federal 12.783/2013, havia o seguinte tratamento em relação às prorrogações concessórias de serviços de energia elétrica, nas suas modalidades de geração, transmissão e distribuição, com o panorama dessas situações concretas¹⁹⁰:

I) concessões de geração, distribuição e transmissão de energia elétrica (ou, doravante “três tipos”), contratadas anteriormente à data da publicação da Lei Geral de Concessões, ou seja, anteriores a 14 de fevereiro de 1995, com prazo de concessão vencido, indeterminado ou com a prestação em caráter precário: permite-se a prorrogação imprópria, de, no máximo, vinte anos (artigo 19 da Lei 9.074/95, e os dispositivos que a ela se reportam);

II) concessões dos três tipos contratadas anteriormente à data da publicação da Lei Geral de Concessões, com prazo de concessão a vencer: seguem rito da prorrogação prevista dos parágrafos segundo (para as concessões de geração, prorrogação por 20 anos) ou terceiro (para as concessões de transmissão e distribuição, por 30 anos) do artigo 4º da Lei Federal 9.074/1995;

¹⁸⁹ “Art. 27. Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4o e 19 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requeira.”(Revogado pela Lei nº 10.848, de 2004)

¹⁹⁰ Confira-se o detalhamento de tal classificação, criada pelo seguinte autor citado: COSTA FILHO, Paulo Gesteira. “Considerações sobre a prorrogação das concessões no setor elétrico brasileiro”. Em: Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório. São Paulo, MP Editora, n. 1, 2010, p. 145-146.

III) concessões apenas de geração com obras ou serviços paralisados ou atrasados na data de publicação da Lei Geral de Concessões: permite-se prorrogação imprópria por até 35 anos, conforme artigo 20 da Lei Federal 9.074/1995;

IV) concessões novas de geração contratadas entre a data de início da vigência da Lei Federal 9.074/1995 e a data discriminada pela Lei Federal 10.848/2004, de 11 de dezembro de 2003, como parâmetro temporal na nova redação do artigo 4º, parágrafo segundo, da Lei Federal 9.074/1995: fixação de prazo original por 35 anos com prorrogação por 20 anos; ou terceiro (para as concessões de transmissão e distribuição, fixação do prazo originário por 30 anos e possibilidade de prorrogação por mais 30 anos) do artigo 4º da Lei Federal 9.074/1995

VI) concessões novas de geração, contratadas posteriormente a 11 de dezembro de 2003: fixação de prazo máximo de 35 anos, com impossibilidade de prorrogação, em raciocínio de interpretação “a contrario sensu” do artigo 4º, parágrafo segundo da Lei Federal 9.074/1995, com a sua redação modificada pela Lei Federal 10.848/2004, e do parágrafo nono do mesmo artigo 4º;

VII) concessões de transmissão ou distribuição contratadas posteriormente à vigência da Lei Federal 9.074/1995: fixação do prazo originário por trinta anos, com possibilidade de prorrogação por 30 anos (parágrafo terceiro do artigo 4º da Lei Federal 9.074/1995);

VIII) concessões novas, ou decorrentes de prorrogações, nos três tipos provenientes do sistema de privatização da União Federal: prorrogação relacionada ao período necessário à amortização de investimentos, limitada a trinta anos e contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão (artigo 27, parágrafo primeiro da Lei Federal 9.074/1995);

IX) e, por fim, as concessões prorrogadas com fundamento no aproveitamento ótimo descrito no artigo 26, inciso V e parágrafo sétimo da Lei Federal 9.427/1996, no limite máximo de 20 anos, com o objetivo de amortização de investimentos.

Constata-se, portanto, um regime no qual convivem concessões de serviços públicos de energia elétrica com variados prazos de encerramento, a depender do tipo de outorga e prorrogação conferida à determinada concessionária, com possibilidade

de fixação de prorrogações com previsão específica no contrato de concessão e outras prorrogações de fundo essencialmente legal¹⁹¹.

Nessa perspectiva, a década de 2010 se avizinhava com a ocorrência de término do prazo de vigência de múltiplos contratos de concessão que haviam sido prorrogados na década de 1990, notadamente com prorrogação imprópria (decorrente da aplicação do regime do artigo 42 da Lei Geral de Concessões). Ou, ainda, subsistiriam contratos a encerrar na presente década e celebrados nos meados de 1990, que tinham, entre suas disposições, cláusulas, agora contratualizadas por força de lei cogente, de natureza prorrogatória de prazo de vigência¹⁹². Tal celeuma é mais relevante nos casos dos

¹⁹¹ Floriano de Azevedo MARQUES NETO analisa a natureza jurídica das prorrogações fixadas nos artigos 20, 22, parágrafo segundo, e 27, parágrafo primeiro da Lei Federal 9.074/95, entendimento a que podemos agregar o teor do artigo 19 da mesma lei, aos quais os primeiros fazem referência. Segundo MARQUES NETO, “a natureza jurídica da ‘prorrogação’ de que trata a Lei n. 9.074/95 deve ser esclarecida. É de se reconhecer que, a toda evidência, não se está diante de prorrogação em seu sentido pleno (prorrogação em sentido estrito), mas sim de repactuação de todas as condições contratuais (prorrogação imprópria), acompanhada da formalização de uma relação jurídica de fato anteriormente existente, mas profundamente modificada. É dizer, o comando de ‘prorrogação’ constante dos dispositivos legais diz com a relação de outorga da prestação dos serviços e não com a prorrogação propriamente de um contrato. Afinal, àquele tempo contrato não existia (as outorgas eram baseadas em atos do DNAEE) e, sendo assim, impossível prorrogar contrato não firmado. De fato, não seria admissível falar-se em prorrogação de relação contratual formal que antes não existia. Os contratos de concessão do setor elétrico foram confeccionados, disciplinados e celebrados com o advento da Lei n. 8.987/95 e a legislação que se seguiu. Antes disso, a relação jurídica de delegação baseava-se em atos unilaterais de outorga. Diante de tal quadro, há que se rechaçar a tese de que a celebração desses instrumentos poderia corresponder a “prorrogação” contratual. Quando a lei fala em “prorrogação” original, está na verdade usando um termo equivocado para se referir na verdade à dilação temporal da relação de outorga (concessão) de modo a permitir o alinhamento e a uniformização das concessões dentro de um marco regulatório novo. Tanto é assim que não há qualquer cabimento em falar-se em prorrogação quando as condições de prestação do serviço previstas na lei diferem radicalmente da prestação de serviços até então praticada. A alteração expressiva das condições de prestação de serviço, da posição jurídica de concessionário e Poder Concedente, do equilíbrio entre ônus e bônus da concessão indica que se tratou de efetiva repactuação de avenças, em conformidade com o panorama regulatório que se inaugurava, e não mera continuação da situação fática anteriormente verificada. (...) [A]s ditas ‘prorrogações’ iniciais envolveram a assinatura de novos contratos (por exemplo, a previsão constante do artigo 25 da Lei n. 9.074/95), com características absolutamente distintas das que governavam os serviços, antes da reforma setorial promovida. Não se pode a elas emprestar a conotação de prorrogação de uma relação jurídica, já que inaugura uma relação absolutamente inédita.” Nesse ponto, avalio que a noção de “prorrogação imprópria” avaliada por MARQUES NETO nesse exemplo se aproxima da ideia de renovação concessória, ao menos na questão do conteúdo da relação concessória verificado antes e depois da incidência do marco regulatório novo. Em: “A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória n. 579/2012”. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* (coords.), Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 913-914.

¹⁹² Confira-se: BATISTA, Romário de Oliveira. “Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor elétrico (sem licitação): verdades, meias-verdades e pontos para reflexão”. Em: Direito regulatório da energia Elétrica, Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Romario.pdf>. Acesso em 20 de março de 2014. Também: BRASIL. Congresso Nacional. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Aspectos legais e constitucionais acerca das concessões de energia elétrica a vencer em 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2010. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema16/2010_1265.pdf. Acesso em: 20 de março de 2014. Confira-se,

contratos de concessão de geração de energia elétrica, que tiveram suprimida, por lei, a possibilidade de se inserir nas outorgas contratuais as cláusulas de natureza prorrogatória do prazo¹⁹³.

Para fechamento, sobreveio a Lei Federal 12.783/2013. Cercada de polêmicas desde a sua edição sob a forma da Medida Provisória 579/2012, especialmente aquela voltada à identificação de um dever de a administração obrigatoriamente licitar os serviços ao cabo do prazo contratual das concessões, a nova lei trouxe mudanças de caráter estrutural ao setor de energia elétrica. Tinha a exposição de um objetivo principal para a sua edição: a partir da ponderação de que parte dos investimentos das concessionárias já estaria amortizado, o ganho que as concessionárias estariam auferindo seria utilizado para propiciar aos consumidores a modicidade tarifária, a partir da internalização dos benefícios decorrentes de ativos já amortizados ao longo da prestação do serviço público pelas empresas concessionárias então vigentes.

O mecanismo adotado pela Lei Federal 12.783/2013 não é inédito, já tendo sido utilizado na edição da Lei Federal 9.074/1995: combinou-se a técnica da prorrogação do prazo de vigência de um contrato de concessão de serviço público de energia elétrica, mediante a adoção do instrumento legal que autorizou a prorrogação, à aceitação, pelo concessionário disposto, de novas condições para a prestação do mesmo serviço, do mesmo objeto concedido.

O que difere, uma da outra, é justamente a finalidade apresentada pelo poder concedente: na mais recente, a finalidade é a busca da modicidade tarifária e da continuidade e eficiência na prestação de serviço; antes, prevalecia como fundamento final a garantia de amortização de investimentos dos concessionários.

igualmente: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MONTES, Danilo Leal. “Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções”. Em: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, Fórum, v. 46, p. 75-95, 2011.

¹⁹³ Sobre o tema, Floriano de Azevedo MARQUES NETO defende que a revogação do artigo 27 da Lei Federal 9.427/95, dispositivo que permitia a inserção da prorrogação em contratos de concessão de energia elétrica nos seus três tipos de expressão – geração, transmissão e distribuição –, não consistiu em proibição superveniente a que os contratos de concessão que efetivamente tenham sido assinados pudessem se valer dessa possibilidade prorrogatória. Como motivos a seu entendimento, primeiro sustenta a vigência plena do dispositivo à época da celebração do contrato e a regra constitucional do ato jurídico perfeito. Num segundo, indica que o ato de revogação não implica necessariamente em inserção de um comando proibitivo na lei, houve apenas a retirada de uma permissão legal e o restabelecimento de um silêncio sobre a matéria. Em: “A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória n. 579/2012”. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* (coords.), Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 914-915.

Também, a diferenciação se revela da questão da transitoriedade da solução da prorrogação: enquanto a disciplina da Lei Federal 9.074/1995 estava apoiada na determinação da Lei Geral de Concessões sobre o tema de concessões vencidas ou com prazo indeterminado, a Lei Federal 12.783/2013 traz um regime igualmente transitório e de aplicação limitada às concessionárias que se insiram nas suas categorizações, mas se embasa não numa lei anterior de caráter geral, mas sim ostenta normatividade suficiente, expostas nos motivos à edição da Medida Provisória pela Presidente da República.

O âmbito de incidência da Lei Federal 12.783/2013, quanto aos serviços públicos de energia elétrica, é restrito a dois tipos de concessões.

Primeiro, àquelas concessões que haviam sido prorrogadas com base na disposição do artigo 19 da Lei Federal 9.074/1995, dispositivo que, por sua vez, fazia referência à Lei Geral de Concessões. Tais concessões eram identificadas pelas concessões de geração, transmissão e distribuição de energia que se encontravam vencidas, ou com prazo indeterminado, ou em prestação em caráter precário por ocasião de fevereiro de 1995. A essas, havia sido outorgado, pelo regime de 1995, um prazo de vinte anos para que recuperassem e amortizassem os investimentos feitos com os resultados da exploração. Agora, essas concessionárias se submeterão a novas condições discriminadas pela lei, variando de acordo com o tipo de concessão tratada. São aplicáveis: às concessões de geração (artigo 1º, cabeça e parágrafo primeiro, incisos I a III, especialmente); de transmissão (artigo 6º, cabeça e parágrafo único) e, finalmente, às de distribuição (artigo 7º, cabeça e parágrafo único).

Segundo, às concessionárias de geração de energia hidrelétrica que foram ou não prorrogadas de acordo com o artigo 19 da Lei Federal 9.074/1995, ou que estivessem com pedido de prorrogação em tramitação. Note-se que, nessa última hipótese, o legislador não foi específico em determinar que tipo de requerimento de prorrogação ele estaria tratando: se a prorrogação requerida com base em cláusula contratual, ou se requerida com base na lei de regência anterior à edição da Lei Federal 12.783/2013.

A lei ainda fixou os procedimentos das prorrogações, complementadas pelos regulamentos em decretos (os Decretos Federais 7.805/2012, 7.891/2013 e 8.461/2015) e atos normativos expedidos pela ANEEL.

Na hipótese de a prorrogação de tais concessões não for requerida e deferida, a licitação é o procedimento fixado na lei como a opção do poder concedente (artigo 8º).

O que se discute, quanto ao novo regime tratado pela Lei 12.783/2013, é se a técnica adotada por ela para a extensão do prazo de exploração do serviço concedido se caracteriza como uma prorrogação própria, uma prorrogação imprópria, ou uma renovação de contrato.

Primeiro, devemos investigar se a lei em debate introduz hipótese de renovação do contrato de concessão, ou de prorrogação do seu prazo de vigência. É essencial, portanto, saber se a relação concessória estabelecida entre poder concedente e concessionário a partir da aceitação pelo concessionário e deferimento pelo poder concedente é uma relação única, que teve apenas alterado o termo final de sua vigência. Ou se ela foi encerrada, extinta por rescisão bilateral entre as partes, e inaugurada uma nova relação, sob novas balizas contratuais.

Nesse particular, ainda que a relação jurídica tenha alterado substancialmente no que diz respeito às obrigações assumidas pela concessionária na prestação dos serviços, temos que a relação concessória do prazo originário não se extinguiu, persiste com seus efeitos. Não houve o fechamento da conta do período concessório anterior à aceitação, pela concessionária, das condições propostas pelo Governo Federal. Houve, portanto, uma prorrogação, mantida a relação única.

Por outro lado, descendo à classificação da prorrogação, vemos se tratar de uma prorrogação imprópria, visto que houve uma repactuação relevante das condições que informavam a prestação do serviço concedido, mediante a aceitação dos condicionamentos pela concessionária.

De acordo com a conceituação versada nesse trabalho sobre prorrogação própria e imprópria de concessão de serviço público (tópico 3.2.1.), a prorrogação deve ser classificada como imprópria, não só pela ausência de disposição contratual sobre tal prorrogação, mas também pelo seu caráter predominantemente operacional, de permitir a continuidade da exploração dos serviços públicos em regime transitório de exploração.

Prosseguimos com a análise do último setor regulado selecionado, relativo às concessões de saneamento básico.

4.1.3.3. CONCESSÕES EM SANEAMENTO BÁSICO

Como breve histórico¹⁹⁴ do saneamento básico na realidade brasileira, temos que a referência explícita a ações de saneamento básico foi trazida, pela primeira vez, apenas com a Constituição Federal de 1988, o que não significa, de modo absoluto, que a questão do saneamento tenha passado ao largo da sensibilidade do administrador público nesses séculos XIX e XX¹⁹⁵.

As demais Constituições do período da República, a reflexo do que se afirmou em relação ao histórico no setor de energia elétrica, fez referência genérica a

¹⁹⁴ Confira-se para aprofundamento. Destacando a ênfase da alteração do perfil de contratação pública no setor de saneamento, com a transição do modelo de concessões-convênio para novos convênios de delegação de saneamento básico: SOUZA, Rodrigo Pagani de. Convênio Administrativo de Delegação de Serviço Público de Saneamento Básico: regime jurídico. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 92-142. Sobre o panorama da utilização da concessão no setor de saneamento básico: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), Parcerias público-privadas. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 298-348, notadamente p. 328-348; também em: SOUZA, Rodrigo Pagani de. “A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), Parcerias público-privadas. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 349-372. Sobre a realidade da evolução no Estado de São Paulo, conferir: TRINDADE, Karla Bertocco. “A Construção de um novo modelo institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo”. Em: Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 287-313. Sobre o panorama histórico da evolução jurídica do saneamento básico: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico”. Em: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15-48. Sobre a especificidade da exploração do serviço de saneamento básico por empresa estatal: SUNDFELD, Carlos Ari. “O saneamento básico e sua execução por empresa estadual”. Em: Revista Diálogo Jurídico, Salvador-BA, ano 1, vol. I, n. 5, agosto de 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 17 de julho de 2014. Sobre a gestão compartilhada do saneamento básico, confira-se: BORELLI, Raul Felipe. Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br. Acesso em: 17 de julho de 2014. Para uma visão geral articulada do saneamento, confira-se: ALVES, Alaôr Caffé. Saneamento básico – concessões, permissões e convênios públicos. São Paulo: Edipro, 1998; CARVALHO, Vinicius Marques de. O Direito do Saneamento Básico. Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹⁹⁵ Registramos, por sinal, relevante histórico apresentado em sítio eletrônico oficial da Secretaria de Saneamento e Energia do Governo do Estado de São Paulo. Extrai-se desse relato que as medidas e projetos elaborados a fim de constituir o sistema de saneamento ambiental, primeiro pensado na perspectiva de adução e distribuição de água na cidade de São Paulo, vem datado do ano de 1842. A construção de rede de esgotos foi projetada a partir do ano de 1876 na capital paulista. Há informação, nesse histórico, que o Governo Estadual teria celebrado um contrato de concessão com a Companhia Cantareira de Águas e Esgotos no ano de 1877, e o rescindiu em 1893, a fim de, organizando-se, prestar diretamente os serviços por meio de órgão interno, a Repartição de Águas e Esgotos da Capital, subordinada à Secretaria de Agricultura, Comércio e Obras Públicas, órgão que posteriormente foi sucedido pelo Departamento de Águas e Esgotos – DAE, no ano de 1954. Disponível em: <http://www.saneamento.sp.gov.br/historico.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

competência legislativa da União para tratar sobre as águas, importante elemento integrante das fases de saneamento ambiental. Como também eram expressivas as referências de complementação dessa competência pelos Municípios e Estados. E também se explicitavam aos Municípios tratar legislativamente sobre matérias de interesse local, realidade na qual o saneamento básico se inseria.

A Constituição de 1988 fixou a política de se distribuir as competências legislativas aos entes políticos federal, estadual e municipal, reservando à União Federal a competência de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano e sobre o saneamento básico (artigo 21, inciso XX¹⁹⁶). Atribuiu, ainda, aos três entes citados a competência comum de promoção de programas para melhoria das condições de saneamento básico, em conjunto com outros programas de aprimoramento habitacional (artigo 23, inciso IX¹⁹⁷). Fixou como dever a articulação de políticas de saneamento com o sistema único de saúde, evidenciando o caráter público e coletivizado das soluções tomadas para a prestação desse serviço concedido (artigo 200, inciso IV¹⁹⁸). Finalmente, repetem-se as mesmas palavras já ditas no setor de energia elétrica quanto a questão do aproveitamento industrial da água, verificada no seu processo produtivo para abastecimento das populações, competindo à União Federal a competência privativa de legislar sobre as águas (artigo 22, inciso IV), observadas, ainda, as restrições postas no próprio conteúdo da Carta Magna vigente (a exemplo do artigo 231, parágrafo terceiro¹⁹⁹). Ainda, de modo reflexo, faz-se referência à possibilidade de gestão associada na prestação dos serviços públicos de interesse comum entre os entes políticos (artigo 241), além de atribuir aos Municípios a competência de organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (artigo 30, V).

¹⁹⁶ “Art. 21. Compete à União:

(...)XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;”

¹⁹⁷ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

¹⁹⁸ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;”

¹⁹⁹ “Art. 231. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.”

A respeito, nota-se a influência de um silêncio da Constituição da República de 1988 sobre a que ente político atribuir a competência para a exploração dos serviços de saneamento básico, questão que redundou polêmica quanto aos serviços de saneamento que ostentem projeção em territórios de vários entes políticos até recentemente, com o advento do julgamento no Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ no ano de 2013. O STF definiu que Estados e Municípios deveriam exercitar gestão conjunta de serviços que são integrados em seus territórios, com participação paritária em conselho de gestão, seja criado por meio de gestão associada, seja pela instituição de região metropolitana, microrregião ou aglomerado urbano. Reforçou-se, com esse julgamento, a jurisprudência de que caberia aos municípios prestar os serviços de saneamento de projeção exclusivamente local, na esteira da previsão de sua competência material prevista no artigo 30, inciso V.

Quanto ao direito positivo infraconstitucional sobre as concessões de saneamento básico, mencionamos como leis de destaque: o Código de Águas; a Lei Nacional de Diretrizes do Saneamento Básico, Lei Federal 11.445/2007; e Lei dos Consórcios Públicos, Lei Federal 11.107/2005, a penúltima a que compete o exato detalhamento do que se pode compreender integrado na noção de saneamento básico vigente no ordenamento brasileiro²⁰⁰.

O Código de Águas foi um relevante instrumento para disposição do instrumento da concessão da outorga de uso da água para destinação a um serviço público, indicando o processo de concorrência pública e possibilidade de renovação ao concessionário anterior, estipulando, ainda, possibilidade de prioridade à manutenção da outorga concedida (artigo 44).

Nesse meio tempo, foi criado pelo Governo Federal o Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, implantado a partir do início da década de 1970 e que tinha por meta universalizar os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no país, a proporção de 80% e 50%, respectivamente, de abrangência da população urbana do país, até o ano de 1980. A instituição do PLANASA ainda determinou a concentração dos

²⁰⁰ Confira-se: VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. “Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem?” Em: *Revista Ambiente & Sociedade*, Vol. VII, n. 2, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n2/24688.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2014.

serviços de saneamento sob a responsabilidade e execução direta por empresas estaduais de saneamento criadas para este fim, superando-se a visão municipalista da prestação²⁰¹. Outorgas então foram ajustadas pelos municípios em direção às companhias estaduais de saneamento, com a fixação de cláusula de prorrogação automática ao fim do prazo originário da concessão. Na perspectiva de encerramento desses contratos e de significativas mudanças da política setorial surgem os questionamentos sobre a validade e eficácia dessa cláusula.

Sobre as leis vigentes, quanto à Lei dos Consórcios Públicos, deve ser ressaltado que a lei indica se tratar o consórcio público de uma forma contratual para que diversos entes políticos possam realizar objetivos de interesse comum (artigo 1º), que impactem sobre a gama de prerrogativas públicas e prestacionais de todos os envolvidos num pacto de consórcio, com os limites respeitadores da Constituição Federal.

No que diz respeito à área de saneamento básico e as possibilidades de contratação de concessão de serviço público, os consórcios públicos podem adotar essa forma de prestação do serviço, mediante autorização prevista no próprio contrato de consórcio (artigo 4º, inciso XI, alínea “c”, sobre o conteúdo obrigatório do protocolo de intenções prévio à celebração do consórcio), que indicará o objeto da concessão e as condições a que deverá atender, inclusive a legislação pertinente (artigo 2º, parágrafo terceiro). As mesmas disposições constam do Decreto 6.017/2007 (artigos 20 e 21²⁰²). De relevo ainda destacar que contratos de programa podem ser celebrados por entidades de

²⁰¹ GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Saneamento e Energia. Seção “Histórico”. Disponível em: Disponível em: <<http://www.saneamento.sp.gov.br/historico.htm>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

²⁰² “Art. 20. Os consórcios públicos somente poderão outorgar concessão, permissão, autorização e contratar a prestação por meio de gestão associada de obras ou de serviços públicos mediante:

I - obediência à legislação de normas gerais em vigor; e

II - autorização prevista no contrato de consórcio público.

§ 1o A autorização mencionada no inciso II do caput deverá indicar o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, inclusive metas de desempenho e os critérios para a fixação de tarifas ou de outros preços públicos.

§ 2o Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos ou, no caso de específica autorização, serviços ou bens de ente da Federação consorciado.

Art. 21. O consórcio público somente mediante licitação contratará concessão, permissão ou autorizará a prestação de serviços públicos.

§ 1o O disposto neste artigo aplica-se a todos os ajustes de natureza contratual, independentemente de serem denominados como convênios, acordos ou termos de cooperação ou de parceria.

§ 2o O disposto neste artigo não se aplica ao contrato de programa, que poderá ser contratado com dispensa de licitação conforme o art. 24, inciso XXVI, da Lei no. 8.666, de 21 de junho de 1993.”

direito público ou privado da administração indireta de entes da federação consorciados ou conveniados e que sejam contratados para a prestação do serviço de saneamento (artigo 13, cabeça e parágrafos da Lei).

Já a Lei 11.445/2007 definiu as diretrizes sobre a exploração do serviço de saneamento básico, compreendido legalmente como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, além do manejo de águas pluviais urbanas (artigo 3º, inciso I). Foi ainda determinado que os contratos relativos à prestação de serviços públicos de saneamento básico deveriam obedecer um conteúdo mínimo, que correspondia à existência de um plano de saneamento básico, estudo comprovando viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços de acordo com o plano, normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da lei, incluindo a designação de entidade de regulação e fiscalização e, finalmente, a realização de audiência e consulta públicas sobre o edital de licitação na eventualidade de se determinar a concessão dos serviços (artigo 11). Há referência também à possibilidade de outorga de concessão a empresa privada a quem se tenha concedido a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico (artigo 16, inciso II). Sobre o plano de saneamento, serão editados pelos respectivos titulares dos serviços públicos, com permanente agenda de revisão (artigos 19, cabeça e parágrafo primeiro, e 51). Nessa medida, é o plano de saneamento básico constituído como a diretriz fundamental da perspectiva da nova prestação de serviços de saneamento. A técnica prorrogatória das concessões não foi especificada nesse novo regime jurídico, o que se traz a possibilidade de se compreender, subsidiariamente, aplicável sobre esse assunto a disciplina tratada nas normas gerais da Lei Federal 8.987/95, no aspecto em que compatível com a disciplina das leis especiais. Assim como a persistência do instrumento de concessão se vislumbra persistente como método possível de os entes políticos determinarem a prestação de seus serviços públicos, observadas, logicamente, as inovações necessárias e obrigatórias previstas no novo marco regulatório do saneamento – a exemplo

da exigência obrigatória de observância ao plano de saneamento do ente político concedente²⁰³.

Traçados os históricos dos setores regulados selecionados para o exercício de investigação jurisprudencial e definidas as peculiaridades gerais da técnica prorrogatória da concessão de serviço público em cada um deles, passamos à análise dos resultados da jurisprudência.

4.2. EXAME DA JURISPRUDÊNCIA: TRIBUNAIS SUPERIORES

O primeiro agrupamento de resultados de acórdãos a analisar será o dos Tribunais Superiores, de destacado papel orientativo e vinculativo à jurisprudência dos outros tribunais do país.

4.2.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O Supremo Tribunal Federal, por força constitucional, possui a competência precípua de “guarda da Constituição”.

Cabe-lhe, em competência privativa e originária, o processamento e julgamento de ações que basicamente envolvam autoridades com foro privilegiado (a exemplo do artigo 102, inciso I, alínea “b”, “c” e “d”), ou causas com fundamento constitucional, especialmente ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, além do julgamento de medidas cautelares das ações diretas de inconstitucionalidade (artigo 102, inciso I, alíneas “a” e “p”), ou causas que tenham por matéria conflito entre a União e outros Estados ou Distrito Federal (artigo 102, inciso I, alínea “f”), além de conflitos de competência entre Tribunais Superiores, ou entre qualquer

²⁰³ Com uma análise a respeito da técnica prorrogatória imprópria da concessão de serviço público vigente com o advento da Nova Lei Nacional de Diretrizes de Saneamento Básico, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo: pareceres. São Paulo: Atlas, 2015, p. 268-294.

Tribunal Superior e outros Tribunais (artigo 102, inciso I, alínea “o”). A título de competência derivada, há a possibilidade de julgamento de recursos ordinários (artigo 102, inciso II) ou extraordinários (artigo 102, inciso III), notadamente nesse último caso quando as causas forem decididas em única ou última instância e a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, e “c”, respectivamente).

A Constituição Federal ainda regula matérias pertinentes a respeito do âmbito subjetivo das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, sobre as pessoas e entidades autorizadas à sua propositura e as pessoas que deverão necessária ou facultativamente intervir nesses casos (artigo 103).

Ressalte-se, também, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas, de teor vinculante, relacionadas a entendimento jurisprudencial pacificado decorrente de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmulas que terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas (artigo 103-A, cabeça) e terão por objetivo a declaração de validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, com reflexo em grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (artigo 103-A, parágrafo primeiro).

A propósito dos resultados da pesquisa quantitativa²⁰⁴, foram selecionados à análise onze acórdãos pertinentes, apresentados por ordem cronológica da data de julgamento, da mais antiga para a mais próxima da atualidade.

²⁰⁴ A pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal – STF foi efetuada na data de 18 de junho de 2015. A primeira proposta de pesquisa realizada foi a adoção das palavras-chave “prorrogação” e “concessão”, com o parâmetro “booleano” “e” entre os termos. Houve 56 resultados, dos quais 14 eram pertinentes ao tema geral da concessão de serviço público. Desses quatorze resultados, onze foram pertinentes e três foram excluídos por não atender aos padrões da pesquisa: o RE 598.725-AgR/SP (o contrato debatido tem natureza de concessão de uso de bem público); MS 24.785/DF (trata-se de contrato administrativo regulado pela Lei Federal 8.666/93, de natureza de prestação de serviços) e o RMS 1.835/DF (proferido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988). Numa outra opção de pesquisa, desdobrada da anterior e que a ela se reporta, foi utilizado um padrão mais abrangente, adotada como filtro a menção expressa ao artigo 175 da Constituição Federal, mecanismo possibilitado pelo serviço de busca do STF. Somaram-se, nessa pesquisa suplementar, três acórdãos para a pesquisa, que não constavam da primeira checagem, são eles a ADI 3.070, o RE 423.560/MG e o AI 837.832 AgR/MG. Após a análise de conteúdo, o acórdão da ADI 3.070 foi excluído, pois o debate se restringe a tratamento privilegiado em licitação, não relacionada à aplicação do artigo 175 da Constituição de 1988. O segundo, o RE 423.560/MG, e o terceiro, AI 837.832/MG, também foram excluídos em decorrência de não debate sobre prorrogação de concessão de serviço público. No total, foram apurados dos acórdãos pertinentes ao tema da concessão de serviço público, 11 relacionados à prorrogação concessória: AgRg no RE-Ag 805.715/PE; RE 603.530-AgR/MT; AgRg no

4.2.1.1. ADI 118-3-MC/PR

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 118 foi proposta pelo Governador do Estado do Paraná contra a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, para impugnar dispositivo da Constituição do Estado, recém-promulgada, que assegurava a empresas que já prestavam com tradição o serviço de transporte coletivo de passageiros, por ato delegatário de qualquer natureza e com prazo de vigência vencido ou a vencer, o direito de dar continuidade aos mesmos serviços que vinham prestando, mediante prorrogações ou renovações das respectivas delegações (artigo 146, parágrafo terceiro, da Constituição Estadual do Paraná).

Nas alegações da ação direta, constavam os seguintes argumentos: 1) o dispositivo legal impugnado, parágrafo terceiro, contraria a cabeça do mesmo dispositivo, artigo 146 da Constituição Estadual; 2) o preceito viola o artigo 5º, cabeça, da Constituição Federal, por contrariar o princípio de igualdade jurídica; 3) viola o artigo 1º e o artigo 170, também da Constituição Federal, por bloquear a livre iniciativa e a livre concorrência; 4) viola, ainda, o artigo 173, parágrafo quarto, da Constituição Federal, por estimular dominação de mercado; e, finalmente, 5) burla a regra que prescreve a exigência de licitação para a contratação de concessão de serviço público.

Em sede de medida cautelar, a votação no Plenário do STF foi tomada por maioria de votos, favorável à concessão da medida de cautela, suspendendo a eficácia do dispositivo legal impugnado. O julgamento foi realizado em 25 de outubro de 1989.

O Relator Sorteado, Ministro Aldir Passarinho, ficou vencido, ao veicular o seu entendimento e decisão pelo indeferimento da liminar. Nos fundamentos adotados no seu voto, registra-se a sua compreensão de que o dispositivo questionado respeitava e garantia a continuidade da exploração do serviço público, ressaltando que essa continuidade estava condicionada ao atendimento de direitos dos usuários, à política tarifária e ao cumprimento da obrigação de manutenção do serviço adequado. Em seu voto, ainda mencionou o perigo de dano inverso, para a hipótese de se deferir a cautela e se

AI 782.928/RS; AgRg no RE 421.921/MG; AI 811.212-AgR/RS; ADI 3.521/PR; HC 84.137/RS; ADI 1.582/DF; ADI 2.005-MC/DF; ADI 1.827-5/SP; ADI 118-3-MC/PR.

determinar a imediata realização de licitações, já que os futuros vencedores dessas licitações a serem abertas poderiam ter prejuízo com a desativação de suas linhas caso fosse julgada improcedente a ação direta, ao final, bem como as então prestadoras, amparadas pela prorrogação legal, poderiam ter transtornos no desempenho de suas atividades.

Na sequência, o Ministro Paulo Brossard inaugurou a série de votos divergentes. Deferia a medida cautelar, em razão da relevância do fundamento jurídico. Afirmou que a regra geral quando do advento do termo contratual das concessões de serviço público não é a interrupção abrupta da prestação do serviço, mas sim a cominação à administração pública de um dever de, com antecedência, se planejar para tal encerramento de prazo, publicar editais de licitação, ou, alternativamente, prorrogar a título precário as outorgas existentes, por prazos curtos, de meses, somente para evitar o prejuízo à continuidade da prestação do serviço público. Sustentou, ainda, que o dispositivo legal traz um vício legislativo, por ele intitulado de “retrato”, já que o artigo de lei não contém um preceito geral e impessoal, mas um “retrato” de uma situação concreta com a adoção, em simultâneo, de uma determinada solução.

Também divergindo, o Ministro Sepúlveda Pertence concedeu a cautelar para a suspensão da eficácia do dispositivo legal impugnado, considerando que a licitação deve ser imediatamente realizada e que haverá meios, sistemas rotineiros de manutenção de continuidade do serviço público.

Já o Ministro Célio Borja acompanhou o Relator Sorteado e indeferiu a cautelar, sustentando o mesmo argumento de perigo de dano inverso no caso de julgamento de improcedência da ação direta para embasar a sua posição. Compreendeu que a perda será de todos os agentes envolvidos caso seja instaurado o processo licitatório, tanto ao Estado do Paraná, quanto a licitantes, ou empresas que executavam o serviço e tiveram interrupção, e, ao fim, os usuários. Citou, ainda, a ausência de demonstração, por prova documental específica, de risco de dano ou prejuízo irreparável ou perigo da demora.

O Ministro Carlos Madeira proferiu voto divergente do Relator Sorteado, para deferir a cautelar. Apoiou-se nos textos dos artigos 37, inciso XXI, e 175, da Constituição Federal, que tratam da exigência de licitação prévia para a contratação pública, notadamente para a concessão de transportes, afirmando que a prorrogação legal efetivada na Constituição paranaense viola frontalmente o princípio da licitação.

O Ministro Sydney Sanches decidiu de forma divergente do Relator Sorteado, ao deferir a cautelar fundado na tese da existência do perigo da demora. Faz diagnóstico interessante, ao afirmar que a licitação é um processo natural da contratação pública, indicando que ao cabo de um prazo de um contrato de concessão, o caminho da normalidade seria a realização da licitação. Esse procedimento licitatório, a ser aberto, sempre traria o risco de não acomodar todos os interesses dos potenciais licitantes, já que sempre haverá uma empresa, vencedora do certame, selecionada em detrimento de outra. Avalia, num outro argumento, que a norma que defere a prorrogação às empresas tradicionais de transporte paranaense ostenta caráter de norma permanente que “contraria o interesse público”.

Aderindo ao voto do Relator Sorteado, o Ministro Moreira Alves indeferiu a cautelar, ponderando, da coletânea dos votos já proferidos, que o STF estava se preocupando, naquele momento, com o princípio da moralidade pública, que, a seu ver, não estaria sendo violado. Aponta, como outra razão de decidir, a ausência de prova de perigo da demora e de irreparabilidade do dano relatado na petição inicial da ação direta.

O Presidente do STF à época, Ministro Néri da Silveira, foi designado como Relator para o acórdão e deferia a cautelar. Citou no seu voto trecho da petição inicial, em que se mencionou a existência de dados técnicos realizados pelo Governo do Estado do Paraná com indicação do número total de linhas concedidas (813 no total, sendo 112 linhas metropolitanas e 701 intermunicipais) e o receio do Governo paranaense quanto à impossibilidade total de licitação dessas linhas e à impossibilidade de se criar novas linhas, pois se trataria de uma decisão incompatível com os termos das outorgas existentes, que preservavam o direito de exclusividade de exploração das linhas. Com base nessa exposição, o Ministro sustentou o risco de paralisia de ação administrativa do Governo do Estado, de exercício de sua própria competência de organizar a prestação de serviço público de transporte intermunicipal e metropolitano. Fez ainda referência a outro trecho da petição inicial, destacando a relevância da disponibilidade do instrumento concessório – e, por consequência, a fixação de prazo dessa concessão – para o poder público garantir a qualidade do serviço e aplicação de constante investimento das concessionárias no aperfeiçoamento da frota e melhoria dos serviços. A medida prevista no dispositivo legal questionado, de prorrogação do prazo da concessão, suprimiria essa possibilidade de ação administrativa. O Ministro realça que o deferimento da cautelar terá por efeito imediato a

restituição do exercício pleno da competência do Estado e considera que o dispositivo legal impugnado cria situação de exclusividade às concessionárias e retira estímulo à melhoria da qualidade do serviço.

Analisando a suma dos fundamentos dos votos vencedores, avalia-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar nessa ADI 118/PR, adotou dois fundamentos prioritários para deliberar pelo deferimento da suspensão do dispositivo legal: (a) a obrigatoriedade do dever de licitar ao término do prazo contratual da concessão de serviço público e a impossibilidade de criação de prorrogação, por lei, que afaste esse dever; (b) a competência exclusiva do Poder Concedente de organizar a prestação do serviço público, inclusive mediante a fixação do prazo, hipóteses de prorrogação concessória e desencadeamento dos processos licitatórios à contratação de concessões e manutenção excepcional da prestação de serviços públicos. A prorrogação versada na lei tinha embasamento numa suposta garantia de continuidade do serviço público e não era livre, pois tinha condicionamentos a serem observados, mas não foi um aspecto determinante a ser considerado pelos votos vencedores. Não houve análise ou ressalva a respeito de eventuais direitos das concessionárias, ligados às disposições contratuais, nem consideração sobre a alternativa de retomada da prestação dos serviços pelo próprio Estado, visto que essa opção administrativa estaria descartada de acordo com os termos da petição inicial da ação direta.

É de se entrever desse julgado – o primeiro sobre o tema da prorrogação concessória na vigência da Constituição de 1988 – que, mesmo em sede de medida cautelar, o STF tomou uma direção de considerar incompatível com a Constituição Federal, então recém-promulgada, eventual norma que fixasse, por lei, o direito de prorrogação à concessionária de serviço público, por afronta à exigência do dever de licitar.

Ainda deve ser ressaltado o fato de a técnica prorrogatória por lei utilizada tinha destinatários específicos e concretos, quais sejam, as empresas concessionárias que exploravam, naquele momento, serviços públicos de transporte coletivo de passageiros intermunicipal ou metropolitano.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 118 não chegou a ser julgada no mérito, em razão da perda superveniente de objeto, caracterizada pela revogação do dispositivo impugnado pela própria Assembleia Legislativa do Paraná.

4.2.1.2. ADI 1.827/SP

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.827/SP foi proposta pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores contra Resolução 61/1998, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). O julgamento foi realizado pelo Pleno em 13 de maio de 1998.

As alegações pela procedência foram sustentadas na suposta contrariedade do ato normativo da autarquia federal ao artigo 175 da Constituição Federal, quando a Resolução estaria efetuando a delegação de concessão e permissão de serviços públicos de energia elétrica sem obedecer ao “princípio da licitação” a que está sujeita a administração pública.

No artigo 1º da mencionada resolução, dispunha-se sobre a outorga de novas concessões à CELPA – Centrais Elétricas do Pará S/A – para a prestação de serviço público de geração e distribuição de energia elétrica, condicionadas as expedições das novas outorgas à concordância da ANEEL em relação às regras a serem estabelecidas no processo de privatização dessa companhia.

Afirmava-se na petição inicial que a adoção da alienação das ações da empresa estatal concessionária em conjunto com o próprio objeto da concessão só seria admissível se fosse realizada licitação, em conformidade com o artigo 27, cabeça e parágrafo terceiro, da Lei Federal 9.074/1995. Na visão do proponente, haveria necessidade de se compatibilizar os diferentes procedimentos licitatórios fixados para a venda das ações das empresas estatais (critério de maior preço, por lance ou oferta, por ação, em sistema de leilão, que revelaria uma forma de “dispensa de licitação”) e para a venda de concessão de serviço público (critério do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, ou do maior preço a ser pago ao poder concedente pela outorga da concessão, por concorrência, que não admite dispensa). A ANEEL, segundo o proponente, estaria deferindo a outorga de nova concessão à CELPA em razão de seu processo de alienação societária, apenas com o leilão da venda das ações a ser realizado pelo Estado do Pará. No resumo desse argumento na petição, “quem comprar as ações que estão sendo ofertadas leva, de cambulhada, sem qualquer licitação, a concessão do serviço público de

geração e distribuição de energia elétrica por 60 anos (30 + 30), tornando a população um mercado cativo, sem qualquer comprovação de capacitação técnica ou compromisso de menor tarifa” (p. 09/10). E, ao ver do proponente, nesse processo de “privatização de empresas exploradoras de serviço público” seria imperativa a realização de licitação para buscar a melhor prestação de serviço público, mediante a menor tarifa, na conformidade do artigo 15, inciso I, da Lei Federal 8.987/1995.

Como se nota, a temática da prorrogação da concessão de serviço público se insere incidentalmente no presente caso, em virtude da possibilidade de a outorga da nova concessão à CELPA, no regime jurídico daquela época, se estender pelo prazo de vigência de 30 (trinta) anos, prorrogáveis por outros 30 (trinta) anos, gerando, portanto, um prazo possível de exploração de sessenta anos. A reclamação do proponente da ação direta se baseia essencialmente na tese de incompatibilidade do leilão de ações da CELPA como método aplicado para transferir a concessão, antes outorgada à CELPA, à empresa que se sagrar vencedora desse mesmo leilão e vier a assumir a prestação do serviço público.

A decisão pelo não conhecimento da ação foi tomada em votação unânime e o acórdão foi relatado pelo Ministro Néri da Silveira, o único a proferir voto.

Em seu voto, o Ministro Relator considerou que o preceito normativo impugnado, a Resolução da ANEEL, trata especificamente de uma empresa, a CELPA, ostentando um caráter de ato administrativo concreto e material. Inexistia, portanto, uma disposição normativa de caráter geral, abstrato e imperativo, a única passível de sofrer o controle concentrado de constitucionalidade. Menciona precedentes da Corte, nos julgamentos das ADI 1.811-2/DF, ADI 1.066-MC/DF e ADI 1.798/DF, em que se adotou o semelhante posicionamento.

A relevância do caso fica notada em dois pontos, a saber, a adoção da tese de limitação do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, com efeito na restrição do emprego desse instrumento processual para a invalidação do ato administrativo concreto que possua incompatibilidade com a Constituição Federal, e também o questionamento jurídico quanto ao emprego da modalidade de leilão para a realização do processo de privatização de empresas estatais em movimento conjugado com novas outorgas, ou prorrogações de concessões existentes.

Observa-se, também, a existência de destinatário concreto no ato administrativo impugnado, qual seja, empresa estatal concessionária de geração de energia elétrica.

4.2.1.3. ADI 2.005-MC/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.005 foi proposta por dois partidos políticos (Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Socialista Brasileiro – PSB) contra o Presidente da República, impugnando o texto da Medida Provisória 1.819-1/1999. O julgamento da medida cautelar foi realizado pelo Pleno em 26 de maio de 1999.

O acórdão foi relatado pelo Relator Sorteado, Ministro Néri da Silveira. Muito embora tenha colhido divergências ao longo do julgamento quanto à extensão do conhecimento da ação, ocasião em que ficou vencido em parte, o voto do Relator Sorteado foi adotado como condutor em relação à matéria de mérito, por unanimidade de votos, com deferimento da medida cautelar para suspender, até o julgamento final da ação, a eficácia da Medida Provisória sob ataque.

No geral, a Medida Provisória impugnada alterava dispositivos legais relacionados à regulamentação do setor de energia elétrica, determinado pela Lei Federal 9.427/1996.

No que diz respeito à prorrogação da concessão de serviço público, o artigo 5º da Medida Provisória impugnada modificava a redação do artigo 3º, inciso IV, da Lei Federal 9.427/1996. Antes, na redação original, o referido dispositivo atribuía à ANEEL a competência de “celebrar e gerir os contratos de concessão ou e permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica”. Com a redação modificada pela Medida Provisória, ficava determinada à ANEEL a competência de “expedir os atos de outorga das concessões, permissões, autorizações e suas prorrogações para exploração de serviços e instalações de energia elétrica e para o aproveitamento de potencial hidrelétrico, celebrar e gerir os respectivos contratos, bem como fiscalizar,

diretamente ou mediante convênio com órgãos estaduais, os serviços e instalações concedidos, permitidos ou autorizados”.

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade aponta violação do artigo 246 da Constituição Federal de 1988, com redação modificada pela Emenda Constitucional 6/1995. Segundo o novo texto dessa disposição, “[é] vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.” E a Medida Provisória impugnada faria alteração de dispositivos legais que regulam a atividade de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica ou energia elétrica, fixados no artigo 176, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, sem os necessários debates e deliberações parlamentares, apontados como mecanismos indispensáveis à garantia da segurança jurídica no país e à preservação da competência legislativa do Congresso Nacional expressa na cabeça do artigo 48 da Constituição Federal, e a da União Federal para legislar sobre “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”, prevista no inciso IV do artigo 22 da Constituição Federal.

A questão atinente ao artigo 5º da Medida Provisória foi objeto de votação, por maioria, pelo conhecimento em seu mérito, no âmbito da medida cautelar, vencido o Ministro Nelson Jobim.

Especialmente quanto ao mérito da questão, no voto do Ministro Relator Sorteado, Néri da Silveira, foi decidido que a alteração provocada pela Medida Provisória afeta o regime de competências da ANEEL que, a ver do Ministro, estaria enquadrado dentro da “disciplina do regime de privatização autorizado pelo art. 176, § 1º, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 6/1995” e, portanto, não haveria sustentáculo jurídico a se autorizar a edição de Medida Provisória sobre o tema, à vista da limitação constitucional constante do artigo 246 da Carta Magna (p. 29/30). Com esse entendimento, proferiu decisão com concessão da medida cautelar e suspensão da vigência, até o julgamento final da ação, da Medida Provisória 1.819-1/1999.

Como se observa, foi dada prevalência à tese da necessidade de cumprimento da reserva legislativa estrita sobre temas que sejam atinentes ao regime de competências da ANEEL, ou seja, tema com referência explícita constitucional e com exigência de regulamentação por lei. A fixação desse resultado, em que pese não seja de

impacto para o desenvolvimento da técnica prorrogatória das concessões, aponta a fixação de orientação, pelo STF, da necessidade de observância de procedimento legislativo específico no que diz respeito à distribuição, modificação ou supressão de competências de agências ou órgãos reguladores de serviços públicos cuja existência esteja referenciada na Constituição Federal e a sua regulamentação específica deva ser feita por disposição de lei.

Houve, nesse caso, destinatário concreto à lei impugnada, no que diz respeito à adoção da técnica prorrogatória, qual seja, o órgão regulador do setor de energia elétrica, a ANEEL.

4.2.1.4. ADI 1.582/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.582/DF foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o Presidente da República e o Congresso Nacional, com o objetivo de impugnar o conteúdo do artigo 27, incisos I e II, da Lei Federal 9.074/1995, que decorreu da edição de uma anterior Medida Provisória convertida em lei pelo Congresso Nacional. O julgamento da ação pelo Pleno ocorreu em 07 de agosto de 2002.

O Ministro Carlos Velloso foi o relator do caso e proferiu voto condutor, acompanhado pela unanimidade dos ministros, julgando a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados.

Segundo as alegações da petição inicial, há inconstitucionalidade dos dispositivos em face do artigo 175 da Constituição Federal, uma vez que o leilão das ações ou quotas implica transferência, por delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão de serviço público à empresa privada, sem a observância da exigência constitucional da licitação prévia à outorga das concessões.

Ainda é suscitada a inconstitucionalidade, nos seus vieses formal e material, por ofensa aos “princípios formais e materiais do artigo 175 da Constituição Federal de 1988”. Compreende como alternativas de atuação do poder público ou (i) delegar, por via legislativa, atribuições a entidade do Estado criada especificamente para operar e explorar determinado serviço público; (ii) ou, como se trata de lei delegada por via

oblíqua, com “presenteio” a uma empresa privada de um serviço só alcançado por licitação.

Na data de 28 de abril de 1997, houve o indeferimento da medida cautelar.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, compreendendo que a exigência de licitação prevista no artigo 175 da Constituição Federal estaria sendo cumprida pelos dispositivos legais questionados. O Procurador-Geral da República afirmou, ainda, inexistir no artigo 175 da Constituição Federal hierarquia entre modalidades de licitação, bem como o dispositivo constitucional não detalha ou especifica a modalidade de licitação adotada para a concessão de serviços públicos.

Em manifestação, o Presidente do Congresso Nacional sustentou que o silêncio do Constituinte no artigo 175 da Carta Magna no tocante à fixação de modalidades de licitação representa adoção de boa técnica legislativa, além de que o leilão é a modalidade adequada para transferência de controle acionário.

O Ministro Carlos Velloso julgou improcedente a ação direta e declarou a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Carlos Velloso ressalta que o artigo 175 da Constituição Federal deixa claras as formas de prestação de serviço público pelo Estado, quais sejam, prestação direta ou prestação indireta, mediante as fórmulas e regimes de concessão ou permissão. A Constituição Federal, nesse passo, não especifica ou detalha as modalidades de licitação, pois esse delineamento ficou reservado à regulamentação por legislação infraconstitucional, no caso, a Lei Geral de Licitações (Lei Federal 8.666/1993). A Lei Geral de Licitações, por sua vez, especifica cinco modalidades de licitação no seu artigo 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O artigo 22, parágrafo quinto, da Lei Geral de Licitações detalha os procedimentos e objeto do leilão, mas não inclui venda das ações, o que, para o Ministro Relator, é irrelevante, pois a norma geral é ordinária e pode ser alterada por lei posterior, além de que o seu silêncio não induziria inconstitucionalidade de outra norma, porque não se interpreta a Constituição no “rumo de lei ordinária”.

O Ministro Relator ainda ratificou o parecer da Procuradoria Geral da República Geraldo Brindeiro, que afirmou que a omissão da Constituição Federal quanto à seleção da modalidade licitatória apropriada à transferência de atribuição da prestação de serviço público permite que ela seja feita em conformidade com a orientação fixada pelo legislador ordinário infraconstitucional.

O Ministro Carlos Velloso, como razão de decidir, ainda fez menção aos fundamentos expostos pelos Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim por ocasião do julgamento da Medida Cautelar. O Ministro Marco Aurélio afirmou que o objetivo da Constituição da República seria o de promover um certame licitatório em que se respeite a “absoluta equidistância” entre os possíveis participantes da licitação, até resultar à contratação de concessão ou permissão, evitando-se, assim, o tratamento diferenciado e contrário a interesse público. Já o Ministro Nelson Jobim, no trecho selecionado pelo Ministro Carlos Velloso, indicou que a solução proposta pelo artigo 27 da Lei Federal 9.074/1995 evidencia um processo licitatório, específico, que envolve simultaneamente o controle da empresa e a outorga ou prorrogação da concessão. Segundo Jobim, é a única forma prevista e autorizada na lei para que uma empresa estatal e exploradora de serviço público seja privatizada.

A declaração de constitucionalidade dos dispositivos que fixaram o leilão como modalidade licitatória apta à transferência das concessões mantidas por empresas públicas, ao mesmo tempo da realização da privatização das ações dessas empresas no final da década de 1990, tende a representar, para a técnica da prorrogação de concessão, a possibilidade de que as empresas que venceram os certames licitatórios realizados se utilizem de eventuais cláusulas prorrogatórias que existiam nos instrumentos de outorga. Além disso, numa perspectiva geral, reforça a competência legislativa conferida à União Federal de regulamentar o artigo 175 da Constituição Federal, mediante as amplas possibilidades de manifestação do instituto da licitação, admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, de conformidade a buscar o melhor resultado possível no seu emprego.

Constata-se, no caso, a existência de destinatário concreto no dispositivo legal impugnado, qual seja, a União Federal, que, por meio desses comandos legais, foi autorizada a utilizar a modalidade licitatória de leilão a fim de promover a privatização de serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União,

simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações.

4.2.1.5. HC 84.137/RS

O “Habeas Corpus” foi impetrado por Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira em favor dos pacientes Taufik Badui Germanos Neto e Claudio Vicente Scaniello Schlottfeld. Os pacientes foram prefeito e vice-prefeito do Município de Cachoeira do Sul/RS. O julgamento do remédio constitucional foi finalizado pela Segunda Turma do STF em 11 de outubro de 2005.

O HC estava sendo impetrado contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida em outro HC, 21083/RS, no qual a Ministra Laurita Vaz havia denegado a ordem, por compreender que o fato descrito na denúncia, em tese, constituía crime, autorizado o seu recebimento pelo órgão julgador²⁰⁵.

Segundo o relatório do acórdão no STF, os pacientes haviam sido denunciados como incurso no artigo 89 da Lei Geral de Licitações (Lei Federal 8.666/1993), em virtude de ter prorrogado o contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano sem efetuar nova licitação.

Nas alegações do “Habeas Corpus”, os pacientes sustentam, basicamente, a atipicidade da conduta a eles atribuída, já que inexistiu ato administrativo formal de dispensa ou inexigibilidade de licitação na conformidade do artigo 26 da Lei Geral de Licitações; inexistente justa causa, pela falta de dolo na prática de ato de dispensa ou de

²⁰⁵ “HABEAS CORPUS. CRIME LICITATÓRIO. ART. 89, DA LEI N.º 8.666/1993. PREFEITO E VICE-PREFEITO. TRANÇAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA. CONDUTA OMISSIVA DEVIDAMENTE DESCRITA PELO ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO FORMAL NO CERTAME LICITATÓRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TIPO SUBJETIVO. EXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Se o fato descrito na denúncia constitui, em tese, crime e, se existem indícios que apontam a prática da conduta descrita, impõe-se o recebimento da inicial condenatória para a devida apuração dos fatos narrados.

2. O tipo subjetivo do ilícito penal apto a caracterizar a excludente de culpabilidade e ensejar a absolvição dos denunciados, somente poderá ser aferido pela instrução criminal, com o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, admitida a produção de provas, o que é inviável na célere via do habeas corpus. Precedentes do STJ.

3. Ordem denegada e, por conseguinte, revogada a liminar anteriormente concedida.” (HC 21.083/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 06/10/2003, p. 289).

declaração de inexigibilidade de licitação; a denúncia é inepta, por descumprimento do artigo 41 do Código de Processo Penal²⁰⁶ e o julgamento de ação no TJ/RS, que concluiu não ser ilegal a prorrogação de contratos de concessão de serviço público de transportes coletivos, prevista em lei municipal; inexistência de prova material do delito; e, por fim, a possibilidade fincada no teor dos artigos 42, parágrafo segundo, da Lei Geral de Concessões (Lei Federal 8.987/1995) e no artigo 175, parágrafo único, inciso I, de prorrogação dos mencionados contratos de concessão.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela não concessão da ordem.

O Ministro Carlos Velloso, Relator Sorteado, não concedeu a ordem, decisão acompanhada pela maioria da Turma, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Carlos Velloso indeferiu o “writ” com base em dois fundamentos principais. O primeiro sustentado no entendimento de que o fato descrito na denúncia é típico, ajustando-se no preceito normativo do tipo penal do artigo 89 da Lei Geral de Licitações, não sendo admissível o trancamento da ação penal quando há a possibilidade, em tese, de cometimento do crime. No outro fundamento, considera impossível o reexame de conjunto probatório em “habeas corpus”, não se podendo adentrar à análise de alegação de inexistência de prova material do cometimento do ilícito penal.

Já o Ministro Marco Aurélio, no seu voto vista e divergente, externa preocupação em reproduzir o texto integral da denúncia apresentada e a descrição do fato delituoso para cumprir com a fundamentação de seu entendimento. De acordo com a sua posição, vencida, não se configura justa causa para a ação penal, porque a participação dos réus como Prefeito e Vice-Prefeito nas fases de iniciativa e sanção da Lei Municipal 3121/1999, que prorrogou por quinze anos, com possibilidade de nova prorrogação em igual período de quinze anos, todas as concessões de transporte coletivo do Município de Cachoeira do Sul/RS, não se caracteriza como dispensa ou inexigibilidade ou inobservância de licitação. Ao complementar o seu raciocínio, o Ministro Marco Aurélio considera que a edição de lei de efeitos concretos trata-se de exteriorização da prerrogativa constitucional ínsita ao próprio mandato do Chefe do Poder Executivo, agentes políticos eleitos. O Ministro Marco Aurélio ainda descreve a existência de outros mecanismos para

²⁰⁶ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

servir de impugnação da prorrogação do contrato administrativo por lei municipal, quais sejam, processos judiciais e administrativos apropriados, sem especificar em detalhes quais esses instrumentos seriam. Aponta, ainda, como registro fundamental a circunstância de que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu decisão decidindo pela ausência de ilegalidade na prorrogação de contratos de concessão de serviço público por meio de lei municipal, julgando improcedente a ação civil pública ajuizada em relação ao próprio Município de Cachoeira do Sul/RS²⁰⁷.

O precedente, ainda que o único encontrado no STF com o emprego das palavras-chave adotadas para a presente pesquisa, é de fundamental relevância no tocante à repercussão criminal da conduta administrativa que adota a técnica de prorrogação de concessão de serviço público. A posição exposta pela maioria dos ministros julgadores, ao considerar típica a conduta praticada pelo prefeito e vice-prefeito, evidencia a viabilidade de o gestor público ser processado criminalmente por optar prorrogar uma concessão de serviço público sem realizar as formalidades de um processo licitatório ao cabo do prazo contratual originário dessa concessão, com base na violação do disposto no artigo 89 da Lei Geral de Licitações, evidenciando, assim, a aplicabilidade desse subsistema normativo à peculiaridade dos contratos de concessão de serviço público, submetidos a normas gerais localizadas em lei-quadro diversa. Nota-se que o STF não apreciou o argumento da legalidade da prorrogação em lei municipal baseada no artigo 42, parágrafo segundo, da Lei Geral de Concessões, porque apontou que o exame do recebimento da denúncia se limita à verificação dos pressupostos básicos da oferta da denúncia, quais sejam, a exposição do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias e a classificação do crime. Registra-se, ainda, o relevante voto vencido, em que se tem uma visão fundamentada de que a técnica prorrogatória da concessão adotada pelos pacientes do HC 84137 não constituía fato típico passível de servir de lastro à denúncia criminal.

Os destinatários do ato judicial impugnado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, eram agentes políticos de uma municipalidade e haviam adotado a técnica prorrogatória a fim de atribuir às concessionárias de serviço público de transporte coletivo na cidade um novo intervalo, prorrogável, para a exploração dos serviços.

²⁰⁷ Segundo o texto do voto do Ministro Marco Aurélio, a ADI proposta no TJ/RS foi a 70000177808, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS).

4.2.1.6. ADI 3.521/PR

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.521 foi proposta pelo Governador do Estado do Paraná contra a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 42 e 43 da Lei Complementar 94/2002 paranaense.

O artigo 42 da lei complementar²⁰⁸ impugnado tinha por objeto determinar a continuidade das delegações de prestação de serviço público que foram praticadas ao tempo da instituição da Agência de “Serviços Públicos Delegados de Infra-Estrutura”, que estava sendo criada por aquela lei complementar.

Já o artigo 43 da lei complementar²⁰⁹, que foi acrescido a esta por uma outra lei complementar (95/2002), autorizou a manutenção, até o ano de 2008, das outorgas vencidas, com caráter precário, ou as outorgas em vigor com prazo indeterminado. Além de permitir que a prestação por essas delegatárias fosse continuada, sem caráter de exclusividade, mediante a manutenção do vínculo de outorga estabelecido entre as empresas então prestadoras do serviço e a administração estadual, a ser estendida pelo prazo previsto pelo artigo 98 do Decreto Federal 2.521/1998²¹⁰.

A prorrogação legal versada nesses preceitos tinha indicado como fundamento normativo a previsão do artigo 42, parágrafo segundo, da Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, tratando-se de reprodução do texto da lei federal.

Nas alegações da ação direta, o Governador do Estado do Paraná sustentou que ambos os dispositivos legais violariam uma série de dispositivos da Constituição Federal de 1988, sendo eles, na sequência, citados nos “artigos 1º, inciso IV;

²⁰⁸ “Art. 42. Os instrumentos de delegação da prestação dos serviços públicos de competência da AGÊNCIA, em vigor na data de publicação desta Lei, permanecem vigentes e submetem-se, para todos os fins, ao poder de regulação e fiscalização da AGÊNCIA.”

²⁰⁹ “Art. 43. As empresas que, na data da instalação da AGÊNCIA, detentoras de outorgas vencidas e/ou com caráter precário ou que estiver em vigor com prazo indeterminado, terão as mesmas mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo previsto no art. 98 do Decreto Federal n. 2.521, de 20 de março de 1998, em atendimento ao disposto no art. 42, § 2º, da Lei Federal 8987, de 13 de fevereiro de 1993, e adaptados aos princípios norteadores da AGÊNCIA”

²¹⁰ “Art. 98. Em atendimento ao disposto no artigo 42 do Lei nº 8.987, de 1995, ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo improrrogável de quinze anos contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993, as atuais permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores.”

5º, “caput”; 37, inciso XXI; 170, incisos IV e V; 173, § 4º; 175, “caput” e inciso IV”. Especificamente sobre o artigo 42 da lei paranaense, aponta-se que há violação ao princípio da licitação pública, pois o dispositivo confere validade a concessões não outorgadas com prévia licitação. Também no artigo 43, que defere prorrogação de outorgas já vencidas, ou dotadas de caráter precário ou em vigor com prazo indeterminado, haveria violação ao princípio da licitação pública, pois haveria o obstáculo do Chefe do Poder Executivo do Estado do Paraná em exercitar a prerrogativa de realizar novas licitações. Registra-se, como outro argumento, a circunstância de que os preceitos impugnados estariam conferindo a monopolização do serviço público de transporte coletivo de passageiros a determinadas empresas, subtraindo não só do Estado, mas também do usuário a perspectiva da busca a serviço público adequado.

A Assembleia Legislativa do Estado do Paraná deduziu preliminar de inépcia da ação direta e, quanto ao mérito, protestou pelo reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos impugnados, visto que eles não contrariariam disposições constitucionais mas fixariam uma regra de regulamentação transitória para uma situação de relevante interesse público, não configuram impedimento para a realização de novas licitações, inexistiu a prorrogação de permissões ou concessões vencidas porque quando a lei impugnada foi aprovada já havia em vigência uma prorrogação anterior, também de decorrente de lei no âmbito estadual.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido, vislumbrando a viabilidade de que os dispositivos impugnados disponham e velem pela continuidade do serviço público em situações de necessidade especial de realização de levantamentos e avaliações indispensáveis à realização de novas licitações.

O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido da ação direta. Destacou que a prorrogação das outorgas de serviços públicos estava ocorrendo sem a atribuição da exclusividade na prestação dos serviços, de modo que estava plenamente autorizado ao Estado do Paraná a licitar novos serviços, inexistindo violação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

O Ministro Relator Eros Grau, acompanhado pela maioria dos julgadores, proferiu voto pela procedência parcial do pedido inicial, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 43 da Lei Complementar 94/2002 em comparação com o artigo 175, “cabeça”, da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, ao julgar

improcedente o pedido em relação ao ponto remanescente da ação direta, declarou a constitucionalidade do artigo 42 da mesma lei paranaense, com base no entendimento apresentado pelo Advogado-Geral da União, segundo o qual o artigo em questão apenas estabelecia “continuidade, quando da instituição da referida agência, das delegações de prestação de serviços públicos, enfatizando sua competência em regulá-las e fiscalizá-las” (p. 06). Não teria havido, nesse particular, algum tipo de prorrogação ou extensão de prazo de vigência de delegações, mas apenas a preservação da qualidade de atos jurídicos perfeitos e a explicitação de sua submissão ao poder de fiscalização do órgão regulador. O Ministro Marco Aurélio dava interpretação conforme a esse artigo 42 dessa lei complementar.

Nas razões do voto pela procedência do pedido inicial da ação direta, o Ministro Eros Grau fez menção ao fato de que o STF já havia apreciado questão semelhante, envolvendo o mesmo Estado do Paraná, no julgamento da ADI 118-MC.

Definido o objeto da ação, o Ministro Eros Grau ponderou que a reprodução do texto da Lei Geral de Concessões, em seu artigo 42, parágrafo segundo, não transporta nem torna constitucional a regra da lei estadual paranaense, prevista no artigo 43 da lei complementar debatida. O Ministro Relator faz menção ao entendimento doutrinário de Marçal JUSTEN FILHO, na 1ª edição da obra “Concessões de Serviços Públicos”, afirmando que o artigo 42 da Lei Geral de Concessões não ostenta o caráter de norma geral, de observância obrigatória por todos os entes da federação. No excerto doutrinário posto no acórdão, JUSTEN FILHO afirma que a União não dispõe de poderes para estabelecer prazos mínimos para concessões de serviços públicos de outros entes federativos²¹¹.

O Ministro Eros Grau confrontou os textos dos dispositivos da lei paranaense impugnados com o do artigo 175 da Constituição Federal e concluiu que, apesar da exigência constitucional da licitação pública prevista nesse dispositivo citado para o poder público prestar serviços públicos por meio de concessão ou permissão, a lei estadual paranaense, no artigo 43, permitia que o vínculo das empresas delegatárias seja mantido independentemente das condições em que a prestação do serviço esteja ocorrendo. O Ministro Eros Grau ainda rejeitou os argumentos de segurança jurídica e da necessidade

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos – comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 372.

da continuidade do serviço público. Arrematou por dizer que inexistente respaldo constitucional para justificar a prorrogação, legal, de outorgas das delegações, sejam concessões, sejam permissões, considerando que a segurança jurídica “não pode ser confundida com conservação do ilícito” (p. 09). No encerramento do voto, fez nova citação doutrinária de Marçal JUSTEN FILHO, para corroborar o entendimento de que a prorrogação do prazo de outorgas, concessões ou permissões, pela via legislativa, no caso do artigo 42 da Lei Geral de Concessões – e por reflexo na lei estadual paranaense, deveria ser compreendida como meio de impedir a aplicação da lei nova, frustrando-se, assim, a determinação do Constituinte de 1988 quanto à obediência de regras de licitação prévia na outorga das concessões. JUSTEN FILHO afirmou mais ao discriminar que a margem de liberdade dos agentes públicos na ação administrativa tem limites na Constituição e na lei, razão porque o manejo da técnica prorrogatória das concessões, mediante a continuidade de situação jurídica anterior dos delegatários e concessionários, estaria exorbitando os limites da conveniência estruturados pela lei²¹².

À prolação do voto do Ministro Relator, seguiram-se votos-vistas da Ministra Carmen Lúcia, que acompanhou integralmente o voto do Relator, e do Ministro Joaquim Barbosa, divergindo em parte, para declarar inconstitucionais ambos os dispositivos legais impugnados.

Prosseguiram-se os debates, que versaram sobre a exata delimitação do conteúdo do artigo 42 da lei paranaense impugnado, especialmente sobre a expressão “permanecem vigentes”, ficando a dúvida, debatida pelos Ministros, se os contratos vigentes a serem controlados pela agência reguladora criada poderiam ter caráter precário ou prazo indeterminado.

O caso é de extrema relevância para a análise da técnica de prorrogação de concessões de serviço público, diante do caráter de generalidade apontado na fundamentação do voto condutor do acórdão e da possibilidade de sua repercussão em casos análogos, diante da força vinculante de seu resultado e da cultura de respeito a precedentes seguida pelo Supremo Tribunal Federal.

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos – comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 370.

Começo por uma ressalva. Embora possa transmitir essa impressão, o voto do Ministro Eros Grau não trata de todas as hipóteses de prorrogação de concessão de serviço público. Partindo da interpretação do texto impugnado na ação direta, observamos que o legislador estadual paranaense teve por objetivo a fixação de um regime *transitório*, com *determinados destinatários* e por *tempo determinado de duração*, a fim de que as outorgas, incluídas as concessões de serviço público, (i) vencidas, (ii) desempenhadas em caráter precário ou (iii) dotadas de prazo indeterminado (ou seja, sem termo final assinalado), fossem prorrogadas no prazo de sua vigência.

Nesse ponto, da extensão do prazo de vigência, reside uma segunda ressalva. O texto da lei paranaense foi explícito em determinar a ampliação do prazo de vigência das concessões nele abrangidas – as vencidas, com caráter precário ou com prazo indeterminado – até a data-limite que foi fixada pelo Decreto Federal 2.521/1998.

Essencial que recuperemos o texto desse Decreto para compreender a intenção do legislador paranaense.

Observe-se que esse Decreto Federal, no rol das suas disposições finais e transitórias, havia declarado expressamente que, em caminho da orientação prescrita pelo artigo 42 da Lei Geral de Concessões de Serviço Público, ficava determinado que as permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores àquele Decreto 2.521/1998 ficavam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo “improrrogável” de quinze anos, contados da data da publicação do Decreto 952, de 7 de outubro de 1993.

Aponto, nesse particular, que o Decreto Federal 2.521/1998 foi exteriorizado no cumprimento da competência de expedição de decretos regulamentares pelo Presidente da República (artigo 84, incisos IV e VI) fixada em relação ao artigo 21, inciso XII, alínea “e” da Constituição de 1988, e tratava explicitamente da competência da União Federal em explorar, diretamente, ou mediante concessão, permissão ou autorização, os serviços rodoviários interestadual e internacional de transporte coletivo de passageiros.

E aquele Decreto 952/1993, a que faz menção o artigo 98 do Decreto 2.521/1998, também versava sobre regulamento decorrente do exercício da mesma competência da União em legislar sobre transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, por decorrência da atribuição da competência material de sua exploração.

Ou seja, o Decreto Federal 2.521/1998 revogou o Decreto 952/1993 justamente para evitar a situação provocada por este último, de manter a exploração das permissões e autorizações vigentes no ano de 1993 pelo prazo de quinze anos passível de sofrer nova prorrogação. Não havia sido definida, nesse momento, qualquer justificativa pela estipulação desse prazo de quinze anos.

Somente com o advento do Decreto 2.521/1998 foi apresentada a justificativa para a fixação, impostergável, do prazo de quinze anos às permissões e autorizações vigentes antes da data da edição desse decreto de 1998, justamente o fato de que se estava dando atendimento às prescrições do artigo 42 da Lei Federal 8.987/1995. A Lei Geral de Concessões, em suma, determinava que a extensão do prazo de vigência – para não inferior de vinte e quatro meses – seria destinada às concessões em caráter precário, com prazo vencido e as que estivessem em vigor com prazo indeterminado, com a finalidade de possibilitar “realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão”.

Registre-se que, desde o Decreto de 1993, já havia sido determinado que, quanto às novas permissões ou autorizações a serem conferidas às pessoas interessadas, existia a determinação de que incumbia ao Ministério dos Transportes decidir sobre a conveniência e oportunidade da licitação para a prestação do serviço rodoviário interestadual ou internacional do transporte coletivo de passageiros, critérios esses de conveniência e oportunidade que deveriam ser aferidos “através da realização de estudo de mercado que indique a possibilidade de exploração autônoma do serviço” (artigo 13 do Decreto 952/1993; e artigo 11 do Decreto 2.521/1998).

Resumindo, resta nítido da interpretação articulada de todos esses dispositivos legais enfeixados com a edição da lei estadual paranaense impugnada na ADI 3.521 que o STF decidiu, **tão-somente**, qualificar como incompatíveis à Constituição Federal as prorrogações de prazo de vigência de delegações – no gênero, incluída a sua espécie concessão de serviço público – que tenham por objetivo a extensão do prazo contratual, até o novo termo final fixado na lei, para possibilitar a organização de processo licitatório posterior. De acordo com a qualificação adotada nesse trabalho, essa prorrogação, prevista na lei paranaense, adquire a característica de **prorrogação imprópria**, pois se restringe a determinar uma extensão de prazo da vigência de concessões extintas (as de prazo vencido) e as concessões precárias ou de prazo

indeterminado, sem determinar obrigação conjunta de fixação de um pacto para o novo período de exploração do empreendimento concessório, mas vinculada apenas a uma finalidade instrumental à administração pública, de possibilitar à sua organização, nesse caso, para o lançamento de processo licitatório futuro.

Os dispositivos da lei impugnada pela ADI 3.521 tratam expressamente da adoção da técnica da prorrogação de concessão de serviço público, muito embora na sua modalidade imprópria. E referidos dispositivos têm destinatários certos, aqueles concessionários de serviços públicos regulados pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infra-Estrutura do Paraná, definidos no inciso V do artigo 2º daquela Lei Complementar 94, que, na redação da época, contemplava os serviços públicos de rodovias, ferrovias, terminais de transporte, e transportes rodoviários, ferroviários, aeroviários, marítimos, fluviais, rodoviário coletivo intermunicipal de passageiros, exploração de faixa de domínio da malha viária, inspeção de segurança veicular e outros serviços de infraestrutura de transportes delegados.

4.2.1.7. AI 811.212-AGR/RS

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 811.212/RS foi interposto pela concessionária Estação Rodoviária de Santa Rosa contra decisão monocrática de lavra da Ministra Carmen Lúcia, que negara seguimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente contra a decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sequência a acórdão de apelação, que declarou nulidade do ato de prorrogação de contrato de concessão de estação rodoviária e fixou prazo de noventa dias para que o Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem (DAER-RS) iniciasse processo licitatório.

Na origem, uma ação civil pública fora movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem daquele Estado (DAER-RS) e a Estação Rodoviária de Santa Rosa.

Como alegações no Agravo Regimental, a recorrente sustenta haver motivo para o processamento do recurso extraordinário, visto que o acórdão questionado teria afrontado diretamente a Constituição Federal de 1988, especialmente o previsto no

artigo 175, parágrafo único, inciso I e o artigo 37, inciso XXI, uma vez que compreende existir lei local que não exige licitação pública para que possam ser prorrogados os contratos de concessão; aponta que a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal²¹³ não seria aplicável ao caso; e, principalmente, indicava que a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão já teria sido reconhecida em precedente do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Eros Grau no Recurso Extraordinário 350.401/MT.

A Ministra Carmen Lúcia confirmou a decisão agravada no voto condutor do Agravo Regimental, acompanhada pela unanimidade dos Ministros da Primeira Turma, na sessão de julgamento ocorrida em 02 de dezembro de 2010.

Registrou três fundamentos principais no voto. No primeiro, sustentou que o Supremo Tribunal Federal tinha firme posicionamento de reconhecer a obrigatoriedade da prévia licitação para outorga de concessão ou permissão para exploração de serviços públicos, nos termos do artigo 175, “cabeça”. Citou, para justificar o seu entendimento, dois precedentes do STF, o primeiro o AI 774.915-AgR, de relatoria da própria Ministra Carmen Lúcia, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 24/09/2010, o segundo a ADI 3.521/PR, relatada pelo Ministro Eros Grau e já analisado nesse trabalho. No segundo fundamento, sustentou ser impossível a análise da afronta do acórdão da instância originária aos artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, pois se trataria de caso de ofensa reflexa ao texto da Constituição, uma vez que dependeria do reexame de norma infraconstitucional (no caso, a Lei Estadual 6.187/1971, do Estado do Rio Grande do Sul) em comparação com a atual Constituição da República. No terceiro apontamento, registrou que a argumentação do recurso extraordinário não atacou todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Desse julgado, podemos revelar mais um norte orientativo à aplicação da técnica da prorrogação concessória. O STF, nesse precedente, reitera a sua jurisprudência no sentido de interpretar o artigo 175 da Constituição como determinante de que a outorga da concessão deve ser precedida de obrigatória licitação prévia.

De relevo para a pesquisa, notamos se tratar da resolução de um caso concreto, de ocorrência repetitiva no tribunal de origem: por razões de política

²¹³ “Súmula 280, STF: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

administrativa, o Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul aforou múltiplas ações civis públicas destinadas ao mesmo objeto, de declarar a nulidade de atos de prorrogação de contratos de concessão de várias estações rodoviárias de transporte coletivo que haviam sido outorgadas pelo DAER-RS.

Ainda destacamos que, por questões de ordem procedimental (súmula de barreira) e jurídica (não cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que julgue a compatibilidade de ato local com Constituição Estadual), o STF não abordou tema relevante, qual seja, se o dispositivo da Lei Estadual em que foi justificado o ato de prorrogação da concessão – o artigo 8º, parágrafo terceiro, da Lei Estadual 6.187/1971²¹⁴ – foi ou não recepcionado pela Constituição Federal vigente. Segundo se colhe do teor do acórdão recorrido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mencionado no corpo da decisão monocrática proferida pela Ministra Carmen Lúcia, “[a]inda que o art. 3º, inciso II, da Lei Estadual nº 10.086/94 e os arts. 2º e 124 da Lei nº 8.666/93 e 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 não incidam no caso concreto, pois o contrato foi firmado em 06/01/1993, isso não significa que a questão esteja ao completo alvedrio do administrador ou que seja plenamente aplicável o art. 8º, § 3º, da Lei Estadual nº 6.187/71. Desde a promulgação da Carta Magna, a licitação se traduz em procedimento indispensável para a concessão ou permissão de serviço público, em decorrência do que determinam claramente os arts. 37, inciso XXI e 175. Ao optar por renovar o contrato de concessão de serviço público com base em dispositivo que não foi recepcionado pela Lei Maior, incorreu a Administração Pública em manifesta ilegalidade, impondo-se declarar a nulidade do ato de prorrogação do contrato de concessão da Estação Rodoviária de Santa Rosa”.

4.2.1.8. AGRG NO RE 412.921/MG

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 412.921/MG foi interposto pelo Município de Montes Claros/MG, contra a decisão monocrática proferida

²¹⁴ “Art. 8º - Nos contratos de concessão de estações rodoviárias, além das obrigações constantes do termo de responsabilidade previsto no artigo 6º desta lei, o concessionário se obrigará a, em prazo certo, construir ou locar prédio adequado para a instalação dos serviços, de conformidade com o Edital de concorrência e a planta apresentada com a proposta. (...) § 3º - Os contratos de concessão em vigor poderão ser prorrogados por igual período, desde que, a critério do Conselho de Tráfego do DAER, os serviços sejam declarados de boa qualidade.”

pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que negou seguimento ao recurso extraordinário e manteve acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

No acórdão do TJ-MG, foi julgada ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, aforada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, no sentido de procedência do pleito inicial, com declaração de incompatibilidade da lei local com Constituição do Estado de Minas Gerais. O dispositivo impugnado da lei local dispõe sobre a prorrogação do contrato de concessão de serviço de transporte coletivo urbano²¹⁵.

Na sua decisão, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski foi acompanhado pela unanimidade dos membros julgadores da Primeira Turma. Os fundamentos principais do julgado contemplam: menção ao julgamento da ADI 4.048-MC/DF, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, no qual se admitiu o controle abstrato de leis de efeitos concretos; adoção da fundamentação de que a prorrogação não razoável da concessão de serviço público ofende a exigência constitucional de que a concessão deve ser precedida da realização de licitação pública, com menção explícita do precedente na ADI 3.521, relatada pelo Ministro Eros Grau, da ADI 118-MC, relatada pelo Ministro Néri da Silveira e também o AI 811.212-AgR, relatado pela Ministra Carmen Lúcia; e, finalmente, o argumento de que o recurso extraordinário não deve ser conhecido porque nele se argumenta ofensa reflexa ao texto da Constituição Federal.

Notamos nesse precedente que a interpretação da técnica da prorrogação concessória foi afetada em dois aspectos.

²¹⁵ Referido acórdão também foi atacado por meio do Recurso Especial 431.672/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão relatado pelo Ministro Garcia Vieira, julgado na Primeira Turma, no ano de 2002. Eis o teor da ementa: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO, MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. NÃO CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458, II E 535, II DO CPC. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE DA DECISÃO EMBARGADA.

I - Não cabe conhecer do recurso especial, na parte em que a insurgência é contra decisão, cuja fundamentação é de natureza constitucional e foi adotada com base em interpretação de cláusulas contratuais, ausente, ainda, o prequestionamento do dispositivo legal apontado como malferido.

II - Opostos embargos de declaração sob coima de omissão do acórdão embargado, se o Tribunal a quo os rejeita, ao fundamento convincente de ter encontrado motivo suficiente e adequado para fundar a decisão embargada, não há como vislumbrar violação aos artigos 165, 458, II e 535, II, do CPC.

III - Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.

(REsp 431.672/MG, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2002, DJ 30/09/2002, p. 207)”

No primeiro, evidencia-se a alteração de orientação da jurisprudência do STF quanto à admissibilidade positiva do controle abstrato de leis de efeitos concretos, em que pese não tenha havido menção se esse entendimento se estenderia para as ações de controle concentrado. Referida extensão de entendimento que, presumimos, tenha acontecido, já que o acórdão recorrido na origem, TJ/MG, julgou uma ação de natureza de controle concentrado de constitucionalidade (representação de inconstitucionalidade).

No segundo ponto, observamos que o Ministro Ricardo Lewandowski fez menção a um argumento novo, ainda que baseado em precedentes antigos. Segundo o acórdão, não seria possível uma “prorrogação não razoável” das concessões de serviço público, porque elas seriam violadoras da regra de obrigatoriedade de prévia licitação à concessão. O Ministro Ricardo Lewandowski reforça o sentido da sua decisão monocrática, de que há impossibilidade de se determinar prorrogação de contrato de concessão de serviço público além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios.

Ao sinalizar a existência do parâmetro de “prorrogação não razoável”, o Ministro Relator apontou para a possibilidade de existência de excepcionalidades admissíveis, em que a prorrogação, se de prazo “razoável”, possa ser devidamente autorizada pela lei. Por outro lado, o Ministro Relator não especificou, de forma clara, quais seriam os parâmetros objetivos possíveis a delinear o conteúdo dessa expressão. A meu ver, o Ministro Ricardo Lewandowski buscou interpretar o sentido de “prorrogação não razoável” de acordo com o que foi deliberado no julgamento da ADI 3.521/PR. Nesse precedente da ADI 3.521/PR, foi firmado o entendimento tendo como fundamento de fato o caso da legislação estadual do Paraná que havia determinado manutenção de outorgas vencidas e/ou em caráter precário ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado pelo intervalo decorrido entre a data da edição daquela lei, ou seja, em 23 de julho de 2002, até a data definida no artigo 98 do Decreto 2.521/1997, ou seja, até quinze anos da data da edição do Decreto 952/1993, ou seja, em outubro de 2008.

Nesse particular, reiteramos o entendimento já exposto em relação à interpretação do dispositivo e da fundamentação do acórdão proferido pelo STF na ADI 3.521-DF: o STF fez análise, neste e na ADI 3.521/DF, a respeito tão-somente das prorrogações de caráter impróprio e que tenham por finalidade a determinação de extensão de prazo de vigência das concessões com a finalidade operacional, de cometer um intervalo

de prazo maior à administração pública para que prepare futuro procedimento licitatório para novas outorgas no lugar das concessões que tiveram seu prazo originário expirado.

Mencionado entendimento, reitere-se, não deve ser ampliado, de forma alguma, para as prorrogações outras que foram objeto de tratamento nessa dissertação, especificamente a saber, (a) as prorrogações que sejam explicitamente baseadas no contrato de concessão, seja (a.1) com fundamento na Lei Geral de Concessões (no preceito que abre a possibilidade de edital de licitação e contrato de concessão disporem sobre a admissibilidade de prorrogação do prazo de vigência concessório) ou alguma outra lei geral (a exemplo da Lei Federal 9.074/1995), (a.2) seja aquela que seja estipulada como método de recomposição do prazo de equilíbrio econômico financeiro, (b) sejam aquelas que, embora não estejam baseadas explicitamente no contrato de concessão, sejam autorizadas pela lei, (b.1) sejam para cometer um novo período de exploração às concessionárias, mantidas as bases contratuais do ajuste concessório originário, por necessidade excepcional e fundamento relevante relacionado à impossibilidade momentânea ou inexigibilidade de licitação, ou a desvantajosidade de sua realização; (b.2) sejam também dedicadas à remodelar o equilíbrio econômico-financeiro, aqui embasadas na fórmula geral, prevista na Constituição Federal e na Lei Geral de Concessões, que assegura o balanceamento de tal equilíbrio a fim de manter as condições efetivas da proposta apresentada pelo concessionário quando da licitação ocorrida prévia a seu contrato de concessão.

Quanto à identificação dos destinatários do ato administrativo impugnado, temos que a concessionária de serviço público era a beneficiada com o ato do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em determinar a prorrogação de contrato de concessão de serviço de estação rodoviária.

4.2.1.9. AGRG NO AI 782.928/RS

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 782.928/RS foi interposto pela concessionária e microempresa Tânia Pontes Rodrigues contra decisão monocrática de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, que negara seguimento ao agravo

de instrumento interposto pela recorrente contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em acórdão de apelação, que rejeitou alegação de prescrição e decadência para a declaração de nulidade de contrato administrativo, declarou nulidade do ato de prorrogação de contrato de concessão de estação rodoviária e determinou que o Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem (DAER-RS) iniciasse processo licitatório.

Na origem, uma ação civil pública fora movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem daquele Estado (DAER-RS) e a concessionária.

Como alegações no Agravo Regimental, a concessionária alega que na data de realização do contrato de concessão originário, em idos de abril de 1954, a Constituição Federal não previu a obrigatoriedade de licitação prévia para a outorga da concessão, além de apontar que dispositivos legais previstos no artigo 8º, parágrafo terceiro, da Lei Estadual 6187/1971 e o artigo 23, inciso XII, da Lei Federal 8.987/1995 contemplam possibilidade de prorrogação de contratos de concessão de serviço público, independentemente de realização de nova licitação.

O Ministro Ricardo Lewandowski confirmou a decisão agravada, seguido por unanimidade da Segunda Turma em sessão de julgamento de 06 de agosto de 2013.

Em suas conclusões, na ordem de três fundamentos básicos, apontou que: ofensas suscitadas a princípios constitucionais da legalidade, devido processo legal e ampla defesa e contraditório são reflexas porque dependem de prévia análise de normas constitucionais; o tribunal estadual de origem decidiu a questão da impossibilidade de prorrogação da concessão de serviço público com base em normas infraconstitucionais; e retomou o entendimento da prorrogação não razoável da concessão de serviço público como afrontosa à regra da exigência constitucional de realização de prévia licitação à contratação. Para reforçar o seu ponto de vista no tocante à argumentação da “prorrogação não razoável”, o Ministro Lewandowski citou dois precedentes do STF: o RE 412.921-AgR/MG, de sua própria relatoria e já objeto de análise nessa dissertação; e o RE 264.621/CE, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa²¹⁶.

²¹⁶ “EMENTA: SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE

Quanto ao segundo fundamento adotado pelo Ministro Lewandowski, registramos que, em síntese, o TJ-RS decidiu que a lei vigente à época da celebração do contrato de concessão, no caso em 1971, não poderia mais ser aplicada para reger as prorrogações previstas no contrato quando do término da vigência do termo original do contrato de concessão, porque ao tempo da decisão sobre a prorrogação já havia sujeição do contrato ao disciplinamento da Constituição Federal de 1988 e de nova disciplina em âmbito estadual, o artigo 34 da Lei 10.086/1994²¹⁷. Os dispositivos dessa nova lei estadual da década de 1990 dispõem, no regime de disposições transitórias, que as concessões outorgadas anteriormente à entrada em vigor da lei são válidas pelo prazo previsto no ato de outorga e as concessões que vigorassem com tempo indeterminado permaneceriam válidas por quarenta e oito meses a contar da publicação da lei.

Desse acórdão, podemos extrair uma confirmação da linha de entendimento já proposta pelo próprio Ministro Ricardo Lewandowski funcionando como Relator no RE 412.921-AgR, no sentido de inadmissibilidade de prorrogação não razoável da concessão de serviço público com a finalidade operacional para a preparação de futura licitação de concessão de serviço público. As ressalvas, igualmente, ficam reiteradas, remetendo-se a leitura para o tópico imediatamente anterior.

Agrega-se, no entanto, como franca novidade a circunstância de que um argumento expressamente mencionado nas razões do Agravo Regimental, a suposta recepção da lei estadual de 1971 que permitia a prorrogação concessória, foi devidamente apreciado pelo Ministro Relator, quando ele transcreveu trecho do acórdão recorrido do tribunal de origem que mencionava a inviabilidade da prorrogação embasada naquela lei estadual de 1971, reputada imprestável no ponto da prorrogação em virtude da efetividade

EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. Afastada a alegação do recorrido de ausência de prequestionamento dos preceitos constitucionais invocados no recurso. Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento.” (RE 264621, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00394 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 224-233 RIP v. 6, n. 31, 2005, p. 359-363 RB v. 17, n. 500, 2005, p. 48 RT v. 94, v. 837, 2005, p. 125-129)

²¹⁷ “Art. 34 - As concessões e permissões outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo previsto no ato de outorga.

Parágrafo único - As concessões que estiverem em vigor por prazo indeterminado permanecerão válidas pelo prazo de quarenta e oito meses, a contar da publicação desta Lei.”

imediate da lei estadual que, em 1994, atualizou a organização da outorga de concessão de serviço público estadual.

A menção desse fundamento pelo Ministro Relator demonstra a relevância de que o instrumento contratual seja devidamente considerado no controle judicial da técnica de prorrogação de concessão de serviço público, uma vez que somente a partir da definição da exata natureza da prorrogação, própria ou imprópria, e de sua respectiva finalidade é possível demarcar qual seja o regime jurídico a ela aplicável. A percepção dessa fundamentação revela, no mínimo, um espaço para que o Poder Judiciário, no âmbito dos seus Tribunais Superiores, reavalie o teor de súmulas impeditivas de recursos que fundem a interpretação de norma de direito constitucional ou federal na existência da cláusula contratual, muito embora tal medida não tenha viabilidade aferível num curto prazo.

Quanto à identificação dos destinatários do ato administrativo impugnado, temos que a concessionária de serviço público era a beneficiada com o ato do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em determinar a prorrogação de contrato de concessão de serviço de estação rodoviária.

4.2.1.10. AGRG NO RE 603.530/MT

O Agravo Regimental em Recurso Extraordinário foi interposto pela concessionária Transportes Norte Maringá Ltda. contra decisão monocrática de lavra do Ministro Marco Aurélio, que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que, julgando ação civil pública em fase de apelação, confirmou a sentença que havia declarado a invalidade de contratos de concessão de serviço público de transporte intermunicipal, em razão de violação à regra da obediência a prévio procedimento licitatório, por meio da edição de atos administrativos de sucessivas prorrogações de contratos de concessão formalizados antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

Nas alegações recursais, a recorrente aponta que não há semelhança entre o tema debatido nos autos do recurso e o precedente citado na decisão monocrática recorrida, o acórdão proferido na ADI 3.521/PR, de relatoria do Ministro Eros Grau e já

analisado nessa dissertação. Para a recorrente, o caso concreto não envolve declaração de inconstitucionalidade de lei estadual autorizativa de prorrogação de contratos de concessão de serviço público de transporte, mas sim de análise de atos administrativos de força contratual, que diretamente permitiram a prorrogação da concessão de transporte pela recorrente mantida. Num segundo aspecto, considera que os diplomas normativos locais, a Constituição do Estado do Mato Grosso, a Lei Complementar Estadual 149/2003 e o Decreto estadual 2.976/2004 respaldariam a licitude da continuidade das concessões de serviço público de transporte objeto do processo.

Na sessão de julgamento de 24 de setembro de 2013, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto condutor, negando provimento ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, com votação unânime da Primeira Turma.

Segundo o principal fundamento do acórdão, o artigo 175 da Constituição Federal, ao exigir o procedimento licitatório prévio às outorgas de concessões e permissões de serviços públicos, possui normatividade suficiente para tornar ineficaz e nula cláusula de prorrogação prevista em contrato de concessão celebrado antes da Constituição Federal de 1988. Em abono a seu entendimento, citou pronunciamentos das Turmas e do Plenário nos RE 140.989²¹⁸, RE 214.382²¹⁹, ambos de relatoria do Ministro Octavio Gallotti; RE 422.591²²⁰, de relatoria do Ministro Dias Toffoli; e a STA 88²²¹, de relatoria da ministra Ellen Gracie.

²¹⁸ “EMENTA: - Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de previa licitação para autoriza-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal. (RE 140989, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 16/03/1993, DJ 27-08-1993 PP-17023 EMENT VOL-01714-04 PP-00647)”

²¹⁹ “EMENTA: Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão da União, para a sua exploração por empresa particular. Recurso extraordinário provido por contrariedade ao disposto no art. 21, XII, e, da Constituição Federal. (RE 214382, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 21/09/1999, DJ 19-11-1999 PP-00067 EMENT VOL-01972-03 PP-00593)”

²²⁰ “EMENTA Recurso extraordinário – Ação direta de inconstitucionalidade de artigos de lei municipal – Normas que determinam prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, pelos períodos que especifica – Comandos que, por serem dotados de abstração e não de efeitos concretos, permitem o questionamento por meio de uma demanda como a presente – Prorrogações que efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos – Ação corretamente julgada procedente – Recurso não provido.” (RE 422591, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2010, DJe-046 DIVULG 10-03-2011 PUBLIC 11-03-2011 EMENT VOL-02479-01 PP-00076 RTJ VOL-00222-01 PP-00481)

²²¹ “1. A Universidade Federal do Pará - UFPA, com fundamento nos arts. 4º da Lei 4.348/64, 4º da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da antecipação da tutela deferida pelo relator da Medida Cautelar 2006.01.00.043464-7/PA, incidental à apelação da decisão que extinguiu, por

ilegitimidade ativa, a Ação Civil Pública 2006.39.00.008808-8, proposta pela Defensoria Pública da União com objetivo de isentar alunos carentes do pagamento da taxa de inscrição referente ao Processo Seletivo Seriado de 2007. A requerente sustenta, em síntese: a) ocorrência de grave lesão à ordem pública, dado que a decisão impugnada esgotou o objeto da medida cautelar, em afronta ao art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92; b) ocorrência de perigo na demora inverso, ante o fato de que o Processo Seletivo Seriado de 2007 já encerrou as suas inscrições, "sendo completamente impossível reabrir o período de inscrições sem causar enorme tumulto no desenvolver do PSS" (fl. 15); c) ilegitimidade ativa da Defensoria Pública da União para a propositura da referida ação civil pública, nos termos dos arts. 134, § 1º, da Constituição da República; 4º, III, da Lei Complementar 80/94; e 5º, I e II, da Lei 7.347/85; d) legitimidade da cobrança da mencionada taxa de inscrição de vestibular, tendo em vista a sua autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial (Constituição da República, art. 207) e o Edital 19/2006, que previu os procedimentos para o deferimento da isenção em tela, a serem preenchidos pelos candidatos que se enquadrassem nos critérios estabelecidos na Resolução 001/2005, da Comissão Permanente do Vestibular - COPERVES, certo que "d) legitimidade da cobrança da mencionada taxa de inscrição de vestibular, tendo em vista a sua autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial (Constituição da República, art. 207) e o Edital 19/2006, que previu os procedimentos para o deferimento da isenção em tela, a serem preenchidos pelos candidatos que se enquadrassem nos critérios estabelecidos na Resolução 001/2005, da Comissão Permanente do Vestibular - COPERVES, certo que "foram distribuídos gratuitamente 120.000 formulários de isenção", dos quais "retornaram à UFPA 56.000 formulários preenchidos (capital e interior) que foram processados e destes, foram selecionados 9.000 para a concessão da isenção" (fl. 25); e) razoabilidade do Processo Seletivo Seriado de 2007, na medida em que a COPERVES "determinou que poderiam concorrer ao processo de isenção de taxa de inscrição do PSS 2007 o candidato oriundo de escola pública ou bolsista, total ou parcial, em escola particular. Atingindo, assim, os mais necessitados. O sorteio dos 9.000 candidatos requerentes, como estratégia de seleção, se deu com a certeza, ao menos aparente, de que todos os oriundos de escola pública ou de particulares com bolsa integral estavam em condições isonômicas de estado de carência", certo que a "verificação do real estado de carência pelo atendimento aos critérios pela COPERVES para a isenção da taxa é etapa posterior e jungida aos 9.000 selecionados, número a que a UFPA considera possível de verificação, dentro de suas disposições orçamentárias" (fl. 31); f) existência de grave lesão à economia pública, consubstanciada na impossibilidade de se isentar 56.000 candidatos, sob pena de inviabilização da realização do Processo Seletivo Seriado de 2007, que "envolve cerca de 64.000 candidatos, 5.000 fiscais, 350 coordenadores, 500 assessores, equipe de apoio com 1.000 componentes, contingente de 500 agentes de vigilância e segurança, além de outros serviços como elaboração e impressão de cerca de 250.000 provas, manutenção, motorista, zeladoria, transporte seguro de material, com provas realizadas em quatro dias, em 24 municípios, com oferta de 5055 vagas (3255 na capital e 1800 no interior), com um custo previsto de quase R\$ 4.000.000,00" (fls. 33-34). 2. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao pedido e encaminhou os presentes autos a esta Presidência (fls. 153-154). 3. O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no exercício da Presidência, liminarmente, suspendeu os efeitos da antecipação da tutela deferida pelo relator da Medida Cautelar 2006.01.00.043464-7/PA (fls. 164-165). 4. A Defensoria Pública-Geral da União, com fundamento no art. 317 do RISTF, interpôs agravo regimental, com pedido de reconsideração, da decisão de fls. 164-165, sustentando, em síntese: a) legalidade da antecipação de tutela deferida, por não esgotar, no todo ou em parte, a demanda, certo que a perda do objeto da lide ocorreria se, indeferido o pedido de antecipação de tutela, realizasse a agravada o processo seletivo, dele excluindo todos os que requereram judicialmente sua participação, porquanto nada mais haveria a se fazer diante da consumação da conduta questionada; b) inexistência de grave lesão à ordem pública, porquanto, ainda que se comprove que há beneficiários da decisão antecipatória da tutela que pretendem participar dos cursos de educação artística e música, a melhor solução é excluir apenas esses poucos beneficiários da aplicação dessa decisão, não prejudicando os outros candidatos; c) inexistência de grave lesão à economia pública, na medida em que, "dos cinquenta e seis mil requerentes de isenção, no máximo vinte sete mil são beneficiários da tutela antecipada, vez que nove mil já foram selecionados" (fl. 181); d) legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de pessoas economicamente necessitadas; e) existência de risco de ineficácia do provimento jurisdicional final, dado que, "e) existência de risco de ineficácia do provimento jurisdicional final, dado que, "após a decisão provisória da Presidência deste Supremo Tribunal Federal, a Universidade adiantou a realização das provas para a próxima segunda-feira, dia 18.12.2006" (fl. 186). Assim, a realização da primeira fase do certame impedirá o Poder Judiciário de julgar o mérito da demanda, uma vez que, "realizadas as provas, se o Tribunal decidir incluir no processo mais candidatos, aí sim, haverá grave prejuízo à ordem pública e econômica" (fl. 186). 5. Inicialmente,

Os apontamentos quanto a esse precedente se dão em duas ordens, uma com crítica veemente sobre o fundamento adotado pelo Ministro Relator para aplicar entendimento reiterado do STF, outra em consideração pela reiteração de jurisprudência da Corte.

No meu entender, o Ministro Relator Marco Aurélio deixou de trazer um esclarecimento fundamental para a consistência jurídica da razão de decidir, apoiada no entendimento de que os contratos de concessão formalizados antes da Constituição Federal de 1988 tiveram as cláusulas de prorrogação que nele existiam nulas ou ineficazes em razão da superveniência da nova ordem constitucional. Faltou ao acórdão a exposição de um fundamento de fato relevantíssimo para a procedência da tese posta pelo Ministro, qual seja, o esclarecimento se houve ou não licitação para a outorga dos serviços públicos de transporte no Estado de Mato Grosso antes da edição da Constituição Federal de 1988. Faz-se essa ponderação porque, em raciocínio “a contrario sensu”, se as cláusulas prorrogatórias desses contratos de concessão, celebradas em atos jurídicos perfeitos, foram pactuadas em outorgas que tiveram a passagem pelo processo licitatório prévio, isso quer dizer que, com o advento da nova ordem constitucional, as cláusulas de prorrogação

reconheço que a controvérsia instaurada na ação civil pública em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa ao princípio constitucional da igualdade de condições de acesso ao ensino e aos arts. 1º, II e III; 3º, I, III e IV; 5º, caput; 6º, caput; 205, caput; e 206, I, II e IV, da Constituição da República. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 6. Os arts. 4º da Lei 8.437/92, 1º da Lei 9.494/97 e 297 do Regimento Interno desta Corte permitem à Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender a execução de decisão concessiva de tutela antecipada proferida em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais. Em juízo mínimo de deliberação (SS 846-AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 08.11.1996; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 18.5.2001), entendo que são razoáveis os critérios adotados pela requerente para a viabilização do referido processo seletivo, ante a sua impossibilidade material de arcar com os efeitos do deferimento da isenção do pagamento da taxa de inscrição a cinquenta e seis mil candidatos. Ademais, já se encerraram as inscrições para o Processo Seletivo Seriado de 2007, e os requerimentos administrativos foram efetuados após o encerramento do período de inscrição, conforme asseverou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao suspender os efeitos da decisão impugnada. O perigo da demora é inverso, na medida em que, indeferido o presente pedido de suspensão, restará completamente inviabilizada a realização de todo o Processo Seletivo Seriado de 2007, cuja primeira fase ocorrerá em 18 de dezembro deste ano (fl. 215). É dizer, no presente caso, encontra-se devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa. 7. Ante o exposto, defiro o presente pedido de suspensão e julgo prejudicado o agravo regimental interposto da decisão de fls. 164-165. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 16 de dezembro de 2006. Ministra Ellen Gracie Presidente (STA 88, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 16/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00072)”

contratuais tinham reforçada a sua vigência e eficácia, pois havia o cumprimento da exigência constitucional, evidentemente se nenhum outro texto legal, de natureza estadual supõe-se, tenha determinado a invalidade de tal cláusula. A análise do fato histórico, nesse caso, adquire proporção fundamental. Sem esse esclarecimento, o acórdão apoiado no fundamento da exigência de licitação prévia para prorrogar tem apenas meia efetividade.

Recuperando o teor do acórdão recorrido, proferido pelo Desembargador José Jurandir de Lima no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso²²², é possível verificar que a ação originária consiste numa ação civil pública movida pelo Ministério Público daquele Estado, com o objetivo de determinar ao Estado de Mato Grosso, por meio de seu Departamento de Viação de Obras Públicas, a realização de licitação pública, de acordo com os moldes da Lei Federal 8.666/1993, em relação aos contratos de concessão e permissão de serviço de transporte público coletivo intermunicipal e as respectivas linhas mencionadas na petição inicial, com declaração de nulidade de atos administrativos de prorrogação, em virtude da não realização de licitação prévia a tais atos, ocorridos nos anos entre 1989 e 1994. Em sua defesa, a concessionária Transportes Norte Maringá defendeu a legalidade dos atos impugnados, apoiando sua tese na constitucionalidade dos artigos 16 e 45 da Lei Estadual 6.992/1998 e dos artigos 22 e 116 do Decreto Estadual 2.487/1998. A ação foi sentenciada pela procedência parcial do pedido inicial, confirmada no acórdão da apelação, a fim de determinar a realização do procedimento licitatório. O Relator do acórdão da apelação esclareceu que os dispositivos mencionados no apelo da concessionária diziam respeito à possibilidade de prorrogação de concessões de serviço público, mas não eram compatíveis com o artigo 175 da Constituição Federal de 1988. E a sentença, reproduzida nesse trecho, destacou que os contratos prorrogados não representavam ato jurídico perfeito, pois continham vício insanável, consistente na não realização da licitação prévia.

Posso até concordar, a partir do esclarecimento trazido acima, com a consistência jurídica do fundamento adotado pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de interpretar o artigo 175 da Constituição Federal pela obrigatoriedade da licitação aos contratos de concessão formalizados antes da 1988 sem licitação prévia, com cláusulas prorrogatórias ativadas equivocadamente quando findo o prazo originário da concessão.

²²² Apelação Cível Numeração Única: 0037785-48.2002.8.11.0000 Código: 37785 Número/Ano: 37785/2002

Porém, discordo da adoção, como razão de decidir, do precedente mencionado na ADI 3.521/PR, não da tese em si da obrigatoriedade da licitação prévia à concessão de serviço público – que se trata de uma interpretação admissível do texto constitucional –, mas de sua aplicação irrefletida ao caso. A ação judicial sob enfoque versa sobre impugnação de ato de prorrogação baseado em cláusula contratual, cláusula que foi considerada supervenientemente ineficaz pela efetividade imediata da regra da obrigatoriedade de licitação no marco constitucional de 1988, e não em impugnação de edição de lei específica com a finalidade de prorrogar, impropriamente, uma concessão até a realização de licitação.

Apesar de ter resolvido um caso sob a perspectiva do controle concreto e difuso de constitucionalidade e em uma das Turmas do Tribunal, não deixa de ser digno de registro a circunstância de que o STF, ainda que reflexamente, analisou a regularidade da adoção da técnica prorrogatória da concessão em sua perspectiva de ativação, tanto na análise frontal, pelo tribunal de origem, da existência e ineficácia da cláusula prorrogatória da concessão pela ausência de licitação precedente à celebração do contrato de concessão em seu prazo originário, quanto pela confirmação desse resultado, ainda que pela acrítica aplicação dos entendimentos jurisprudenciais reiterados do STF.

Quanto à identificação dos destinatários do ato administrativo impugnado, temos que a concessionária de serviço público era a beneficiada com o ato do Governo do Estado do Mato Grosso, em determinar a prorrogação de contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo intermunicipal de passageiros.

4.2.1.11. AGRG NO RE-AG 805.715/PE

Finalmente, o último acórdão pertinente do STF contempla o julgamento de dois agravos regimentais.

Os Agravos Regimentais nos Agravos de Despacho Denegatório de Recursos Extraordinários 805.715/PE foram interpostos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pela União Federal. Não haviam sido admitidos, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, os recursos extraordinários interpostos pela ANTT e pela União contra acórdão que julgou providos recursos de apelação e remessa necessária

para julgar procedente ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, com o objeto de exigir a realização de licitações para a contratação de concessionários de serviços públicos de transporte rodoviário. No caso concreto, a concessão já estaria sendo explorada há cerca de 14 (quatorze) anos, sem o devido instrumento jurídico adequado para a concessão. Na visão do voto condutor do acórdão das apelações e da remessa necessária, inexistiria impossibilidade do Poder Judiciário examinar o agir da administração pública e, se necessário, expedir ordem, constringendo o administrador a adotar a solução imposta pela lei, no caso, a realização obrigatória de licitação. Afirmou-se, ainda, que não existiria poder discricionário da administração pública em realizar a licitação pública ou não realizá-la e proceder à prorrogação de contratos de concessão como estaria sendo apurado de sua praxe. Por fim, ponderou que a fixação de prazo para a realização das licitações é possível e tem por orientação a necessidade de sua ocorrência sistemática e episódica e por bloco, assegurando a presença dos interessados em todas as linhas, assinalando, ainda, que o prazo já havia sido determinado pelo STF em incidente de suspensão de liminar.

Na suma das alegações de ANTT e União Federal, apontaram que o acórdão das apelações e da remessa necessária violou os artigos 2º; 21, inciso XII; 24, inciso III; e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Afirmaram que a outorga de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros está no âmbito do poder discricionário do poder público, estando impedido o Poder Judiciário de ordenar a efetivação ou não de ato administrativo de caráter discricionário, sob pena de ofensa e quebra da harmonia e independência dos Poderes da República.

O Ministro Relator Gilmar Mendes, por decisão monocrática, negou seguimento aos Agravos de Instrumento contra o Despacho Denegatório dos Recursos Extraordinários e manteve o seu posicionamento na prolação do voto condutor do Agravo Regimental, seguido unanimemente pelos Ministros da Segunda Turma na sessão de julgamento de 10 de março de 2015.

O Ministro Gilmar Mendes, no voto condutor, considerou que existe jurisprudência consolidada no sentido de que a prestação de serviço público de transporte coletivo interestadual de passageiros, mediante outorga de concessão, deve ser precedida de licitação pública e, num ponto seguinte, reafirmou a possibilidade de controle de

legalidade dos atos da administração pública. Citou os precedentes do RE 626.844-AgR²²³, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, na Primeira Turma (publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 09/10/2014), além do RE 603.530-AgR²²⁴, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, na Primeira Turma e analisado nessa dissertação (publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 14/10/2013). Mencionou expressamente que seguia a posição consolidada da Segunda Turma sobre a questão de não violar o princípio da separação dos poderes o exame de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Citou precedente do STF sobre questão similar, no acórdão relatado pela Ministra Rosa Weber, da Primeira Turma (publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 28/05/2014).

Dois registros de relevo. O primeiro motivado pela verificação da confirmação da linha de jurisprudência consolidada pela obrigatoriedade do dever de licitar a outorga de concessão, seja ela nova, seja ela expirada sem cláusula válida de prorrogação. O segundo relacionado ao enfrentamento explícito do argumento recursal que reclamava intrusão indevida do Poder Judiciário na vida da administração pública, pela determinação, com fixação de prazo, de realização de processo licitatório. Acresço, nesse particular, que a adoção desse fundamento agrega à técnica de prorrogação concessória o reconhecimento da possibilidade de revisão dos atos de prorrogação sob a perspectiva da análise bipartida da regularidade do ato e, ato contínuo de sua eventual invalidação, a sinalização de uma decisão diretiva e ordenatória pelo Poder Judiciário à Administração Pública para impulsionar o processo licitatório. A ressalva nesse ponto fica por conta da cautela com que deve ser utilizado tal mecanismo de coerção do Judiciário, sendo imperativo o estabelecimento de limites à liberdade jurisdicional e a sua intrusão à ação administrativa e a aplicação da técnica da prorrogação concessória. O primeiro limite fica balizado pela análise da necessidade ou não de que essa ordem provenha do acolhimento de pedidos deduzidos nas ações judiciais, sendo questionável o agir do juízo

²²³ “EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Concessão ou permissão. Necessidade de prévia licitação. Precedentes. 1. A jurisprudência da Suprema Corte pacificou o entendimento de que é imprescindível prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços de transporte coletivo de passageiros. 2. Agravo regimental não provido.” (RE 626844 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014)

²²⁴ “CONCESSÃO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL –PRORROGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – LICITAÇÃO. O artigo 175 da Carta de República, ao preconizar o procedimento licitatório como requisito à concessão de serviços públicos, possui normatividade suficiente para invalidar a prorrogação de contratos dessa natureza, formalizados antes de 5 de outubro de 1988. (RE 603530 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 11-10-2013 PUBLIC 14-10-2013)”

independentemente de provocação específica. O segundo limite fica por conta do prazo a ser assinalado para a realização do processo licitatório, que, como defendemos, deve obediência ao tempo administrativo, aqui visualizado e dimensionado pelo tempo levado pela complexidade da operação licitatória, necessidade de realização de estudos com os impactos gerados pela invalidação de atos de prorrogação ou outorgas precárias.

Quanto à identificação dos destinatários do ato administrativo impugnado, temos que ao menos quatro concessionárias de serviço público de transporte interestadual de passageiros eram beneficiárias com o ato da União Federal e da ANTT, em manter a prorrogação de contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo intermunicipal de passageiros.

4.2.2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O Superior Tribunal de Justiça é considerado o órgão jurisdicional dedicado a fixar interpretações sobre o direito positivo federal e infraconstitucional vigente, com propostas de uniformização de jurisprudência aplicáveis aos demais tribunais de instâncias inferiores e aos demais tribunais superiores, à exceção do Supremo Tribunal Federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça é conferida a competência de processar e julgar, de modo originário, crimes comuns praticados por autoridades políticas determinadas, a exemplo de Governadores de Estados e de Distrito Federal (artigo 105, inciso I, alínea “a”), além de julgar os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado – instrumento particularmente relevante no controle dos atos de prorrogação concessória praticados por Ministros de Estado da União Federal – (artigo 105, inciso I, alínea “b”), e conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal a respeito (artigo 105, inciso I, alínea “d”). De forma derivada, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recursos ordinários e especiais (artigo 105, incisos II e III, respectivamente), sendo que quanto aos recursos especiais é destacado que se tratam de recurso em causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrarie tratado ou lei federal ou lhes negue

vigência, julgue válido ato de governo local contestado em face de lei federal (caso particularmente verificado em atos de Prefeitos de prorrogação concessória, questionados em ações populares ou ações civis públicas contra a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos) ou dê à lei federal uma interpretação divergente a que lhe tenha atribuído outro tribunal (artigo 105, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, respectivamente).

A propósito dos resultados da pesquisa quantitativa, observado o recorte material dos três setores regulados mencionados²²⁵, foram selecionados à análise quatro acórdãos relevantes, o AgRg no REsp 1.370.119/RJ; o AgRg no EDcl da SLS 1.437/PR; o EREsp 1.079.126/RS; e o REsp 548.410/PE; apresentados por ordem cronológica da data de julgamento, da mais antiga para a mais próxima da atualidade.

O quinto resultado a ser apresentado, em último lugar, não foi encontrado na pesquisa de acórdãos, mas excepcionalmente será tratado no trabalho. É o MS 20.432/DF, julgado pela Primeira Seção do STJ no mês de junho de 2015, mas com

²²⁵ A pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça foi efetuada na data de 18 de junho de 2015. A primeira proposta de pesquisa realizada foi a adoção das palavras-chave “prorrogação” e “concessão de serviço público”, com o parâmetro “booleano” “e” entre os termos. Houve apenas 25 resultados. Resolvemos ampliar a base mediante a troca do parâmetro “booleano” para “ou”. Provieram 2.818 acórdãos na resposta. Após análise de viabilidade, a segunda proposta foi descartada. A terceira proposta de pesquisa realizada foi a adoção das palavras-chave “prorrogação” e “concessão”, com o parâmetro “booleano” “e” entre os termos. Houve 255 resultados. Comparando os resultados da primeira e da terceira proposta e excluindo os resultados que compareceram em ambas as propostas, foram obtidos 87 acórdãos pertinentes ao tema geral da concessão de serviço público. Desses oitenta e sete resultados, 46 foram pertinentes, porque considerando apenas os três setores regulados selecionados – transportes terrestres, saneamento básico e energia elétrica – e o tema das prorrogações concessórias de serviço público. Os acórdãos remanescentes foram excluídos por não atenderem aos padrões da pesquisa por justificativas abrangentes, dentre elas (i) se tratar de permissão de serviço público (REsp 866.429/GO); (ii) se tratar de questão exclusivamente processual, sem impacto na temática da prorrogação concessória; (iii) versar sobre o Decreto Federal 2.521/1998, que tratou exclusivamente dos instrumentos de permissão e autorização dos serviços de transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros; (iv) versar sobre prestação de serviço bancário (a exemplo do RMS 24118/PR) (v) relacionar a contrato de obra pública (AgRg na SS nº 1940/CE); (vi) tratar de caso repetitivo do Estado do Rio de Janeiro, do DETRO, que expedia outorgas de permissão para transporte coletivo intermunicipal (a exemplo do EDcl no REsp 1.366.651/RJ); dentre outros motivos. No total dos 46 acórdãos pertinentes, foram os seguintes: 1) AgRg no AResp 356.153/RS; 2) AgRg no AResp 185.502/RS; 3) AgRg no Ag 1.199.877/PR; 4) AgRg no AREsp 186044/RJ; 5) AgRg no AREsp 91443/GO; 6) EREsp 1.188.608/RS; 7) AgRg no REsp 1.193.760/RJ; 8) AgRg no Ag 1.233.207/RS; 9) EREsp 1.079.126/RS; 10) AgRg no REsp 1.153.417/RS; 11) REsp 1.117.987/SP; 12) AgRg no REsp 1.116.586/RJ; 13) REsp 964.909/RS; 14) REsp 1.089.206/RS; 15) REsp 976.667/RS; 16) REsp 1.095.323/RS; 17) RMS 24.682/GO; 18) REsp 304.837/PR; 19) REsp 655.207/RJ; 20) REsp 1.238.478/RS; 21) AgRg no EDcl da SLS 1.437/PR; 22) AgRg no REsp 1.238.386/RS; 23) AgRg no REsp 1.067.902/RS; 24) REsp 1.114.094/RS; 25) REsp 548.410/PE; 26) AgRg no REsp 686.569/RS; 27) REsp 431.672/MG; 28) RMS 26.303/GO; 29) AgRg no REsp 1.167.773/RS; 30) REsp 464.268/DF; 31) AgRg na SLS 956; 32) AgRg no AgRg no Ag 1.104.333/RJ; 33) MC 5.849/PR; 34) AgRg na SLS 936; 35) AgRg na SLS 848/BA; 36) REsp 703.399/PA; 37) REsp 1.314.050/RJ; 38) AgRg no REsp 1.139.802/SC; 39) AgRg na Rcl 2.408/PI; 40) AgRg no Ag 668.974/MG; 41) AgRg no REsp 686.969/RS; 42) AgRg na SLS 1.561/SC; 43) AgRg na SS 1.581/PB; 44) REsp 763.762/GO; 45) AgRg no REsp 1.370.119/RJ; 46) AgRg no REsp 1.114.681/SP.

acórdão não publicado. Pela relevância das questões jurídicas legais tratadas, a análise será focada em dois tipos de documentos: as decisões proferidas em caráter unipessoal disponibilizadas no sítio eletrônico do STJ, na tela de Andamento Processual; e os instrumentos acessórios ao processo judicial – a exemplo de documentos institucionais dos agentes participantes desse processo judicial (parecer da Procuradoria-Geral da República) ou a ele externo (notícias da imprensa e de entidades associativas relacionadas ao setor da energia elétrica; manifestações doutrinárias).

4.2.2.1. AGRG NO RESP 1.370.119/RJ

O caso na origem revela a impugnação pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do ajuizamento de duas ações civis públicas, de processo licitatório e a celebração de posterior contrato de saneamento entre o Município de Nova Friburgo e a concessionária Águas de Nova Friburgo. Alegou na petição inicial que o instrumento convocatório da licitação era nulo, bem como o procedimento licitatório e contratos subsequentes, por violação aos princípios da legalidade, generalidade dos serviços públicos e a moralidade administrativa.

Na prática, o contrato havia sido celebrado com o prazo de vinte e cinco anos, com possibilidade de prorrogação por mais vinte e cinco anos tendo sido celebrado com o prazo originário iniciado em meados da década de 1990.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a sentença de improcedência de primeiro grau, para julgar procedente o pedido de declaração de nulidade do contrato de concessão, que ainda se encontrava vigente, fundamentando na existência de vício na licitação e a inaplicabilidade da teoria do fato consumado à situação retratada.

Nas razões do recurso especial, a concessionária alega que o acórdão de apelação partiu de premissa falsa ao julgar, já que até então, no julgamento da apelação, já haviam transcorrido onze anos de um prazo concessório de vinte e cinco anos, aos quais seriam adicionados outros vinte e cinco anos em razão da previsão contratual de prorrogação por igual período. Concluiu que os onze anos, ante os cinquenta anos possíveis, teria sido bastante para convalidar o ato de contratação. Afirmou que o acórdão

levou em consideração a data de ajuizamento da demanda, e não o da celebração do contrato, para afastar a tese de fato consumado.

O Relator do caso foi o Ministro Humberto Martins, na Segunda Turma, julgado na data de 19 de setembro de 2013.

O acórdão do agravo regimental confirmou a decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator, que havia negado seguimento ao recurso especial. Foram dois os fundamentos determinantes relacionados à técnica da prorrogação da concessão: a inaplicabilidade da teoria do fato consumado à situação invocada pela concessionária, já que o contrato de concessão estava com vigência em andamento; e a não incidência de prescrição sobre a pretensão declaratória de nulidade, já que as ações civis públicas teriam sido ajuizadas antes do advento da prescrição. O Ministro ainda fez menção à impossibilidade de intromissão e análise de cláusulas editalícias e contratuais, com apoio nos textos das Súmulas 5 e 7 do STJ.

O julgamento desse caso pode exibir duas tendências no STJ, ao menos na Segunda Turma: a adoção da cláusula de barreira para não tratar de incursionar no debate sobre o conteúdo das cláusulas de contrato ou editalícias que sejam regentes de contrato de concessão e a fixação de que a impugnação a validade da cláusula prorrogatória pode ser feita a qualquer tempo em que esteja vigente o contrato de concessão, não se convalidando com o tempo o vício de ilegalidade que decorra de processo licitatório anterior. Houve, no aspecto da definição do que seria o tempo em que se consumaria eventual vício, o reforço da consideração de que a cláusula de prorrogação de prazo tem ativação em caráter eventual, dependente da manifestação positiva do poder concedente, devendo, assim, ser considerado para a análise do fato consumado o prazo originário da concessão, e não o prazo originário somado com o da eventual prorrogação.

4.2.2.2. AGRG NO EDCL DA SLS 1.437/PR

De acordo com o relatório do acórdão, o caso dos autos revela uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a empresa estadual de saneamento básico paranaense, Sanepar, e o Município de Maringá. Foi veiculado pedido de declaração de nulidade do termo aditivo que estabeleceu prorrogação

do prazo de concessão para a exploração dos serviços de água e esgotamento sanitário, em razão do argumento de inexistência de autorização legislativa à ativação dessa cláusula prorrogatória.

O aditivo contratual fora celebrado na data de 26 de junho de 1996. Tinha por finalidade a extensão do prazo de vigência do contrato de concessão pelo período de mais trinta anos, para além do término de vigência do contrato original, que estava previsto para o dia 27 de agosto de 2009, ou seja, cerca de treze anos depois a prorrogação passaria a ter efeitos.

Na tramitação da ação civil pública na instância de origem, no TJ-PR, houve a concessão de tutela antecipada, por juiz de primeiro grau, para declarar a nulidade do aditivo contratual. A Sanepar obteve no tribunal estadual a suspensão de liminar até o trânsito em julgado da ação civil pública, por meio de uma suspensão de liminar, tendo a decisão daquele tribunal, em cautela deferida pelo Presidente daquela Corte, considerado que o juízo de primeiro grau não observou a formalidade procedimental prevista no artigo 2º da Lei 8.437/1992 para a concessão de liminares contra o Poder Público e suas entidades estatais, uma vez que existia fundamento relevante da argumentação da Sanepar, aquele embasado na tese de que o artigo 2º da Lei Federal 9.074/1995 dispensa a exigência de autorização legislativa para a outorga de concessão em casos de saneamento, aplicável, portanto, à sua prorrogação. A decisão do Presidente do TJ-PR foi confirmada após julgamento de agravo regimental.

No meio tempo, a ação civil pública foi julgada procedente, para declarar a nulidade do aditivo contratual celebrado entre a Municipalidade de Maringá e a Sanepar. Logo na sequência, o Município de Maringá, por meio de seu Prefeito, editou Decreto Municipal 1.204/2010, que determinou a extinção, pela ausência de prévio processo licitatório, a prorrogação da concessão para exploração de serviço público de abastecimento de água e coleta e disposição de esgotos sanitários.

A Sanepar ajuizou, então, reclamação, argumentando que o Decreto Municipal de 2010 teria violado a autoridade da decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que havia sustado os efeitos da tutela antecipada concedida na ação civil pública até o trânsito em julgado. Foi deferida liminar pelo Presidente do TJ-PR na reclamação.

Sobreveio no STJ o pedido de suspensão de liminar, proposto pelo Município de Maringá-PR.

O caso foi relatado pelo Ministro Ari Pargendler, então Presidente da Corte, julgado pela Corte Especial na data de 24 de novembro de 2011.

A Corte Especial confirmou a decisão monocrática, que havia negado seguimento à suspensão de liminar e preservou a decisão da reclamação no tribunal de origem. Como fundamento, o Ministro Relator apontou que o Município objetivava, por via inadequada, obter pronunciamento favorável para liberar a eficácia de Decreto Municipal que extingue contrato de concessão de saneamento outorgado à Sanepar, já que existia a decisão judicial, vigente, que mantinha o contrato do Município com a Sanepar válido até o trânsito em julgado da ação civil pública.

O caso revela a repercussão do controle jurisdicional na ação administrativa. Ainda que não tenha havido análise pelo STJ da validade da cláusula contratual que determinava a prorrogação do contrato favorável à Sanepar, observa-se que a força da decisão judicial que determina a continuidade de contrato de concessão, mesmo com caráter de provisoriedade, tende a gerar efeitos negativos sobre a discricionariedade do administrador em reorganizar a prestação de serviços e tornar ineficaz e inválida, por decisão administrativa pela via de Decreto Municipal, a cláusula prorrogatória prevista no ajuste.

4.2.2.3. EREsp 1.079.126/RS

Os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.079.126/RS foram escolhidos pela repercussão do tema jurídico debatido em dezenove outros acórdãos rastreados no STJ²²⁶, sem considerar as possíveis implicações da definição dessa questão em outros casos, que não passaram pelos crivos materiais da pesquisa.

²²⁶ São eles: 1) AgRg no AResp 356.153/RS; 2) AgRg no AResp 185.502/RS; 3) AgRg no Ag 1.199.877/PR; 4) AgRg no AREsp 186044/RJ; 5) AgRg no AREsp 91443/GO; 6) EREsp 1.188.608/RS; 7) AgRg no REsp 1.193.760/RJ; 8) AgRg no Ag 1.233.207/RS; 9) AgRg no REsp 1.153.417/RS; 10) AgRg no REsp 1.116.586/RJ; 11) REsp 1.089.206/RS; 12) REsp 1.095.323/RS; 13) REsp 1.238.478/RS; 14) AgRg no REsp

O acórdão paradigma e o acórdão embargado foram os proferidos pela 1ª e 2ª Turma, respectivamente REsp 1.089.206/RS e REsp 1.079.126/RS, com divergência reconhecida sobre o tema do termo inicial do prazo prescricional para impugnação de atos que prorrogaram concessão de serviço público que fora outorgada originariamente sem a precedência de licitação.

O caso foi relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido e julgado pela Primeira Seção do STJ na sessão de 13 de dezembro de 2010, em votação de rejeição dos embargos por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux e Cesar Asfor Rocha, que davam provimento aos embargos de divergência.

O entendimento firmado consistiu na verificação de que o termo inicial da prescrição para a ação que objetive declarar a nulidade de ato administrativo de prorrogação ilegal de contrato administrativo está estabelecido na data de encerramento do prazo contratual, ou seja, quando já fluído o período de prorrogação.

Foram seis os fundamentos adotados pelo Ministro Relator. O primeiro decorrente de interpretação literal da Constituição de 1988, pela necessidade de realização de prévia licitação para contratações, aqui se incluindo as prorrogações de contratos vigentes realizadas pelo Poder Público visando a concessão de serviço público. O segundo sustentado na ideia de que a Constituição Federal de 1988 seria autoaplicável às avenças vigentes à época de sua promulgação, tornando maculados negócios jurídicos ou atos administrativos que sejam incompatíveis com as suas disposições, por nulidade absoluta. No terceiro ponto, indicou que se nulo é o contrato, não seria convalidado na sua execução. Em quarto, a nulidade se perpetua até o termo final do prazo de vigência, incluindo o prazo da prorrogação. No quinto, indicou que se o vício se encerra no termo final do contrato, ou de sua prorrogação, esta data seria constituída como o termo inicial do prazo prescricional. Em sexto lugar, apontou a reiterada jurisprudência da Corte, prevalente entendimento nas 1ª e 2ª Turmas do Tribunal e componentes daquela 1ª Seção.

O Ministro Luiz Fux proferiu voto vencido. Articulou a fundamentação de que o termo inicial do prazo da pretensão de impugnar, pela via da ação civil pública, é

1.238.386/RS; 15) AgRg no REsp 1.067.902/RS; 16) REsp 1.114.094/RS; 17) AgRg no REsp 1.167.773/RS; 18) AgRg no AgRg no Ag 1.104.333/RS; 19) AgRg no REsp 1.370.119/RJ.

o da data da realização do ato de prorrogação, sendo que o prazo de prescrição aplicável é o de cinco anos, apoiando-se naquele prazo previsto para a ação popular.

O caso é emblemático, pois tem duas consequências claras. Os casos repetitivos julgados no Rio Grande do Sul, sobre o mesmo tema de prorrogação de concessões de estação rodoviária praticados pelo Departamento de Estradas e Rodagem gaúcho, deverão seguir essa orientação, sob pena de reforma no Tribunal Superior, inclusive por decisão monocrática de negativa de seguimento. O segundo efeito é visualizado da fixação do termo inicial do prazo prescricional, entendimento que pode ser aplicado indistintamente à técnica prorrogatória de concessão. Segundo tal entendimento, a prorrogação, se ativada, fica submetida a controle até o prazo de prescrição ser consumado, sendo que esse lapso somente será transcorrido quando findar o prazo da prorrogação. Ficou vencida a outra tese, de que o prazo da prescrição seria contado da data da edição do ato impugnado.

4.2.2.4. RESP 548.410/PE

O caso foi relatado pelo Ministro Francisco Falcão e foi julgado pela Segunda Turma na data de 06 de dezembro de 2005, por unanimidade, pelo provimento do recurso especial.

A União Federal, por meio da Fazenda Nacional, interpôs o recurso especial contra acórdão do Tribunal Regional da 5ª Região, que havia confirmado sentença de procedência de ação anulatória de débito fiscal ajuizada pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF. Nesse acórdão no tribunal de origem, ficou estabelecido o reconhecimento à CHESF do direito de desfrutar de isenção de taxas e tributos a que estiverem sujeitos os materiais e equipamentos que importar e que fossem destinados às suas instalações, conservação e exploração delas, uma vez que essa isenção vinha prescrita pelo Decreto 8.031/1945.

Nas suas alegações, a União afirma que o artigo 5º do Decreto Federal 19.706/1945, que prorrogou o prazo de concessão à CHESF pelo período de cinquenta anos, não teria contemplado a ampliação do direito à isenção tributária prevista à CHESF

no Decreto-lei 8.031/1945 e limitada ao prazo de dez anos. O Ministro Relator fez menção à tese de interpretação restritiva da isenção tributária.

De relevante para a análise da técnica de prorrogação concessória, ainda que o ato tenha sido realizado em período anterior à Constituição Federal, aponta-se o registro histórico de que a técnica legislativa, mediante a edição de decreto e por prazo longo de vigência, foi o instrumento adotado pela União à época, para conceder a empresa estatal vinculada a União prazo longo de exploração do contrato de concessão de serviço público.

4.2.2.5. MS 20.432/DF

O Mandado de Segurança 20.432/DF foi impetrado pela CEMIG Geração e Transmissão S/A – CEMIG GT contra ato praticado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, que indeferiu o requerimento de prorrogação formulado pela CEMIG em relação à exploração da usina de geração hidrelétrica de Jaguará.

Inicialmente distribuído ao Ministro Sergio Kukina por uma suposta prevenção a outro Mandado de Segurança (MS 20.201), o mandado de segurança foi redistribuído livremente, com a atribuição à Relatoria do Ministro Ari Pargendler.

O documento disponibilizado com o inteiro teor da decisão monocrática proferida pelo Ministro Ari Pargendler traz relatório circunstanciado do arrazoado apresentado pela CEMIG²²⁷. Os argumentos da impetrante podem ser resumidos nos seguintes pontos:

²²⁷ Artigo subscrito por Maria Celeste Morais GUIMARÃES, Diretora Jurídica da Cemig Holding, estrutura com detalhes o raciocínio jurídico e estratégia traçada pela CEMIG para a obtenção do reconhecimento jurídico do seu direito subjetivo à prorrogação da concessão de geração hidrelétrica na Usina de Jaguará. Em resumo, aponta-se que a prorrogação do contrato mencionado encontra embasamento na lei e em cláusula contratual específica e na conduta do próprio poder concedente, que teria prorrogado, com base na cláusula contratual padronizada para as mesmas situações de outorga das concessionárias albergadas pelo artigo 19 da Lei Federal 9.074/1995, outras concessões. Ainda que apontado no escrito que tais prorrogações tenham sido deferidas antes do novo marco legal inaugurado pela Lei 12.783/2013, a articulista defende que a modificação de padrão de conduta do poder concedente gera quebra de confiança e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, impossibilitando cumprimento de obrigações assumidas com terceiros. Confira-se: GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. “Prorrogação das concessões do setor elétrico”. Em: Revista JC. Publicada em 23 de junho de 2013. Disponível em:

a) o indeferimento do requerimento de prorrogação da concessão é ilegal e inconstitucional, porque a prorrogação deveria ser interpretada de acordo com as bases pactuadas no contrato de concessão e da própria Constituição Federal, que no artigo 175, permite a inserção da cláusula prorrogatória no contrato de concessão de serviço público;

b) o direito à prorrogação do prazo de concessão de serviço público encontraria abrigo na cláusula quarta do contrato de concessão e, para exercitá-lo, bastava a formulação do requerimento pela empresa concessionária em até seis meses antes do termo final do ajuste, ou seja, até a data de 28 de fevereiro de 2013, providência reputada como cumprida pela CEMIG;

c) em que pese a Lei Federal 9.074/1995, no artigo 19, confira a discricionariedade do poder concedente, no caso a União Federal, por meio do Ministério de Minas e Energia, para decidir sobre a questão da prorrogação, a CEMIG compreende que a celebração do contrato 007/1997, em uma de suas cláusulas, teria garantido a prorrogação do prazo previsto nos atos da outorga das concessões disciplinadas naquele instrumento contratual; afirma, portanto, que houve a incorporação, ao patrimônio da concessionária, do direito subjetivo à extensão do prazo por 20 (vinte) anos;

d) o poder concedente não poderia ter invocado, como razão de decidir, a superveniente Medida Provisória 579/2012, então já convertida na Lei 12.783/2013, já que se trataria de um marco legal que não poderia retroagir para atingir situações anteriores;

e) ainda em relação ao processo administrativo em que houve a análise do pedido de prorrogação, a CEMIG defende que a União, por meio de sua Consultoria Jurídica, teria reconhecido que a prorrogação, a ser feita pelo poder concedente em decisão pautada pela discricionariedade, estaria tão-somente condicionada à aferição do atendimento dos critérios de qualidade dos serviços prestados e de custo adequado, tal qual fora previsto na cláusula quarta do Instrumento da concessão de serviço público celebrado.

Nessa mesma decisão monocrática, o Ministro Pargendler deferiu a liminar para manter a exploração da usina de Jaguara sob responsabilidade da CEMIG até que o mérito do mandado de segurança fosse examinado. Empregou como fundamentos a existência da relevância do direito invocado, já que o pleito de impugnação da impetrante

estava baseado na tese de respeito às cláusulas do contrato de concessão celebrado com o Governo Federal. E também a questão da urgência da medida, visto que poderia haver em brevidade o advento do termo do prazo contratual sem a solução administrativa de prorrogação do contrato pretendida pela impetrante – como, de fato, ocorreu –, além uma provável relicitação dos ativos, na eventualidade do poder público assim decidir.

Ainda sobre o texto da decisão monocrática liminar, salienta-se que o Ministro Ari Pargendler avaliou que a controvérsia no *writ* estaria cingida à análise da questão se o direito à prorrogação concessória invocado pela concessionária se trataria de um “elemento contratual da concessão de serviço público” e, portanto, um elemento insuscetível de alteração unilateral. Ou se esse direito à prorrogação previsto no contrato se trataria de “mera cláusula regulamentar do serviço”, que poderia ser modificada pela Administração Pública.

Note-se que essa avaliação feita pelo Ministro Relator decorreu do memorial apresentado pelo Advogado-Geral da União, que trouxe a conhecimento parecer elaborado pelo Procurador Federal Luiz Reimer Rodrigues Rieffel. Nesse parecer, após considerações introdutórias sobre o anterior MS 20.201/DF também impetrado pela CEMIG para fazer valer o direito de ter apreciado o pedido de prorrogação pelo Governo Federal, o Procurador Federal parecerista defendeu que (i) o regime jurídico da prorrogação de concessões que eram alcançadas pelo artigo 19 da Lei Federal 9.074/95 teria sofrido substancial modificação com o advento da Medida Provisória 579/2012, convertida na Lei 12.783/2013 e (ii) que ao Estado era permitida a modificação unilateral de cláusulas regulamentares do contrato de concessão, na qual se incluiria a questão do prazo, opinando, ao final, pelo indeferimento do pedido de prorrogação formulado pela CEMIG pela ausência de direito adquirido à prorrogação do prazo da concessão. No passo, observa-se que o entendimento do Procurador Federal quanto à identificação do prazo – e, por reflexo, da prorrogação – como uma cláusula regulamentar estava embasada em excerto de doutrina de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, em trecho de seu “Curso de Direito Administrativo”.

Também foi possível apurar a manifestação da Procuradoria-Geral de República a respeito do tema, uma vez que o Parecer 10.842 foi divulgado em sítio

eletrônico da Procuradoria Geral da República²²⁸. No parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República Antonio Fonseca, o Ministério Público Federal (MPF) opinou pelo indeferimento da segurança postulada. Apontou, na suma de seus fundamentos, que:

a) o artigo 19 da Lei Federal 9.074/1995, mais o Contrato 007/97 celebrado pela CEMIG com a União, facultam à União Federal prorrogar o contrato pelo prazo de vinte anos se avaliado o atendimento aos consumidores a custos adequados da energia elétrica;

b) o artigo 1º da Medida Provisória 579/2012, convertida na Lei Federal 12.783, trouxe ao sistema normativo alteração das condições de prorrogação, que teriam passado a um controle mais rígido do órgão regulador do setor elétrico, a ANEEL;

c) o MPF reconhece que no momento da publicação da Medida Provisória 579/2012 a CEMIG possuía expectativa de direito à prorrogação, expectativa essa que, apesar de não frustrada, se transformou em opção “menos atrativa do ponto de vista econômico”;

d) afirma ainda que a prorrogação é a exceção nos casos de concessão de serviço público e o prazo cria relação de direito público que vincula poder concedente e concessionário, criando expectativa para terceiros e investidores;

e) cita a competência da União em explorar diretamente ou regular um segmento da economia (artigo 21, inciso XII, “b”), a que não podem ser oponíveis as defesas de ato jurídico perfeito e direito adquirido se os próprios preceitos legais apontados tenham ressalvado a possibilidade de a União Federal, “no tempo e modo”, intervir para corrigir materialmente algum tipo de imperfeição regulatória, em nome da “supremacia do interesse público”;

f) registra que a Lei 9.074/95 tinha um escopo definido para a prorrogação, de garantir o atendimento aos consumidores a custo adequado, sendo que a decisão da União em atualizar o marco regulatório do artigo 19 da Lei Federal 9.074/1995 em idos de 2012 estava situado na ponderação de que a CEMIG – e as outras

²²⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “MPF é contra prorrogação do contrato de concessão da Usina de Jaguara para Cemig”. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-e-contra-a-prorrogacao-do-contrato-de-concessao-da-usina-de-jaguara-para-cemig. Acesso em: 15 de julho de 2015.

concessionárias em similar situação – já teria amortizado os investimentos que aplicou na Usina de Jaguará, de modo que os seus ganhos estariam refletindo prejuízo aos consumidores, já que ela estaria equivalendo, na comercialização, um preço mais alto praticado pelas usinas mais novas que não amortizaram os ativos;

g) cita que houve um repaginamento das condicionantes à prorrogação com a Lei 12.783/2013, com a regulação por incentivo, para que haja um maior prazo de exploração (houve alteração da lei de 20 para 30 anos de prorrogação possível) e mais controle sobre a produção, mediante a regulação da ANEEL;

h) articula que a mutabilidade natural das condições de produção de bens e serviços no geral, inclusive nos públicos, impõe ajustamentos em políticas públicas de prestação de serviço público, e é autorizada pelo artigo 175 da Constituição Federal, que não alberga a ideia de perpetuação de ambiente de negócio;

i) a concessão de serviço público, ainda que implementada pelo instrumento contratual, deve ser observada numa dimensão pública geral, abrangendo as normas constitucionais e legais que a regem, com o detalhe de que, na manifestação do MPF, se declara expressamente que “o conteúdo da norma contratual não tem mais significado do que o da norma legal e constitucional”;

j) diante desse cenário, aponta que a prorrogação só pode ser justificada por razões de eficiência econômica, um dos princípios constitucionais positivados no artigo 37, com a análise de relação de custo e benefício e avaliada em termos de resultados ao mesmo tempo vantajosos a todos os agentes envolvidos, coletividade de usuários do serviço de energia elétrica, investidores e exploradores privados do negócio, além, claro, do poder público concedente.

O MS 20.432 foi apreciado no mérito pela Primeira Seção em três sessões de julgamento, ponteadas e intervaladas pelos pedidos de vista, realizadas em 14 de maio e 10 de setembro de 2014 e 24 de junho de 2015. No cômputo geral, o voto do Ministro Relator Ari Pargendler pelo indeferimento da segurança saiu-se acompanhado pela maioria dos Ministros, em número de seis, vencidos os Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho.

Apenas o voto-vista divergente do Ministro Arnaldo Esteves Lima consta disponibilizado do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça²²⁹, enquanto os pronunciamentos dos demais Ministros – Ari Pargendler, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Napoleão Nunes Maia Filho – apenas tiveram acesso franqueado às partes, mediante as notas taquigráficas do julgamento.

Nos fundamentos do voto vencido, o Ministro Arnaldo Esteves Lima concedia a segurança com a seguinte linha de raciocínio:

a) os contratos devem ser regidos pelo ordenamento jurídico em vigor da data de sua celebração, em consonância com a garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada para que sejam garantidos paz social, segurança jurídica, boa-fé objetiva entre outros valores da sociedade, apoiando-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto (sobretudo AI 292.979, relatado pelo Ministro Celso de Mello, DJ 19/02/2002);

b) o pedido de prorrogação da CEMIG, previsto no contrato e pelas regras em vigor quando da sua pactuação, é legítimo na visão do Ministro, já que o instrumento contratual teria sido explícito em garantir a possibilidade da prorrogação vintenária, citando, nesse passo, o parecer de Luís Roberto BARROSO, para quem deve ser dada proteção ao ato jurídico perfeito, confiança legítima, boa-fé e isonomia e garantida a possibilidade de prorrogação vintenária autorizada no contrato de concessão, sem obediência às normas previstas na Lei 12.783/2013, que não teriam no seu bojo apenas normas de caráter regulamentar e alegadamente alteráveis a qualquer tempo pela administração pública²³⁰; o Ministro ainda citou pareceres que foram proferidos por Eros Roberto GRAU e Floriano de Azevedo MARQUES NETO, favoráveis ao entendimento da existência do direito à prorrogação da concessão de serviço público pela CEMIG;

²²⁹ Dado confirmado em 13 de janeiro de 2016.

²³⁰ Ao que parece, o parecer inspirou a redação do seguinte artigo, publicado posteriormente pelo autor e inspirado nas mesmas bases teóricas. Confira-se: BARROSO, Luís Roberto. “Concessões de geração do setor elétrico brasileiro. Reformulação do setor pela Lei 9.074/1995. Regime de Transição, prazos e poder/dever de autotutela da Administração Pública”. Em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al.* Direito Administrativo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 501-535.

c) aponta, ainda, que a empresa estatal é regulada pelo artigo 173 da Constituição Federal e, embora não afaste a regra-matriz das concessões de serviço público prevista no artigo 175 da Carta Magna, determina o cumprimento de uma série de compromissos sociais, trabalhistas, tributários e principalmente com o próprio serviço público explorado, de modo que a alteração brusca do regime poderia acarretar sério risco à empresa no cumprimento de seus compromissos;

d) finalmente, coloca como outro fundamento o tratamento desigualitário dado à CEMIG em relação às outras concessionárias que tinha obtido, nas mesmas situações, o deferimento de seus requerimentos de prorrogação.

No dispositivo do voto, o Ministro Arnaldo Esteves Lima determinava que a União, por meio do Ministério de Minas e Energia, prorrogasse, nos termos originais do contrato, pelo prazo de mais vinte anos a concessão, apontando a sua harmonia com a Constituição, a lei e o instrumento contratual, além de especificar o respeito à diretriz finalística do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já que a CEMIG seria caudatária de um cumprimento rigoroso das normas relativas à boa prestação do serviço público de geração e distribuição de energia elétrica.

A análise dessa conjuntura do julgamento do MS 20.432, decerto, fica prejudicada de ser trazida de modo exato, pela ausência de disponibilização e publicação dos votos dos Ministros remanescentes e, principalmente, pela falta do voto do Ministro Relator Ari Pargendler.

Podemos, no entanto, situar que a resposta institucional desse julgamento é relevante no sentido da apuração das externalidades da alteração de regime jurídico de setor de serviço público concedido e da consolidação da importância do instrumento contratual da concessão como um vetor de relevância na fixação de deveres e obrigações entre os partícipes desse pacto, ao qual também se deve deferir a tutela jurídica apropriada.

Note-se, de todo o modo, que a discussão travada nos autos supera uma singela consideração de se tratar de caracterizar a cláusula de prazo e a prorrogação respectiva como uma categoria de cláusula regulamentar ou cláusula contratual e, por consequência, reconhecer a aplicação de todo o regime decorrente dessa classificação. A avaliação deve passar, principalmente, sobre a observação do papel da administração pública como poder concedente, se a sua atuação está cometida ao tempo administrativo e

se ela pode acarretar essa sorte de significativas mudanças em setores de serviços públicos concedidos. Lógico que a competência prevista pela Constituição Federal não falta à administração concedente, para que melhor distribua os recursos e incentivos para que determinado serviço público seja prestado – e, nisso, se insere a pauta relativa à definição dos contratos de concessão e a incidência das cláusulas prorrogatórias. Todavia, e esse ponto ficou bem acentuado do voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, a administração pública concedente deve ter em mente regras de direito orientativa de sua conduta, sob pena de, ao sabor de corrigir ou reordenar a estruturação de um determinado serviço público, o poder concedente poder gerar absoluto desrespeito às obrigações pactuadas no contrato de concessão originário e violar ato jurídico perfeito.

Em que pese não haja um direito absoluto e irrestrito à obtenção da prorrogação de concessão de serviço público tratada no caso, é certo que o próprio poder concedente assumiu a responsabilidade contratual de julgar um requerimento de prorrogação fixado em pauta certa de condicionamentos, o que torna a sua discricionariedade quanto à negativa da prorrogação restrita à verificação do não preenchimento regular dos condicionamentos pela concessionária postulante.

Uma discussão que poderia ter sido objeto de análise reside justamente na diferenciação entre prorrogação própria e imprópria. A adoção de uma nova solução de prorrogação imprópria poderia ser reconhecida como de efetividade imediata, preservando-se, todavia, os atos praticados até então. Ou seja, com o advento do novo marco do setor elétrico, gerando o novo tipo de prorrogação imprópria das concessões de serviço público de energia nele indicada, restariam resguardadas as cláusulas prorrogatórias de prazo com fundamento no contrato então vigente. Poderia ser imaginada convivência pontual entre os sistemas.

Seguimos com a análise dos resultados apurados dos Tribunais Regionais Federais, na aplicação da técnica da prorrogação da concessão de serviço público.

4.3. EXAME DA JURISPRUDÊNCIA: TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

O segundo agrupamento de resultados de acórdãos a analisar consistirá nos Tribunais Regionais Federais, que, por força constitucional, têm fixada a competência

de processar e julgar, de forma derivada em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição (artigo 108, inciso II). E aos juízes federais de primeira instância se atribui a competência de processar e julgar causas que tenham como litigante a União, entidade autárquica ou empresa pública federal na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, entre outras opções de sujeição no processo, além de causas de “habeas corpus” em matéria criminal de sua competência, mandados de segurança e “habeas data” contra ato de autoridade federal, entre outras (artigo 109, incisos I, VII e VIII).

A propósito dos resultados da pesquisa quantitativa e qualitativa prévia²³¹, foram selecionados à análise dois acórdãos pertinentes, o Reexame Necessário

²³¹ A pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal Regional da 1ª Região foi feita na data de 20 de agosto de 2015. Dois esquemas foram utilizados. O primeiro envolveu soma das palavras-chave “prorrogação” e “concessão de serviço público”, com o parâmetro de união “e”. Foram encontrados nove resultados, pertinentes ao tema da concessão de serviço público. Num momento seguinte, as palavras-chave adotadas foram prorrogação e concessão, com o mesmo parâmetro de união “e”. De 230 resultados, 29 resultados pertinentes ao tema geral de concessão de serviço público. Na análise crítica dos acórdãos, nenhum acórdão dos setores regulados selecionados foi rastreado. Dentre os motivos de exclusão, temos que havia questões relativas à organização do sistema de transporte rodoviário internacional e interestadual por meio dos instrumentos de autorização e permissão, questões relacionadas a concessão de uso de áreas aeroportuárias, além de se tratarem alguns acórdãos de outros setores regulados, como radiodifusão, portos, ferrovias e telecomunicações.

Já a pesquisa no Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi realizada em 15 de agosto de 2015. Foram obtidos os seguintes resultados. Com as palavras-chave "prorrogação" e "concessão de serviço público", foram 7 resultados de acórdãos. Dos sete acórdãos, dois tratavam de anulação de contrato de concessão, porque firmado em dissonância àquilo que o edital convocatório da licitação havia proposto (inclusive com aumento do prazo do contrato de concessão); dois tratavam de prorrogação no sentido do processo judicial (de competência); um tratava de contrato administrativo de prestação de serviço, regido pela Lei Federal 8666/93; um menciona a prorrogação citada no art. 175, CF/88, mas o caso de fundo envolve pedido de intervenção na VASP formulado por Sindicato Nacional de Aeronautas. Apenas um único caso de inteiro teor faz menção isolada à possibilidade de prorrogação do contrato de concessão de transporte ferroviário de carga da Malha Sul, celebrado entre a RFFSA e a União Federal. Procedi a uma segunda pesquisa, com as palavras-chave "prorrogação" e "concessão". Mais de 4.000 acórdãos, inviável o rastreamento. Necessário então novo critério de pesquisa: palavras chave "prorrogação" e "concessão" e 8987 (44 acórdãos, sendo 21 aproximados ou pertinentes); palavras-chave "Prorrogação" e "concessão" e "serviço público" (414 acórdãos). Embora alguns casos tenham aparecido em relação aos setores de portos, radiodifusão e telecomunicações, nenhum resultado atendeu à classificação de setores regulados prescrita pela pesquisa.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consultado em 15 de agosto de 2015, a pesquisa foi frutífera, assim como no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No TRF-3ª Região, motor de pesquisa não retornou nenhum resultado com as palavras chave "concessão de serviço público" E "prorrogação". A alternativa foi buscar a pesquisa pelos motores genéricos: prorrogação e concessão e serviço e público (22 resultados); prorrogação e concessão (588 resultados). Também por setores regulados, de acordo com a competência da União Federal: prorrogação e concessão e aéreo ou radiodifusão ou energia ou transporte. No setor de radiodifusão, foi obtido um único resultado, pertinente. No setor de concessão aérea, foram obtidos 4 resultados, apenas um com pertinência limitada, pois relacionado ao caso de Infraero e concessão de uso de bem público. Fixada a limitação material da pesquisa, consideramos relevantes os seguintes: no setor de energia elétrica, foram obtidos 4 resultados, dois pertinentes (Reexame Necessário 0000532-79.2005.4.03.6110, selecionado como paradigma; Reexame Necessário 0005697-79.2006.4.03.6108, sendo este último um caso de concessão de geração de energia elétrica e concomitância de outorga de nova concessão ou prorrogação com o processo de privatização de empresa estatal). No setor de transporte

Cível 1341648, julgado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região (setor de energia elétrica); a Apelação Cível 5022350-56.2012.404.7200, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (setor de energia elétrica), apresentados pelo tribunal respectivo.

4.3.1. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF-3ª REGIÃO)

O caso selecionado - Reexame Necessário Cível 1341648 – verte sobre ação popular ajuizada por Fernando Costa Goulart contra a União Federal objetivando a declaração de nulidade do ato de prorrogação de contrato de concessão da ANEEL 008/2004, alegando dois vícios, inconstitucionalidade e ilegalidade da Portaria 69/2004, do Ministério de Minas e Energia, além da supressão indevida de processo licitatório.

A ação popular foi julgada na sessão de 20 de junho de 2013, relatada pelo Desembargador Federal Nery Junior na Terceira Turma. A votação, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, mantendo a sentença de improcedência proferida na origem, com base na ausência de provas de demonstração do alegado.

coletivo, foram obtidos 7 resultados, sendo 2 pertinentes, mas descartados, por tratarem de aplicação das regras do Decreto 2.521/1997 para outorga de permissões e autorizações pela ANTT nos transportes rodoviários de natureza interestadual.

Por fim, o TRF-4ª Região, consultado no mesmo dia 15 de agosto de 2015. Com as seguintes palavras-chave, no inteiro teor (havia opção pela ementa). Segui o itinerário “prorrogação” e “concessão de serviço público”: 62 resultados; prorrogação e concessão e “serviço público”: 776 resultados; prorrogação e concessão e elétrica: 258 resultados; com o filtro “9074” adotado na sequência, 7 foram encontrados. Dentre esses 7, 3 são pertinentes, sendo que apenas um deles trata de energia elétrica; os outros, um versa sobre transporte rodoviário e um sobre terminal de uso privativo; prorrogação e concessão e radiodifusão - 27 resultados, nenhum pertinente; prorrogação e concessão e transporte - 456 resultados; pus filtro “8.987”, baixou para 30 resultados: 16 pertinentes, sendo que alguns já estavam na listagem. Com os termos “prorrogação” e “concessão”, 8677 resultados (inteiro teor) e 341 (ementa). O site de pesquisa possibilita filtrar os resultados. Tirando “previdenciário”, “auxílio-doença” e militar, baixou para 2884 registros. Porém, esse último critério, por inviável, foi descartado.

Sobre os acórdãos aderentes aos recortes propostos da pesquisa, seguem: de transporte rodoviário, AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013534-20.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO 5027692-80.2013.404.0000; AGRAVO DE INSTRUMENTO 5021935-08.2013.404.0000; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5021381-73.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5010416-36.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5020108-59.2013.404.0000/RS; AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5016638-20.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009433-37.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008715-40.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003662-78.2013.404.0000/RS; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003308-53.2013.404.0000.; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003204-61.2013.404.0000; AGRAVO DE INSTRUMENTO 5001851-83.2013.404.0000. De energia elétrica, APELAÇÃO CÍVEL 5022350-56.2012.404.7200; APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2002.04.01.051625-3/SC.

Com relação à técnica da prorrogação da concessão de serviço público, reputamos relevante o acórdão porque houve a interpretação pela inaplicabilidade do artigo 25 da Lei Federal 9.074/1995 a casos de concessão para aproveitamento hidrelétrico, com explícita declaração de que ele seria aplicável a casos de prorrogação de outorga relativa a empreendimentos de geração elétrica vinculados à prestação de serviço público. Os outros fundamentos do julgado se distanciam da questão da técnica prorrogatória.

A relevância do caso fica por conta da ausência de questionamento de inconstitucionalidade, ou de incompatibilidade da norma prevista no artigo 25 da Lei Federal 9.074/1995, ratificando-se, nessa medida, a possibilidade de adoção da prorrogação nela preceituada.

4.3.2. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF-4ª REGIÃO)

O caso selecionado - Apelação Cível 5022350-56.2012.404.7200 – versa sobre apelação interposta pela CELESC Geração S/A contra a União Federal, objetivando declaração de direito subjetivo à prorrogação da concessão de serviço público de geração de energia elétrica, relacionado à Usina Hidrelétrica PHC Pery, em conformidade com o disposto no artigo 26, parágrafo sétimo, da Lei Federal 9.427/1996.

A apelação foi relatada pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgada na Terceira Turma em 04 de dezembro de 2013, com unanimidade de votos pelo desprovimento da apelação.

As razões de apelação foram resumidas pelo parecer do Ministério Público Federal²³².

²³² “Sustenta o apelante [CELESC] que em 2008 apresentou projeto para investimentos na ampliação da PHC Pery, visando aumentar a capacidade de produção de energia elétrica de 4,4MW para 30MW, o qual foi aprovado pela Agência Nacional de Energia Elétrica em 28/11/2011. Informa que, em 27 de janeiro de 2012, solicitou a outorga para ampliação da Usina Pery e a consequente prorrogação da concessão, com base no art. 26, §7º, da Lei 9.427/96, a fim de garantir a amortização dos investimentos e o equilíbrio econômico-financeiro e que, em 02/10/2012, a ANEEL concedeu a autorização para a execução das obras. Alega que para atender a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, a Celesc Geração requereu em 15/10/2012 a prorrogação das concessões das Usinas Bracinho, Garcia, Cedros, Salto, Ivo Silveira, Pirai e Palmeiras, ressaltando que para a Usina Pery, havia sido apresentado pedido de prorrogação nos termos do artigo 26, §7º, da Lei 9.427/96. A ANEEL emitiu a Nota Técnica nº 413/2012, em 19/10/2012, recomendando a aplicação do artigo 26, §7º, da Lei 9.427/96 ao caso, todavia, o Ministério de Minas e

Nos fundamentos do voto condutor do acórdão, o Desembargador Relator partiu de entendimento inicial no sentido de que o Judiciário pode efetuar controle de legalidade sobre os atos das agências reguladoras – no caso, a ANEEL. Depois considerou que o dispositivo legal mencionado pela apelante estabelecia que a concessão poderá ser prorrogada por prazo suficiente à amortização dos investimentos, mas vincula, para o seu deferimento, que haja a aceitação expressa da concessionária das regras firmadas pelo novo regime jurídico da energia elétrica, inaugurado pela Lei Federal 12.783/2013, inclusive as disposições de condicionamentos fixadas no artigo 1º dessa última lei citada. Ainda, o Desembargador Relator afirmou que a prorrogação constitui ato discricionário do poder concedente e que inexistiria direito adquirido à prorrogação, mas sim uma mera expectativa de direito, até porque o processo constitutivo do direito não teria se aperfeiçoado.

Com a ressalva de respeito à posição externada no voto, pondero pela sua inconsistência, por dois motivos principais. O primeiro relativo a apontamento feito no próprio acórdão, em sua última oração, se afirmando que “quando a prorrogação da concessão foi deferida, já vigorava o novo regime jurídico previsto na Lei n. 12.783/2013, cujos efeitos projetam-se no caso em tela”. Ou seja, houve reconhecimento pelo próprio acórdão de que a ANEEL, mais do que processar o requerimento de prorrogação concessória, já havia consentido com a prorrogação sob o influxo das regras da Lei Federal 9.427/1997, mediante o impulso de obrigações de investimento relacionadas ao novo período de exploração. O segundo apontamento é referente à total desconsideração do instrumento contratual de concessão do caso, que trazia cláusula prorrogatória específica e sequer foi analisada no sentido de sua invalidade ou de ineficácia superveniente.

4.4. EXAME DE JURISPRUDÊNCIA: TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS

Energia negou a aplicação do artigo em comento, encaminhando minuta de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Geração nele consignando que toda a energia produzida pela Usina Pery, inclusive aquela decorrente de ampliação, seria destinada ao sistema de cotas previsto na MP 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/13. Aduz que a decisão do Ministério de Minas e Energia é ilegal e que inviabiliza a amortização dos investimentos realizados, reduzindo o valor da remuneração dos ativos para o período da prorrogação. Sustenta, ainda, que possui direito adquirido à prorrogação, devendo ser assegurado o princípio da segurança jurídica e observados os princípios do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da boa-fé objetiva e da proteção da confiança (Evento 59, Origem).”

Dotados de competência residual, os Tribunais de Justiça Estaduais acabam reunindo o maior volume de processos, especialmente os de realidade municipal e estadual.

A propósito dos resultados da pesquisa quantitativa²³³, foram selecionados à análise quatro acórdãos pertinentes, apresentados um para cada tribunal estadual.

No TJ-MG, foram apurados 38 acórdãos²³⁴ que atenderam às prescrições de pesquisa.

²³³ Os motores de pesquisa nos tribunais estaduais são desuniformes, razão pela qual diferenciaram os métodos adotados para cada tribunal estadual. Outro problema enfrentado é a falta de alimentação nesse sistema de busca quanto a acórdãos com data remota, geralmente os anteriores à década de 2000.

(A) No TJ-MG: O sistema de pesquisa de jurisprudência no site do TJ-MG não permite filtrar os resultados após a postura das palavras-chave.

Numa pesquisa preliminar, foram identificados casos repetitivos que se referiam a causas de repetição de indébito relacionada à tarifa de energia elétrica. Foi necessária criação de um critério de exclusão negativo, para evitar a incidência desse efeito multiplicativo de acórdãos.

Foram então realizados dois tipos de pesquisa avançada de inteiro teor, na data de 19 de julho de 2015:

1) a primeira colocando as seguintes palavras-chave: prorrogação E "concessão de serviço público" NAO "repetição de indébito": 175 resultados. Desses, foram considerados 78 acórdãos pertinentes, relacionados ao tema de concessão de serviço público em geral.

2) a segunda: prorrogação E "concessão de serviço público" NAO "repetição de indébito", mais a ferramenta de limitar a pesquisa de acordo com a referência legislativa (artigo 175, CF; e/ou Lei 8987/95). 10 resultados, a maioria relativa à questão de concessão de táxi.

Optou-se pela primeira pesquisa, porque mais abrangente.

Da leitura crítica do inteiro teor, resultaram os 38 acórdãos apontados.

(B) No TJ-RJ: a pesquisa realizada em 17 de agosto de 2015, foram utilizadas as palavras-chave "concessão de serviço público" E "prorrogação". Foram obtidos 218 resultados. Foram excluídos resultados relacionados à relação usuário-concessionária (como pedidos de repetição de indébito, por cobrança indevida).

Somente do relator Desembargador Ronaldo José Oliveira Rocha Passos foram 108 resultados, em sua maioria relacionados ao caso das permissionárias, do DETRO-RJ. A pesquisa resultou no número de 11 acórdãos relativos à técnica prorrogatória.

(C) No TJ-RS: a pesquisa foi efetuada com a palavra-chave "prorrogação" e o filtro de pesquisa "com a expressão", sendo nele preenchida "concessão de serviço público". Foram obtidos 105 resultados, dos quais foram total ou parcialmente pertinentes à análise final os 43 acórdãos mencionados. Como motivos de exclusão, podemos citar: - recorte metodológico de ordem processual: (a) embargos de declaração que confirmam resultado do acórdão embargado sem aprofundamento ou novo esclarecimento de análise de dispositivos legais pertinentes à pesquisa;

(b) acórdãos que se restringem a analisar questões de natureza processual, como exceção de incompetência.

- recorte metodológico material: serviços públicos com referência constitucional são incluídos na pesquisa; serviços públicos sem referência constitucional são excluídos, a exemplo de estacionamento rotativo em área azul, táxi.

- exclusão de resultados que tratem, única e exclusivamente, de definição de marco inicial de fluência do prazo da concessão; por exemplo, Agravo de Instrumento 70054572476, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges, 21a Câmara Cível, j. 17/07/2013;

- exclusão de resultados que não abordem sobre a prorrogação de concessão: por exemplo, ação de cobrança por diferença de repasse tarifário, com a finalidade de recomposição de equilíbrio econômico financeiro.

(D) No TJ-SP: em 18 de Agosto de 2015, realizei pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal.

Utilizei, primeiramente, as palavras chave prorrogação e "concessão de serviço público". Foram encontrados 133 resultados, dos quais foram rastreados como pertinentes e relacionados à prorrogação de concessão de serviços públicos 35 resultados.

No TJ-RJ, 11 acórdãos²³⁵.

No TJ-RS, 43 acórdãos²³⁶.

²³⁴ 1) Apelação Cível 1.0433.04.140723-3/001; Número CNJ: 1407233-52.2004.8.13.0433; 2) Apelação Cível 1.0433.05.145923-1/003; Processo CNJ: 1459231-25.2005.8.13.0433; 3) Agravo de Instrumento-Cv 1.0433.14.041159-9/001; Número CNJ: 1029589-95.2014.8.13.0000; 4) Agravo de Instrumento-Cv 1.0480.14.004960-6/001; Número CNJ: 0402956-96.2014.8.13.0000; 5) Agravo de Instrumento-Cv 1.0480.14.004960-6/002; Número CNJ: 0405036-33.2014.8.13.0000; 6) Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.430151-4/001; Número CNJ: 0131404-55.2014.8.13.0000; 7) Apelação Cível 1.0024.12.041165-7/001; Número CNJ: 0411657-42.2012.8.13.0024; 8) Agravo de Instrumento-Cv 1.0471.12.014110-9/001; Número CNJ: 1308559-96.2012.8.13.0000; 9) Ap Cível/Reex Necessário 1.0145.07.380203-8/004; Número CNJ: 3802038-70.2007.8.13.0145; 10) Ap Cível/Reex Necessário 1.0145.07.381012-2/008; Número CNJ: 3810122-60.2007.8.13.0145; 11) Apelação Cível 1.0693.05.036885-3/001; Número CNJ: 0368853-36.2005.8.13.0693; 12) Apelação Cível 1.0216.06.040597-6/002; Número CNJ: 0405976-10.2006.8.13.0216; 13) Apelação Cível 1.0216.06.040597-6/002; Número CNJ: 0405976-10.2006.8.13.0216; 14) Apelação Cível 1.0625.08.085546-7/003; Número CNJ: 0855467-81.2008.8.13.0625; 15) Apelação Cível 1.0702.06.326677-0/003; Número CNJ: 3266770-24.2006.8.13.0702; 16) Apelação Cível 1.0647.07.071549-3/001; 17) Reexame Necessário-Cv 1.0382.04.039822-6/001; 18) Ap Cível/Reex Necessário 1.0525.06.095067-8/008; 19) Agravo de Instrumento 1.0394.07.073228-1/001; 20) Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.01.588157-6/003; 21) Reexame Necessário-Cv 1.0024.04.423824-4/001; 22) Ação Direta Inconst 1.0000.05.421794-8/000; 23) Agravo Regimental 1.0000.07.464486-5/001; 24) Apelação Cível 1.0183.05.084770-0/001; 25) Agravo de Instrumento 1.0525.06.095067-8/001; 26) Agravo de Instrumento 1.0525.06.095067-8/002; 27) Agravo de Instrumento 1.0525.06.095067-8/003; 28) Apelação Cível 1.0400.00.002786-4/001; 29) Agravo de Instrumento 1.0439.05.045377-8/001; 30) Agravo Regimental 1.0000.05.417047-7/001; 31) Apelação Cível 1.0000.00.345202-6/000; 32) Agravo de Instrumento 1.0105.04.117284-9/001; 33) Agravo de Instrumento 1.0049.04.005604-3/001; 34) Ap Cível/Reex Necessário 1.0713.01.002418-8/001; 35) Apelação Cível 1.0000.00.265715-3/000; 36) Agravo de Instrumento 1.0000.00.253225-7/000; 37) Apelação Criminal 1.0000.00.194804-1/000; 38) Apelação Cível 1.0000.00.199552-1/000.

²³⁵ 1) Agravo de Instrumento 0003879-88.2015.8.19.0000; 2) Apelação 0019000-62.2003.8.19.0038; 3) Apelação Cível 0060812-74.2009.8.19.0038; 4) Apelação Cível 0021705-76.2005.8.19.0001; 5) Apelação Cível 0041665-18.2005.8.19.0001; 6) Apelação 0005511-97.2005.8.19.0066; 7) Embargos Infringentes 0004873-18.2004.8.19.0028; 8) Direta de Inconstitucionalidade 0032272-67.2008.8.19.0000; 9) Apelação 0004873-18.2004.8.19.0028; 10) Apelação 0000437-79.2005.8.19.0028; 11) Direta de Inconstitucionalidade 0018386-11.2002.8.19.0000.

²³⁶ 1) Embargos de declaração 70064774631 [Número CNJ: 0162841-10.2015.8.21.7000]; 2) Reexame Necessário 70064396427 ou Número CNJ 0125020-69.2015.8.21.7000; 3) Embargos de declaração 70059219519 ou Número CNJ: 0114514-68.2014.8.21.7000; 4) Embargos de declaração 70061440692 ou Número CNJ: 0336659-37.2014.8.21.7000; 5) Apelação Cível 70024031098 ou Número CNJ: 0047082-42.2008.8.21.7000; 6) Embargos de declaração 70059219519 ou Número CNJ: 0114514-68.2014.8.21.7000; 7) Apelação Cível 70052791654 ou Número CNJ: 0003790-31.2013.8.21.7000; 8) Apelação e Reexame Necessário 70004840294 ou Processo CNJ: 0000231-52.2002.8.21.7000; 9) Apelação criminal 70056377872; Número CNJ: 0362414-97.2013.8.21.7000; 10) Apelação cível 70054967906; Número CNJ: 0221417-64.2013.8.21.7000; 11) Embargos de declaração 70054724315; Número CNJ: 0197058-50.2013.8.21.7000; 12) Ação Direta de inconstitucionalidade 70044887180; Número CNJ: 0421512-81.2011.8.21.7000; 13) Embargos de declaração 70051864593; Número CNJ: 0493057-80.2012.8.21.7000; 14) Apelação cível 7004699175; Número CNJ: 0004507-77.2012.8.21.7000; 15) Apelação Cível 70035106962; Número CNJ: 0098411-25.2010.8.21.7000; 16) Apelação e Reexame Necessário 70045479805; Número CNJ: 0480774-59.2011.8.21.7000; 17) Apelação cível 70029319159; Número CNJ: 0017985-60.2009.8.21.7000; 18) Apelação cível 70043149012; Número CNJ: 0247695-73.2011.8.21.7000; 19) Reexame Necessário 70043155498; Número CNJ: 0248343-53.2011.8.21.7000; 20) Apelação cível 70042364125; Número CNJ: 0169206-22.2011.8.21.7000; 21) Apelação cível 70020312278; Número CNJ: 0003973-12.2007.8.21.7000; 22) Embargos Infringentes 70036354975; 23) Reexame necessário 70026292292; Número CNJ: 0014572-73.2008.8.21.7000; 24) Agravo de Instrumento 70033920620; Número CNJ: 0252631-15.2009.8.21.7000; 25) Apelação Cível 70023635261; Número CNJ: 0001594-

No TJ-SP, 35 acórdãos²³⁷.

4.4.1. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJ-MG)

O acórdão selecionado versa a respeito da Apelação Cível 1.0647.07.071549-3/001, relatada pelo Desembargador Alberto Vilas Boas e julgada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na data de 10 de novembro de 2009.

Trata-se de uma ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais proposta para obter responsabilização de concessionária, seu sócio majoritário e a prefeita municipal de São Sebastião do Paraíso/MG pela prorrogação indevida de contrato de concessão de transporte coletivo e pela ausência de tomada de providências e iniciativa da Chefe do Executivo para realização de nova licitação ou prestação direta do serviço.

64.2008.8.21.7000; 26) Apelação Cível 70023530645, Número CNJ: 0001347-83.2008.8.21.7000; 27) Apelação cível 70025876749; 28) Apelação Cível 70029191558; 29) Apelação cível 70021681267; 30) Apelação Cível 70023368103; 31) Apelação cível 70021301122; 32) Apelação cível e reexame necessário 70018812131; 33) Apelação Cível 70019193937; 34) Apelação Cível 70018731349; 35) Apelação Cível 70019646421; 36) Apelação cível 70019198076; 37) Apelação cível 70018088716; 38) Apelação cível 70012980934; 39) Processo Crime 70000785881; 40) Apelação cível 70010124295; 41) Apelação e Reexame Necessário 70004840294 ou Processo CNJ: 0000231-52.2002.8.21.7000; 42) Apelação cível 70000165399; 43) Apelação cível 70000138198.

²³⁷ 1) Agravo de instrumento 2070523-81.2015.8.26.0000; 2) Apelação Cível 0009072-96.2006.8.26.0132; 3) Apelação 0015837-88.2005.8.26.0562; 4) Apelação 0005515-04.2006.8.26.0132; 5) Apelação 0007570-83.2012.8.26.0077; 6) Apelação 0001163-70.2011.8.26.0344; 7) Embargos de declaração 9132390-39.2004.8.26.0000/50000; 8) Apelação 0010839-23.2009.8.26.0082; 9) Apelação 0006222-06.2011.8.26.0161; 10) Reexame Necessário 0000005-76.2009.8.26.0270; 11) Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0224443-17.2012.8.26.0000; 12) Apelação 9072974-38.2007.8.26.0000; 13) Apelação 0011069-84.2009.8.26.0302; 14) Apelação 9165689-75.2002.8.26.0000; 15) Agravo de Instrumento 0218159-61.2010.8.26.0000 ; 16) Apelação 0172887-15.2008.8.26.0000 ; 17) Apelação 9070817-92.2007.8.26.0000; 18) Agravo de Instrumento 0010714-73.2010.8.26.0000; 19) Apelação 9176815-78.2009.8.26.0000; 20) Apelação 9190612-92.2007.8.26.0000; 21) Apelação 9081337-53.2003.8.26.0000; 22) Agravo de Instrumento 0193746-86.2007.8.26.0000; 23) Agravo de Instrumento 0066951-35.2007.8.26.0000; 24) Apelação 9132390-39.2004.8.26.0000; 25) Agravo de Instrumento 9040537-46.2004.8.26.0000; 26) Agravo de Instrumento 0066880-72.2003.8.26.0000; 27) Agravo de Instrumento 9054134-19.2003.8.26.0000; 28) Mandado de Segurança 9021812-77.2002.8.26.0000; 29) Agravo de Instrumento 9025503-02.2002.8.26.0000; 30) Apelação 9175983-60.2000.8.26.0000; 31) Apelação 0065290-36.1998.8.26.0000; 32) Apelação 9124568-09.1998.8.26.0000. 33) Apelação 0006155-21.2010.8.26.0082; 34) Ação Direta de Inconstitucionalidade 2048696-48.2014.8.26.0000; 35) Procedimento Investigatório do MP 0040891-83.2011.8.26.0000

A sentença foi proferida no sentido de procedência parcial do pleito inaugural, condenando a ex-Prefeita à perda de eventual função pública, suspensão de direitos políticos e pagamento de multa civil e a Viação Paraíso Ltda., à perda de concessão e proibição de contratar com o Poder Público.

O acórdão confirma a sentença numa parte, com o reconhecimento de que a chefe do Poder Executivo tem dever de tratar a coisa pública com zelo, eficiência e legalidade, devendo preparar, com antecedência, o processo licitatório antes de findo o contrato de concessão. A ilegalidade de prorrogação contratual foi confirmada porque não contou com autorização prévia da Câmara Municipal, nos termos do que previam artigo 160, parágrafo segundo, da Lei Orgânica do Município e artigo 1º, da Lei Municipal 2.584/98, além da Lei Complementar Estadual 3/72, que, ao dispor sobre a organização dos Municípios no Estado de Minas Gerais, determinavam a autorização legislativa prévia e a licitação como requisitos para contratação de concessão de serviços públicos. Também foi reconhecido comportamento ímprobo da Viação Paraíso na tentativa de obtenção da prorrogação do contrato de concessão sem o revestimento das formalidades e solenidades necessárias para a prática do ato administrativo. Sentença foi reformada em parte, com provimento do apelo do Ministério Público de Minas Gerais, para estender a condenação por improbidade administrativa ao sócio majoritário da Viação Paraíso. E houve provimento parcial do apelo da Viação Paraíso, excluindo da condenação a perda da concessão de serviço público.

Foi citada, como apoio à fundamentação do acórdão, a doutrina de Marçal JUSTEN FILHO sobre o tema do advento do prazo contratual da concessão de serviço público e suas consequências²³⁸.

²³⁸ Como selecionado no acórdão o trecho seguinte da doutrina de Marçal JUSTEN FILHO: “Atingido o termo final do prazo, a concessão extingue-se, segundo os princípios jurídicos comuns acerca de contratos. Produzir-se-ão, inclusive, os efeitos comuns, referidos anteriormente, relativos ao encerramento da atuação do concessionário na gestão do serviço público. Trata-se de evento previsível e para o qual o poder concedente deve preparar-se. Deverão ser adotadas todas as providências necessárias a impedir solução de continuidade na prestação dos serviços. O poder concedente deverá deliberar tempestivamente acerca da realização de nova concessão ou da prestação do serviço diretamente. Eventualmente, até poderá cogitar da extinção do serviço público, se tal for juridicamente cabível. Como é lógico, deverá implementar as medidas de execução da escolha realizada. Se for o caso de manter o serviço, o Estado deverá evitar que o encerramento da atividade do antigo concessionário provoque a interrupção da prestação. Entendendo ser conveniente a realização de nova concessão, o Estado deverá promover licitação, com antecedência suficiente para enfrentar todos os imprevistos, cumprindo as exigências legais. Em alguns casos, a complexidade do objeto da concessão exigirá providências com anos de antecedência. (...) Não será lícito ao

Nota-se desse precedente a implicação clara da responsabilização administrativa e civil passível de ser aplicada aos agentes envolvidos no pacto concessório, que descuidaram do cumprimento de formalidade prevista em lei para o deferimento da prorrogação.

4.4.2. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TJ-RJ)

O acórdão selecionado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi proferido com voto condutor do Relator Desembargador Humberto de Mendonça Alves, na Corte Especial, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 0018386-11.2002.8.19.0000, julgada em 09 de setembro de 2002.

Essa representação de inconstitucionalidade fora proposta pelo Prefeito do Município de Paraty/RJ contra a Câmara de Vereadores do Município de Paraty/RJ, por incompatibilidade de lei local contra Constituição Estadual, quando esta determina no artigo 7º a consagração do princípio de independência dos Poderes. A Lei Orgânica municipal editada e impugnada dispôs que compete à Câmara Municipal autorizar concessão de serviços públicos (artigo 31, inciso IV e 110) e fixar prazo máximo para as concessões outorgadas a cinco anos, e nenhum limite para as permissões (artigo 226, inciso II), e estabelecer que as concessões e permissões podem ser prorrogadas a critério do poder concedente (artigo 226, inciso III).

Quanto à autorização legislativa, houve reconhecimento de inconstitucionalidade, repetindo-se fundamentação do julgamento da ADI 462/BA, pelo STF, que adotou o fundamento de invasão do Poder Legislativo em manifestação de vontade administrativa afeta ao Poder Executivo e violação ao princípio de harmonia e independência dos Poderes de Estado.

agente público omitir as medidas necessárias e dar oportunidade a uma situação de impasse. Isso se passará, por exemplo, quando o poder concedente deixar de instaurar licitação e atingir-se o termo final do prazo, sem que o Estado disponha de condições de assumir a prestação dos serviços. Se tal ocorrer, deverá impor-se punição aos agentes públicos responsáveis, com perspectiva de responsabilização civil pelos prejuízos sofridos pelos cofres públicos.” Em: Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 574.

Quanto à fixação de prazo máximo para as concessões de serviço público, não houve declaração de inconstitucionalidade, com a ressalva de que eventual dissonância da matéria da Lei Orgânica nessa fixação de prazo com a Lei Geral de Concessões, Lei Federal 8.987/95, seria externa aos limites da lide. Quanto à autorização de prorrogação de concessões e permissões de transporte coletivo ao Chefe do Poder Executivo, houve declaração de inconstitucionalidade, porque essa autorização era conferida livremente, ao "alvedrio do poder concedente", sem respeitar o princípio da licitação pública.

Nota-se desse precedente que foi relativizada a exclusividade da chefia do Poder Executivo em determinar as regras do jogo pertinentes, e abstratas, pertinentes a uma concessão de serviço público, no caso no âmbito municipal, notadamente pela admissibilidade de a lei orgânica de um município tratar a respeito do tema da fixação do prazo máximo à concessão de serviço público, na hipótese relacionada ao setor regulado de transporte coletivo de passageiros urbano.

4.4.3. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS)

O caso selecionado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul versa sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 70044887180, julgada em 01 de abril de 2013 e relatada pelo Desembargador Marco Aurélio Heinz, no Tribunal Pleno daquela Corte.

Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra a Câmara de Vereadores do Município de Rio Grande, impugnando lei local em face de Constituição Estadual e Federal. A lei municipal questionada prevê expressamente prazo de duração máximo de vinte anos para as concessões de serviços de limpeza. A ação direta foi julgada improcedente, com o fundamento na ausência de restrição máxima de prazo e prorrogação de contrato de concessão de serviço público na Constituição Federal e Constituição Estadual, nem na legislação infraconstitucional que as complementem. A decisão do Tribunal Pleno ainda foi baseada na razoabilidade, no sentido de que os vinte anos fixados

pela lei municipal, prorrogáveis por igual tempo, são razoáveis, com comparação ao artigo 19 da Lei Federal 9.074/95.

Nota-se que o juízo proferido pelo Tribunal de Justiça gaúcho enfrentou o tema sob a perspectiva da competência municipal para a regulação de matéria relacionada ao serviço público de interesse local e também trouxe o parâmetro da razoabilidade para a temática da técnica prorrogatória em abstrato.

Ressalto, tão-somente, que o parâmetro adotado para apurar a razoabilidade do dimensionamento do prazo de prorrogação foi equivocado, visto que as prorrogações mencionadas na lei municipal se tratariam das prorrogações próprias, previstas nos instrumentos contratuais de concessão, enquanto que as indicadas no artigo 19 da Lei Federal 9.074/1995 se tratam de prorrogações impróprias para as concessões vencidas ou de prazo indeterminado, conforme indicação reflexa da Lei Geral de Concessões, no seu artigo 42, parágrafo segundo²³⁹.

4.4.4. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJ-SP)

Finalmente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotamos como acórdão paradigma a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2048696-48.2014.8.26.0000, relatada pelo Desembargador João Carlos Saletti, julgada na sessão de 04 de fevereiro de 2015, do Órgão Especial.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da lei movida pelo Prefeito do Município do Guarujá-SP contra o Presidente da Câmara Municipal do Guarujá, com impugnação de lei municipal (Lei Complementar nº 166/2014, do Município de Guarujá), de iniciativa legislativa e que alterou e suprimiu artigos da anterior Lei Complementar 49/1999, que trata da concessão do serviço público de transporte coletivo no Município. Na relação com a técnica prorrogatória, a lei impugnada, ao revogar texto da

²³⁹ Confira-se interpretação sobre o tratamento dado pelo artigo 42, parágrafo Segundo, da Lei Geral de Concessões às concessões com prazo vencido, ou exploradas em caráter precário ou com prazo indeterminado, em: PEREIRA, César A. Guimarães. O Novo regime jurídico das concessões previstas no art. 42, § 2º, da Lei 8.987. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=2&artigo=712&l=pt#>. Acesso em: 20 de março de 2014.

lei anterior, suprimiu a possibilidade de prorrogação do contrato administrativo celebrado com concessionária de serviço público de transporte coletivo regular.

O voto condutor do acórdão foi lançado no sentido da procedência do pleito, declarando a incompatibilidade da revogação provocada pela lei impugnada, em razão da violação ao princípio da separação de poderes, já que a alteração da técnica prorrogatória de concessão de serviço público – no caso, a sua supressão - deveria ter sido proposta pelo Poder Executivo, detentor do dever e prerrogativa pública de Poder Concedente e da estruturação da prestação de serviços públicos de titularidade daquele ente específico da federação.

O caso julgado em São Paulo conflita aparentemente com o fundamento adotado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mencionado no item anterior. No caso da cidade paulista do Guarujá, existia uma determinação constitucional, presente da lei estadual, reservando o exercício da competência legislativa relacionada à exploração de serviços públicos ao chefe do Poder Executivo daquele ente político determinado. No caso do Rio Grande do Sul, o acórdão mencionou que nas leis apontadas como parâmetro para a definição da compatibilidade da lei local, não havia essa tal determinação.

4.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

A análise do controle jurisdicional sobre a aplicação da técnica prorrogatória das concessões de serviço público teve como resultado principal a identificação de fundamentos comuns aos julgados, que podem servir de parâmetro para explicitar quais são os pontos de maior dissensão na prática administrativa sobre o assunto.

Como consideração preliminar, elaboramos a ponderação de que a maioria dos julgados apurados tinha por objeto a análise da prorrogação da concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros. Motivos principais de tal preponderância, a meu ver, estão atrelados à dominância desse modal de transporte e a potencial replicação, a todos os envolvidos no pacto concessório, de interesses legítimos de impugnação das regras fixadas para a prestação desse serviço concedido. Outra motivação, de ordem absoluta, se revela pela simples multiplicação do número de entes políticos que

acabam tratando dessa matéria, o que torna proliferado o seu embate na esfera judicial. E, finalmente, o motivo de ordem jurídica, está evidenciado na tendência de permanência dessas relações jurídicas, sem o atendimento das formalidades necessárias aos contratos de concessão de serviço público, seja por ignorância do administrador público, seja por sua intenção deliberada.

Vamos às minúcias dos fundamentos comuns.

4.5.1. RESERVA DA INICIATIVA, DO PODER EXECUTIVO, PARA DEFINIÇÃO ABSTRATA DA PRORROGAÇÃO EM LEI

Num primeiro argumento, avaliamos presente a questão da reserva de iniciativa, ao Poder Executivo, para a definição abstrata da prorrogação em lei. Julgados apurados revelaram que parte da impugnação apresentada contra prorrogações, em sua formulação abstrata na lei ou aplicada no contrato, tinha por fundamento o questionamento de iniciativas provindas do Poder Legislativo para delimitar a utilização do instrumento da prorrogação. O fundamento adotado era o de que ao chefe do Poder Executivo tinha se conferido, por matriz constitucional, uma competência privativa para a organização do modo de prestação do serviço público e da definição das balizas relativas ao dimensionamento de prazos e prorrogações dessas concessões.

Essa reserva seria abrangente, inclusive, em relação à fixação abstrata de prazos máximos ou mínimos às concessões de serviço público, e suas repercussões nas prorrogações contratualizadas.

4.5.2. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO PARA A DEFINIÇÃO CONCRETA DA INCLUSÃO OU ATIVAÇÃO DA PRORROGAÇÃO EM CONTRATO DE CONCESSÃO

Um segundo fundamento verificado nos julgados diz respeito à reserva para a administração concedente determinar a fixação positiva de uma cláusula de prorrogação, ou a sua respectiva ativação ao longo do prazo de vigência do pacto concessório.

Trata-se de uma deferência do Poder Judiciário à tese de que ao Poder Executivo, na pessoa que exerce a função de poder concedente, competirá utilizar-se de juízo discricionário para deliberar sobre a hipótese prorrogatória, orientado por razões de interesse público relacionados à continuidade e adequação do serviço prestado.

4.5.3. TENDÊNCIA DE QUESTIONAMENTO POSTERIOR À PRODUÇÃO DE EFEITOS DA PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA

O próximo fundamento empregado decorre da fixação de entendimento, no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o termo inicial para a fluência de prazo prescricional à pretensão de impugnação de prorrogação de concessão consiste no termo final do prazo prorrogado.

Ainda que se ressalte a particularidade com que a repetição de casos sobre a matéria chegou ao STJ – diante da iniciativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em promover várias ações civis públicas, uma para cada contrato de concessão de estação rodoviária de transporte prorrogada pelo DAER-RS –, nota-se que a definição de um entendimento sobre esse tema reflete, de modo indireto, uma sensível resposta, de que o controle dessas prorrogações vem sendo realizado “ex post” a sua pactuação, no momento em que tais prorrogações estejam surtindo efeitos.

Esse fator pode trazer duas considerações. Ou há uma suposta leniência ou atraso pelas instâncias de controle em apurar os vícios de um contrato de concessão e dos atos de prorrogação. Ou houve um motivo, como parece ser a hipótese, que justificou a tomada dessa impugnação apenas em momento posterior ao início da produção de seus efeitos, como a consolidação de tese institucional sobre a ofensa da prorrogação concessória a postulados obrigatórios da contratação pública.

De qualquer forma, ponderamos que a definição dessa tese revela a fixação de uma tendência de jurisprudência defensiva da ampla possibilidade de impugnação dos atos administrativos, ainda que sujeitos à prescrição e consolidação de seus efeitos.

Se um contrato de concessão tem, por regra, o estabelecimento de prazos longos, se se reconhece a projeção de sua eficácia ao longo de todo o seu prazo de vigência, e se a impugnação a seus termos é permitida até o final do prazo prorrogado, esse movimento pode gerar certa incerteza em relação à pessoa do concessionário, e até do próprio poder concedente, que pode ser responsabilizado, nas diversas esferas, quanto à eventual nulidade verificada no instrumento.

4.5.4. RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE DEVER DE LICITAR PRÉVIO À CONTRATAÇÃO DE CONCESSÕES, ALTERAÇÃO DE MARCO CONSTITUCIONAL E PREVISÃO DE CLÁUSULA PRORROGATÓRIA NOS CONTRATOS ANTERIORES À CF/88

Mais um fundamento adotado tem relação com o enfeixamento de três temas que impactaram a consolidação da técnica prorrogatória na prática da administração pública, na perspectiva da definição de seu regime jurídico mínimo.

Nota-se que há uma preocupação incessante no controle jurisdicional provocado no sentido de que a Carta Magna de 1988 instituiu um dever de licitar prévio à contratação de concessões de serviço público de caráter compulsório, evidenciado pelo vocábulo “sempre” fixado no artigo 175 da Constituição.

A alteração de marco constitucional, por sua vez, atingiu, sob a forma do fundamento da efetividade imediata, os contratos que tenham sido celebrados, provocando, segundo os fundamentos apurados em maioria relevante dos acórdãos, a invalidação ou ineficácia de cláusulas prorrogatórias que tenham sido inseridas nesses ajustes anteriores à nova Constituição, independentemente de análise acurada da existência de procedimento prévio de licitação desses contratos em celebrados pré-CF/1988.

4.5.5. CONFLITO ENTRE DEVER DE LICITAR POSTERIOR AO ENCERRAMENTO DAS CONCESSÕES, RETOMADA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E A ATIVAÇÃO DA CLÁUSULA PRORROGATÓRIA

Outro assunto abordado nos acórdãos se relaciona à identificação do grau de prevalência das soluções jurídicas possíveis de serem determinadas pelo poder concedente ao término de uma concessão de serviço público.

No exercício de ponderação entre dever de licitar posterior ao encerramento do prazo originário da concessão, a retomada da prestação do serviço, com a reversão dos bens, e contínua prestação direta pelo poder concedente, ou, no fim, a ativação da cláusula prorrogatória, o controle jurisdicional também é acionado.

Pode-se destacar que a tendência desse controle está centrada na avaliação da legalidade do ato de prorrogação, em contraposição ao dever de licitar reputado obrigatório. São verificadas decisões reiteradas no sentido de declarar nula a prorrogação e determinar, como procedimento contínuo, a obrigação de o poder público realizar a licitação, fixando-se, inclusive, prazo para tal cumprimento.

Por outro lado, ainda que rareadas, existem manifestações de controle judicial que abordam outros aspectos relacionados as opções do poder concedente, como, por exemplo, na não exigência de ônus de outorga para a prorrogação em detrimento de uma relicitação que poderia exigir como critério de julgamento o pagamento do maior ônus de outorga.

4.5.6. LEGISLAÇÕES EDITADAS COM PRORROGAÇÕES IMPRÓPRIAS DO PRAZO DE VIGÊNCIA DA CONCESSÃO E ASSIMILAÇÃO DE REGIME JURÍDICO EXCLUSIVO DAS PRORROGAÇÕES PRÓPRIAS

O último fundamento – e talvez um dos mais relevantes para o trabalho - decorre da fixação pelo STF do entendimento proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade por duas oportunidades, na ADI 118-MC e na ADI 3.521, ambas provindas de contestações de legislações estaduais paranaenses. Segundo a tese fixada, a prorrogação de contrato de concessão de serviço público determinada para ocorrer com a finalidade operacional pela administração pública infringe o dever constitucional de licitar prévio que deve orientar a contratação de uma concessão de serviço público.

Nesse ponto, nota-se que o controle judicial procede, a meu ver, a uma assimilação do regime jurídico previsto às prorrogações próprias – aquele discriminado na Constituição no artigo 175, para que as prorrogações de prazo, admitidas de ocorrer em concessões, sejam disciplinadas em lei própria, o que a Lei Geral de Concessões fez para carrear ao instrumento contratual, cuja celebração deve ser precedida de certame licitatório, a responsabilidade do detalhamento da técnica prorrogatória e regras de incidência – para resolver uma questão de instauração de regime transitório, de prorrogações impróprias de concessões de serviço público.

As prorrogações impróprias de finalidade operacional da administração pública concedente, em geral, não são discriminadas no instrumento contratual. Decorrem de lei, da necessidade pontual e imperiosa de se dar uma solução imediata a uma determinada situação de irregularidade na prestação de serviço concedido, com efeitos expandidos de forma a reduzir a discricionariedade do poder concedente em realizar licitação para nova outorga da concessão. Não seguem o regime prescrito das prorrogações próprias, reguladas por instrumento contratual de concessão.

Faço tais afirmações porque a licitação é compreendida, nesses julgados apontados, como uma regra obrigatória de procedimento, sem a consideração sobre a finalidade de instauração de um certame licitatório. Explico. Se é visualizada uma finalidade no processo licitatório – a de, por exemplo, promover e fomentar a constante competitividade na disputa da prestação do serviço público –, a lei que insere uma hipótese prorrogatória imprópria pode, realmente, estar infringindo essa regra, porque reduz a possibilidade de acesso àquele determinado serviço público pelo potencial entrante no mercado, ou de outro interessado que esteja alijado daquela prestação. Mas, se a licitação é vista como regra de procedimento, temo que o entendimento esposado no STF possa estar equivocado em sua fundação, visto que o ato de prorrogação imprópria é determinado pela necessidade explicitada no ato normativo, o qual se afasta necessariamente da realização da licitação, nos dois casos mencionados atreladas a necessidades públicas de uma “preparação operacional” do poder concedente para futura licitação (ADI 118-MC/PR) e a uma “amortização excepcional de investimentos” em favor do concessionário (ADI 3.521/PR), ambos ligados à ideia de preservação da continuidade do serviço público. Ou seja, o ato de prorrogação imprópria, porque mantém o concessionário na prestação de

serviço, se afasta à proposta legal de licitação-regra, mas não da licitação em suas mais variadas expressões de finalidade.

Esse tema da assimilação da regra das prorrogações próprias às impróprias é fundamental e exige um debate qualificado, especialmente sobre a exata extensão da interpretação do vocábulo “sempre”.

Como fator a justificar esse diagnóstico, o Governo Federal, novamente, se valeu da técnica prorrogatória imprópria, em setor regulado de fundamental importância em termos de infraestrutura, por meio da edição da Lei Federal 12.783/2013. Isso sem considerar que a própria Lei Geral de Concessões, que foi a base apontada para a edição da lei parananense impugnada na ADI 3.521/PR, já tinha estabelecido disposição prorrogatória imprópria semelhante no artigo 42. Registre-se: a Lei Geral de Concessões, no artigo 42, não tinha sido objeto de impugnação em razão de sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, até que, sobrevinda a alteração de sua redação com o artigo 58 da Lei Federal 11.445/2007, houve a propositura, pelo Procurador-Geral da República, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.058-DF, ainda não julgada²⁴⁰.

Temos um indicativo recentíssimo de que essa postura do Governo Federal teve base, ainda que episódica, para se sustentar, diante do julgamento pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Em acórdão relatado pelo Ministro José Múcio Monteiro²⁴¹, o risco à segurança energética que poderia ser decorrente da relicitação simultânea de uma série de ativos de concessões de distribuição, representativas de parte significativa do serviço concedido, e os critérios de condicionamentos fixados pela União Federal para garantir a continuidade do serviço, a governança corporativa das concessionárias e a modicidade tarifária em prol dos usuários tornaram salutar a proposta de prorrogação imprópria trazida pelo Governo Federal. O relator do caso ainda reconheceu que a demora do poder concedente e do órgão regulador foram cruciais ao

²⁴⁰ A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.058-DF, atualmente na relatoria do Ministro Teori Zavascki e está pendente de julgamento de mérito. A ação direta questiona a conformidade do artigo 58 da Lei Federal 11.445/2007 à Constituição Federal. Segundo o principal argumento da petição inicial, a alteração do teor do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987/95 é equivocada, pois o dispositivo original tratava da necessidade de um regime de transição que pudesse assegurar a continuidade do serviço. Esse tratamento não seria mais justificado em dias atuais nem condizente com a exigência obrigatória de licitação às contratações das concessões, principalmente em relação aos contratos e outorgas sem licitação e que tenham seus prazos vencidos.

²⁴¹ Processo TC-003.379/2015-9, Acórdão 3.379/2015, monitoramento do item 9.3.2. do Acórdão 1.836 do Plenário.

atraso da tomada da decisão administrativa, determinando, como uma das recomendações do acórdão, a apuração das responsabilidades administrativas correspondentes. Nesse episódio, observa-se na manifestação do TCU um típico caso em que a abertura de um processo licitatório não se mostra como um instrumento suficiente para capturar todos os benefícios nas propostas dos potenciais licitantes.

Como contraponto ao ponto de vista defendido neste tópico, temos a análise crítica ao acórdão da ADI 3521 feita por Bernardo Strobel GUIMARÃES²⁴². Essencial transcrevermos a linha de raciocínio conclusiva do autor mencionado:

“Como se viu, o STF por ensejo do julgamento em comento houve por bem definir que o princípio da continuidade não rende ensejo à cristalização de situações de irregularidade na exploração de atividades públicas por particulares. Embora não haja dúvida de que atividades definidas como serviços públicos devam ser prestadas de modo contínuo, tal valor não induz a se reconhecerem como válidas situações de exploração tida por irregulares. A supressão da licitação como pressuposto da outorga não se insere entre as alternativas legitimamente implementáveis pelo Poder Público, essa não é uma opção política válida.

Para além da própria declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal contido na legislação do Estado do Paraná, o julgamento traz inegáveis efeitos para todas as situações que se assemelhem à que foi objeto do acórdão. À luz do que restou definido pelo STF, toda e qualquer situação de exploração irregular de serviço público por particular — leia-se: que não foi precedida de licitação — só pode ser tolerada de modo conjuntural e não por tempo superior ao necessário à sua regularização. Tal conclusão, por óbvio, exclui prorrogações normativas de qualquer ordem.

Embora o entendimento do STF soe quase que como um truísmo tendo em vista a clareza do art. 175 da CF não é demais lembrar que no Brasil — nos seus diversos níveis federativos — há diversos serviços públicos explorados de modo irregular, sob as mais diversas justificativas. A decisão do STF serve para reafirmar a contrariedade de tais soluções com a Constituição.

Em nível de síntese, pode se dizer que embora o princípio da continuidade autorize, em situações limite, que determinado serviço público seja explorado sem licitação essa hipótese é necessariamente circunstancial. Disso decorre que em tais situações não pode haver concessões ou permissões de serviço público (que implicam estabilidade), bem como a adoção de tal solução se dá casuisticamente e, nunca, pela via normativa.

²⁴² GUIMARÃES, Bernardo Strobel. “Princípio da continuidade do serviço público e dever de licitar”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 18, p. 221-252, abril-junho/2007.

Qualquer solução que não respeite tais balizas ofende o art. 175 da Constituição, independentemente de qualquer apelo ao princípio da continuidade do serviço público.”

Possível verificar que GUIMARÃES compreende que medidas legislativas que persistam em manter a situação de exploração irregular de serviços públicos, de qualquer ente político, violam o texto expresso do artigo 175 da Constituição Federal, pois não observam a regra do procedimento licitatório, e que somente em soluções casuísticas, com a observação e ponderação da peculiaridade do caso, pode-se admitir excepcionalmente a adoção do instrumento da prorrogação imprópria, apenas pelo tempo não superior à regularização da exploração.

Concordo com GUIMARÃES no sentido do efeito multiplicador do decidido pelo acórdão, no sentido de que iniciativas semelhantes de prorrogação imprópria, lançadas de modo genérico e com prazos elevados, possam ser desincentivadas.

Faço, porém, uma ressalva ao ponto de vista de GUIMARÃES: as prorrogações impróprias dependem, para sua implementação, da excepcionalidade de se suprimir ou adiar a realização de procedimentos licitatórios. Visam, na sua última medida instrumental, possibilitar que um procedimento licitatório seja realizado no futuro e a outorga da concessão de serviço público seja, enfim, regularizada. Negar de modo absoluto a funcionalidade da prorrogação imprópria poderia caracterizar sério perigo à estruturação da atividade administrativa, e até a competência material dos entes políticos de explorar determinado serviço, com igual raiz constitucional. E, principalmente, por vezes a própria prorrogação imprópria exigirá como instrumento a fixação de balizas contratuais claras e, principalmente, estáveis, com projetos aprazados, a fim de que o concessionário possa implementar a pauta indicada pelo poder concedente como necessária à continuidade da prestação do serviço.

Sabe-se que o fator que gera certa desconfiança provém da gradação da utilização do instrumento da prorrogação imprópria – sobretudo no que diz respeito à fixação do seu prazo máximo de amplitude. É certo que também que ela pode ser utilizada pela administração e acabe conduzindo à fixação de um prazo igual, ou até superior ao da outorga antecedente apontada como regular, tornada irregular e vencida pelo advento do termo contratual. O que devemos ter em vista, como visão prospectiva desse julgado, está

posta no sentido de que a saída a ser adotada pode ser a excepcionalidade, a casuística, porém atrelada a uma igual consideração de que o administrador público é obrigado a adotar o modelo de exploração do serviço que gere o menor impacto de externalidades aos envolvidos no processo, o que pode, em última instância, redundar no emprego da prorrogação imprópria.

4.5.7. CONCLUSÕES PARCIAIS - ENCERRAMENTO

Concluo, em linhas gerais, que a intervenção do Poder Judiciário decorreu principalmente de dois motivos principais: a promulgação da Constituição de 1988, que introduziu a regra do dever de licitar obrigatório à contratação de concessão de serviço público; e a repercussão, em legislação infraconstitucional, de proliferação de legislações de transição para as concessões da época, ao mesmo tempo que estimulantes da realização de nova licitação, muitas vezes eram protetivas das concessões existentes, instituindo privilégios travestidos da necessidade de realização de preparo a novos processos licitatórios, ou da simples permanência dos então prestadores concessionários, pela lógica da prorrogação premiada.

A lógica das legislações impugnadas, principalmente municipais, e dos atos de prorrogação questionados era, claramente, resguardar a exclusividade na prestação de serviço público - e as garantias de ganhos das concessionárias - sem que as avaliações pelas prorrogações tivessem a adequada e técnica fundamentação em boa prestação de serviço e o atendimento do interesse público, apenas baseadas em ilações de caráter genérico a respeito do cumprimento de níveis de desempenho pelos concessionários.

Em relação ao tempo administrativo genérico, notamos que os questionamentos das prorrogações de concessão de serviço público foram mais relevantes no período aproximado de alterações legislativas, notadamente com o advento do marco da Lei Geral de Concessões e sua reflexão na perspectiva estadual e municipal.

No que diz respeito ao tempo específico do contrato de concessão de serviço público celebrado ou a celebrar, verificamos que o controle jurisdicional realizado

na fase pré-contratual sobre a técnica prorrogatória, relacionada aos atos de conveniência da outorga e de processo licitatório, é ínfimo em números absolutos²⁴³. Prepondera o controle realizado “ex post” à contratação de acordo com o majoritariamente verificado do momento da provocação das instâncias de controle. A incidência desse controle “ex post” à contratação é concentrada nas fases de execução das concessões.

Sobre os serviços públicos concedidos, há notória preponderância dos casos relativos às prorrogações de concessões de transporte coletivo de passageiros, seguidos pelos casos de saneamento básico e, por último, os de prorrogação concessória no setor de energia elétrica²⁴⁴.

Quanto aos agentes envolvidos no controle jurisdicional, verificamos atuação significativa do Ministério Público como agente indutor do controle, mediante o ajuizamento de ações apropriadas à declaração de nulidade de atos e contratos de concessão e as respectivas aplicações das técnicas prorrogatórias, como também com dedução de pedidos de natureza cominatória, para obrigar entes políticos à adoção de medidas a fim de regularizar a exploração dos serviços concedidos, seja com a reversão dos bens ao poder concedente, ou a impulsão de procedimento licitatório para nova outorga concessória.

²⁴³ Expoente dessa possibilidade é a ação popular movida contra Município de Montes Claros e outros, julgada extinta sem resolução de mérito, por inépcia da petição inicial, com sentença confirmada no acórdão do reexame necessário. Não foi verificada nulidade de Lei Municipal n. 2729/99, que autoriza o Chefe do Poder Executivo do Município de Montes Claros a prorrogar, "a título oneroso, a concessão de serviço público de transporte coletivo urbano de Montes Claros, mediante Termo de Aditamento a ser firmado com as empresas concessionárias do referido serviço". A autorização foi compreendida como desprovida de efeito concreto, sem lesão ao patrimônio público, porque somente a efetiva prorrogação, de que trata a lei, que poderia, eventualmente, ensejar em alguma lesão ao patrimônio público. (TJ-MG, Apelação Cível 1.0000.00.199552-1/000, 3ª Câmara Cível, Relator Desembargador Aloysio Nogueira, j. 26/04/2001).

²⁴⁴ Faço uma pequena observação nesse ponto. Deve-se tomar cautela quanto aos *objetos comparáveis*. Não faz sentido estabelecer comparação entre os resultados obtidos no TJSP e no TRF3. Os casos relativos a concessões comuns de serviços públicos outorgadas por municípios tendem a ser, por conta da existência de mais municípios que Estados na federação, infinitamente superiores aos casos relativos de concessões outorgadas pela União, por exemplo. Daí que um serviço público explorado prioritariamente no âmbito municipal, transporte coletivo de passageiros intramunicipal, ou sobre a concessão de saneamento básico do município, acaba tendo uma repercussão maior do que as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, outorgadas pela União Federal. Ou até pode se checar um dado inverso: no sentido de se verificar uma multiplicidade de demandas versando sobre as concessões das várias usinas hidrelétricas espalhadas pelo país. Evidente que a análise comparativa, entre serviços públicos distintos, deve se dar, com preferência, pela *ordem qualitativa dos argumentos/fundamentos adotados na decisão judicial*. Isso não quer dizer que a comparação quantitativa esteja totalmente descartada: uma judicialização intensa, com multiplicação das querelas judiciais por vários municípios do mesmo Estado da federação, por exemplo, pode suscitar a *pertinência* de se estabelecer (i) uma postura regulatória mais ativa do órgão regulador do setor, seja ele uma instância estadual ou mesmo municipal, (ii) uma avaliação de precisão do regime jurídico mínimo norteador das prorrogações das concessões relacionado àquele tipo de contrato.

Em relação à administração pública ou instituição legislativa e suas reações posteriores ao controle jurisdicional, pôde-se constatar iniciativa de Prefeitos que reordenaram a prestação dos serviços públicos, sobretudo mediante a realização de procedimento licitatório para novas outorgas de concessões de serviços públicos.

Quanto ao grau de intrusão do controle jurisdicional, notou-se que as decisões judiciais que confirmam a existência de vícios nos processos de aplicação da técnica prorrogatória constituem maioria dos casos, sendo certo que o grau de intrusão também é verificado no que toca à definição da postura administrativa de licitação como opção vinculada ao poder concedente, pois determinada na Constituição Federal.

Vislumbro, para o futuro, possíveis implicações dessa forma de controle:

a) consolidação institucional do dever de licitar prévio as contratações de concessão de serviço público;

b) tendência de impugnação a atos de lançamento de editais de licitação de concessões de serviço público que prevejam a prorrogação como possibilidade de extensão do prazo de vigência, de modo a se exigir maior publicidade e transparência na motivação desses atos;

c) tendência de judicialização dos casos que tiverem alterações de marcos regulatórios e das regras do jogo de concessões vigentes, como no caso do setor elétrico e portuário;

d) e, finalmente, avanço do controle sobre a discricionariedade do ato do poder concedente que nega ou concede a prorrogação, com uma análise além do questionamento da observância da legalidade – principalmente, evidenciada na regra do dever de licitar.

QUARTA PARTE – PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DE REGIME JURÍDICO

GERAL DAS PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

CAPÍTULO 5 – PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS PRORROGAÇÕES CONCESSÓRIAS EM UM REGIME JURÍDICO GERAL

5.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De posse dos elementos extraídos da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise conjugada de direito positivo, prática contratual da administração pública e a repercussão do controle jurisdicional, temos assentadas as bases essenciais para a edição de uma proposta de sistematização da técnica das prorrogações de concessão de serviço público em torno de um regime jurídico geral.

Dizemos um regime jurídico geral porque indistintamente aplicável a todos os tipos de prorrogação de concessão de serviços públicos independente do setor, mas simultaneamente um regime especializado em virtude de se tratar da segmentação de regras incidentes à técnica prorrogatória em comparação às outras técnicas que são praticadas no contrato de concessão de serviço público.

Haverá a seleção e proposição crítica de boas práticas que atendam às especificidades dessa possibilidade de maleabilidade contratual aplicável às concessões de serviços públicos.

A partir da visão da existência de pontos de estrangulamento e incoerência nas posturas legais e administrativas relacionadas às prorrogações das concessões de serviço público, superando-se, por exemplo, uma perspectiva reduzida eficaz da prorrogação à obrigatoriedade de observância do dever de licitar previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, presentimos vantagens à teorização desse regime jurídico mínimo, definível, aplicável às prorrogações de concessões.

A principal das vantagens identificadas corresponde ao estabelecimento de critérios que podem tornar a decisão do administrador público aderente ao interesse público e aos anseios legítimos dos agentes envolvidos no pacto concessório. Na medida em que existe um regime jurídico sistematizado – não necessariamente único –, a ação

administrativa tende a se tornar tempestiva (evita-se procrastinar as decisões administrativas e, especialmente, o silêncio pela não tomada de decisões) e coerente (busca-se atender a segurança jurídica, evita-se tornar instáveis regimes jurídicos pela constante alteração de suas regras ou pela contradição nas decisões administrativas).

Fica o diagnóstico de que, apesar de cumprirem com o objetivo de conferir liberdade e discricionariedade ao exercício da função administrativa ao chefe do Poder Executivo e ao poder concedente (por vezes não identificado, com coincidência, na figura do chefe do Poder Executivo, por regras de distribuição de competência), as estipulações genéricas de prorrogações previstas nas leis ou nos contratos, ou até mesmo no caso de disposições específicas, preferem adotar fórmulas e expressões jurídicas e técnicas cujo conteúdo não pode ser definido [fica a menção do clássico exemplo da locução “a critério do poder concedente”] e, conseqüentemente, controlado nas suas vertentes de finalidade, economicidade, legitimidade e adstringência ao interesse público, gerando boa parte dos inconformismos pautados na falta de segurança e previsibilidade atribuída a tais negócios concessórios, ao menos no tocante do elastecimento do prazo originário da concessão por meio da prorrogação.

As balizas desse regime jurídico a ser sistematizado, evidentemente, devem respeitar as especificidades de cada setor regulado, que podem comportar as soluções excepcionais próprias de determinados serviços públicos concedidos, variando por diversos motivos, a exemplo da existência de um regime jurídico específico e hermético a disposições de natureza geral aplicável às concessões ditas gerais ou tradicionais.

Podemos enunciar a nossa proposta em nove passos, não necessariamente organizados de forma cronológica dos acontecimentos, mas que para a sustentação de uma técnica de prorrogação concessória considerada “ótima”²⁴⁵ devem ser concomitantemente observados²⁴⁶. São eles: 1) avaliação da pertinência da prorrogação concessória ao

²⁴⁵ Definimos o padrão de uma decisão administrativa “ótima” sobre a prorrogação concessória àquela que (i) gere a aceitação dos atores institucionalizados na prática contratual da administração pública, diminuída ou exterminada possibilidade de impugnação (adesão-vinculação); (ii) gere benefícios à modernização e à boa prestação do objeto concedido, não gerando danos a terceiros (eficácia); (iii) respeite o ordenamento jurídico como o conjunto de normas e princípios aplicáveis (regularidade jurídica); e, por fim, (iv) seja tomada em compasso com o tempo administrativo (tempestividade).

²⁴⁶ Nesse ponto, faço a ressalva de que parte dos passos citados como fundamentais à estipulação de uma decisão prorrogatória “ótima” são extraídos da prática administrativa, na íntegra das suas funções públicas

exercício, simultâneo, de técnicas de desempenho estatal; 2) objetividade e transparência na fixação de prazos e prorrogações às concessões de serviço público; 3) observância de metodologia de complementação hermenêutica e comunicação entre os setores regulados, para compartilhamento de experiências positivas; 4) incentivo à técnica da normatividade contratual como válvula às lacunas legislativas; 5) categorização dos direitos subjetivos dos concessionários em normas jurídicas legais; 6) enquadramento da prorrogação das concessões comuns tradicionais a prorrogações realizadas com instrumentos contratuais públicos afins; 7) internalização, na prática contratual, de mecanismos periódicos de revisão dos contratos; 8) respeito às especificidades dos setores regulados; e, por fim, 9) a compreensão das modificações de marcos regulatórios e impactos nos contratos de concessão.

5.2. ALIAR A PRORROGAÇÃO DA CONCESSÃO A TÉCNICAS DE DESEMPENHO ESTATAIS

O diagnóstico da tomada de uma decisão prorrogatória aderente ao interesse público só pode ser atingido na perspectiva de visão integrada e articulada de todas as técnicas de desempenho estatal²⁴⁷. Quero afirmar que a decisão pela prorrogação,

desempenhadas. Observou-se da prática analisada, todavia, que nem todos os passos aqui sugeridos eram seguidos, seja gerando uma decisão administrativa, prorrogatória positiva ou não, “manca”, pela ausência de abordagem e tratamento de todos os aspectos incidentes sobre a particularidade da prorrogação concessória, seja exibindo uma decisão administrativa destituída de vinculação sobre o destinatário, no caso, o concessionário ou os administrados, que acessaram instâncias de controle para a revisão do ato, muitas vezes obtendo o êxito para a retomada da compatibilidade do ato às prescrições normativas gerais e as específicas relacionadas ao bom termo de uma concessão de serviço público e de sua eventual prorrogação.

²⁴⁷ Expressando opinião sobre o setor específico de transportes terrestres urbanos, José Alberto da Costa VILLAR e Antonio Roberto Nucci ETTER reconhecem a primazia e relevância da organização dos transportes públicos no território das cidades, urbanizadas, identificando na lógica interligada de atendimento a múltiplas políticas públicas o fator norteador para uma prestação de serviço adequada, não só em função dos interesses de deslocamento da população, mas em obediência aos planos de circulação e desenvolvimento existentes e mantidos por um determinado ente político. Segundo os autores, “as dificuldades no transporte de pessoas (dificuldade presente também no deslocamento de mercadorias), aliadas ao trânsito e à poluição cada vez mais intensos, tendem a agravar-se na medida em que a urbanização prossegue e a economia cresce. Deste modo, quando se discute política de transporte se discute política econômica, política de desenvolvimento, política de ocupação racional do solo urbano, política ambiental e qualidade de vida. Enfim, discute-se políticas públicas, com toda carga passional que este tipo de debate proporciona. Por outro lado, as formas de ocupação e uso do solo urbano, motivadas por um processo interativo de iniciativas públicas e privadas, resultam na implantação de empreendimentos econômicos e comerciais, obras, serviços e assentamentos populacionais. Em grande parte, determinam e são determinados pela organização e pelo funcionamento do sistema de transporte urbano.”. Desse diagnóstico, os autores concluem que somente uma visão geral, situando o transporte público na perspectiva integrada de conjunto de políticas públicas e estudo de impactos de curto, médio e longo prazo sobre a vida da cidade e dos

abstrata ou concreta, de uma concessão de serviço público não pode ser tomada de modo isolado, desconsiderando o papel integrativo de todas as entidades participantes do jogo público e democrático e as suas respectivas funções institucionais.

Num exemplo, de nada adiantaria o lançamento de uma prescrição genérica autorizada por uma lei, votada e promulgada, mas que proveio de iniciativa de um membro de casa legislativa que determinasse uma ampla prorrogação de concessões de serviço público vigentes, para vigorar por um prazo elevado e desarrazoado, sem o acompanhamento de uma justificativa plausível pela edição dessa lei. A uma, porque ainda que possa estar no encadeamento do ato de produção legislativa (a depender do tipo de espécie normativa versada), o Chefe do Poder Executivo, a quem incumbe por força constitucional a estruturação do modo de prestação de serviço público, não foi devidamente incluído na pauta deliberativa. A dois, tal legislação estaria amparada preferentemente num juízo de ordem política, sem estar dotada da justificação técnica apropriada que serve a avaliação dos contratos de concessão em vigência e os cumprimentos das obrigações de manutenção da prestação do serviço adequado e contínuo. A três, tal legislação, em que pese porte presunção de validade, poderia ser fatalmente impugnada em instâncias de controle, gerando imprevisibilidade na sua devida eficácia.

Sob essa perspectiva, tentamos enfeixar as técnicas de desempenho estatais possíveis e incidentes no juízo de apuração da cláusula prorrogatória de uma concessão de serviço público, assim dispostas: planejamento, legislação, regulação, contratualização e controle.

5.2.1. TÉCNICA DO PLANEJAMENTO ESTATAL

O planejamento na fase de preparação da contratação pública da concessão de serviço público deve ser pensado na determinação do modelo de escolha do concessionário e do conteúdo do contrato de concessão, de modo a colher os resultados

cidadãos, conseguirá incentivar a produção de uma decisão administrativa justificada, nos campos da razão técnica, social, axiológica e econômica. Em: “Prorrogação dos contratos de concessão dos serviços de transporte público.” *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 6, tomo I, p. 157-178, ano 2000.

positivos e minimizar os efeitos negativos das externalidades geradas ao longo do prazo de vigência da concessão.

O planejamento da concessão perpassa pela definição da base econômica do negócio, mediante a publicização do ato de conveniência da outorga e do edital de licitação, acoplado da minuta do contrato de concessão respectivo, ou seja, a base jurídica da concessão, instrumento editalício no qual se projetarão o prazo e eventual prorrogação, além das demais elementares que servem à fixação do equilíbrio econômico financeiro da avença. Somente com a celebração da proposta a ser apresentada pelo concessionário vencedor do processo licitatório será possível a conformação completa desse pacto concessório, consolidando-se o equilíbrio e sua obrigação de preservação pelo poder concedente nas efetivas condições da proposta vencedora apresentada e nas regras gerais presentes do marco regulatório das concessões e que dão contornos ao objeto concedido e a sua forma de prestação, a exemplo da obrigação de modicidade de tarifas e de prestação do serviço adequado ao longo de toda a vigência do prazo originário e do suposto prazo prorrogado da concessão de serviço público. O planejamento também envolve juízo sobre as obras e aquisição de bens e equipamentos que deverão ser realizadas pelo concessionário e a sua eficácia perante os direitos dos usuários. Deve haver, igualmente, na definição da matriz de riscos, proposição adequada quanto ao compartilhamento de ganhos verificados em oscilação positiva do volume de demanda, que poderá, ou não, gerar saturação da prestação de serviço e essencialmente o acúmulo de maior remuneração pela concessionária²⁴⁸.

A assimilação e aproximação dos mercados de infraestrutura, em que empresas acabam constituindo ramos internos ou subsidiárias que prestam especificamente cada tipo de atividade pública possível de ser concedida, a possibilidade de associação das empresas sob a forma de consórcios, a ponderação sobre a própria situação econômico-financeira das empresas que potencialmente possam concorrer em futuras licitações, com análise e projeção sobre as suas estimativas de ganho e fluxo de caixa e receitas, e a própria análise da concessionária portadora do direito de explorar o contrato de concessão vigente (no caso de um planejamento ocorrido durante a fase de execução da concessão)

²⁴⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. “O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos – a manutenção das condições originais da proposta à luz da Lei n. 8.987/95”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jul./set. 2015, p. 213-215.

são todas variáveis que a administração pública deve levar em consideração antes de se propor ou a determinar a possibilidade da prorrogação no contrato de concessão, ou, pelo contrário, vedar tal possibilidade e vislumbrar a realização de novas licitações ao cabo do prazo originário da concessão.

Nem sempre uma licitação poderá fomentar a competitividade necessária²⁴⁹ para que a administração pública concedente capte todos os benefícios buscados, em especial o da modicidade tarifária. Cabe à administração pública avaliar, inclusive sob a perspectiva do debate da constitucionalidade de uma eventual iniciativa sua nesse sentido, se é viável ou desejável a nova licitação²⁵⁰, ou se outros valores igualmente

²⁴⁹ Analisando o cenário da crise econômica reconhecida como ocorrida no Brasil ao longo dos anos de 2014 e 2015, Egon Bockmann MOREIRA afirma que o atual panorama econômico brasileiro é, sim, favorável à adoção da solução de prorrogação das concessões atuais. Enumera três motivos consistentes para justificar o seu ponto de vista. O primeiro: a notoriedade da deterioração das contas públicas dos governos federal, estaduais e municipais, evidenciada, inclusive, com a indisponibilidade de dinheiro em caixa para pagamento de remuneração de servidores e a queda de arrecadação de receita. O segundo: a necessidade de incremento e melhoramento da infraestrutura em perspectiva de curto e médio prazo, mediante a fixação de investimentos em projetos outros de infraestrutura, possibilitando retomada do crescimento econômico e fluidez nas transações comerciais, com o destaque à iniciativa do Governo Federal com o Programa de Investimento em Logística - PIL. O terceiro: a percepção de crise instalada nas sociedades empresariais que investem e transitam tradicionalmente no setor de infraestrutura, seja impactada pela crise financeira, ou pelo abalo de credibilidade por envolvimento em processos judiciais e administrativos de apuração de fatos de corrupção. Conjugados esses elementos, portanto, à administração pública restará a avaliação de que, mesmo com o advento do termo contratual de uma série de concessões importantes, uma eventual saída pela nova licitação, com o lançamento de muitos editais ao mesmo tempo, poderia resultar em desastre, com o aparecimento de poucos interessados nos projetos pouco rentáveis e dedicação dos empresários já estabelecidos no mercado, ou na concessão em específico, a dispende seus esforços naquele projeto que conhece, ou já está devidamente em funcionamento, até por ação de outro concessionário. MOREIRA afirma que a escolha racional dos competidores nesse mercado é óbvia, de se buscar a solução mais eficiente, com os competidores novos buscando os novos contratos de concessão, e os antigos, nos já objeto de concessão próximas ao vencimento de prazo. Em: “Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão”. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/varios-motivos-para-se-pensar-na-prorrogacao-dos-contratos-de-concessao-3zgdpm80r6dvxpv4t1w8dmnfq>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

²⁵⁰ Elena LANDAU, analisando os projetos de redefinição da prestação dos serviços de energia elétrica enquanto em fase incubadora no Ministério de Minas e Energia - MME, explicitou as questões decorrentes do advento do termo contratual de concessões em série, a preferência pela Lei Geral de Concessões pela reversão das concessões e relicitação imediata e as implicações negativas provocadas pela indefinição do Governo Federal sobre qual modelo de prestação adotar daí por diante. Na visão da autora, a decisão entre licitar ou prorrogar as concessões que venceram em 2015 era complexa, pois envolvia uma série de aspectos de natureza formal, legal, operacional, econômica e política, e não unicamente a questão da obediência ao dever de licitar prévio à contratação. Como exemplo de repercussão política, aludiu à existência de ativos concedidos a empresas federais com prazo de vencimento de contratos de concessão no curto prazo, sem previsão legal para a sua respectiva prorrogação. Referência seja feita ainda à opinião de Elena LANDAU de suscitar a questão da constitucionalidade de eventual diploma legislativo que incluía nova regulação prorrogatória no setor elétrico. Apoiando-se na teoria de Marcos Juruena Villela SOUTO, LANDAU ponderou que “é preciso que se tenha em mente o interesse do usuário deste serviço e que este objetivo seja temperado com razoabilidade com a exigência formal de licitação”, podendo a prorrogação constituir uma medida legítima quando, aqui citando expressamente as ideias de SOUTO, “for autorizada em lei, que determine a indispensável motivação casuística, à luz de critérios políticos e econômicos, tais como o aporte

constitucionalmente garantidos, como a eficiência e a economicidade, valores pautados, logicamente, pela legalidade, só serão garantidos se for dada prioridade a uma solução prorrogatória.

Há, também, o vértice da exclusividade da prestação dos serviços, que, segundo a Lei Geral de Concessões (artigo 16²⁵¹), é legalmente vetada, a não ser que devidamente apoiada em questões de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato de conveniência de outorga, ou, obviamente, tenha sido deliberada por contratos de concessão, atos jurídicos perfeitos, anteriores à vigência da referida lei. Assim, nos casos de contratos de concessão que possam ser prestados sem regime de exclusividade, a competitividade entre os prestadores poderá ser estimulada mediante a realização de processos licitatórios em ciclos, em que a técnica prorrogatória dos prazos de vigência tenha uma incidência limitada ou restrita.

5.2.2. TÉCNICA LEGISLATIVA

A respeito da técnica legislativa, propomos que a atenção seja dada à identificação dos instrumentos jurídicos legislativos apropriados para determinar a fixação abstrata ou concreta das prorrogações às concessões de serviço público.

A proposta de emenda constitucional representa um instrumento admissível para que alguma modificação fosse tratada na disciplina genérica de prorrogação trazida pelo comando do artigo 175 da Constituição Federal de 1988, afetando seja o regime da licitação obrigatória às concessões de serviço público²⁵², seja o regime

de recursos para ampliação dos ativos geradores de energia (e não para simples manutenção daqueles existentes, mediante mera troca de titularidades); envolver uma decisão da União Federal em personificar a função de produzir, transmitir ou distribuir energia elétrica por meio de entidades integrantes de sua Administração; for indispensável como alternativa menos onerosa para permitir a amortização de investimentos que não foram recuperados durante o prazo contratual; for necessária para igualar os prazos de todos os competidores de um segmento, se tal medida for necessária para viabilizar a competição; ensejar um pagamento aos cofres públicos, destinado a um fundo vocacionado a proporcionar modicidade tarifária”. Em: “Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar?”. Em: LANDAU, Elena (org.). Regulação jurídica do setor elétrico. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111-132.

²⁵¹ “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.”

²⁵² Mencionamos a Proposta de Emenda Constitucional 121/2011, apresentada na Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Dr. Ubiali (PSB-SP), com o objetivo de inclusão do artigo 175-A à Constituição Federal, com a redação seguinte: "Art.175-A. A União poderá prorrogar, observado o interesse nacional, por

aberto destinado à prorrogação, designado a ser preenchido por lei específica e, notadamente, pelas especificidades do contrato de concessão a ser celebrado.

A proposta de emenda constitucional, de fato, constitui num elemento mais estável e seguro, pois se trata de impor uma exceção ao regime constitucional claramente disposto, que atrela, de forma obrigatória, a realização de licitação para a outorga das concessões de serviço público e, com isso, afeta substancialmente o regime das prorrogações das concessões situadas nesse regime de transição constitucional e daquelas concessões celebradas posteriormente à Constituição de 1988, com fixação de cláusulas prorrogatórias, mas não adaptadas às regras de licitação prévia.

Projeto de lei consiste no instrumento adequado para o preenchimento do regime aberto proposto constitucionalmente à prorrogação, observado, logicamente, que a Lei Geral de Concessões já determinou a adoção de parâmetros gerais a respeito da fixação de prazo e da definição da prorrogação em concessões de serviço público, atribuindo tal incumbência ao poder concedente no cumprimento das fases de justificação da

período de cinco anos, as concessões de serviços públicos de energia elétrica vincendas em 2015 e 2016, dispensada a realização de licitação". Segundo o objeto dessa emenda, será permitida a prorrogação das concessões de serviço de energia elétrica, vincendas em 2015 e 2016, pelo período de cinco anos, com a ausência de licitação que seria devidamente chancelada pelo Congresso Nacional. Na justificativa apresentada na Proposta, são apontados como motivos a expiração próxima da grande maioria dos contratos de concessão de serviço público de energia elétrica vigentes, a insegurança jurídica decorrente da incerteza do que ocorrerá com as concessões ao cabo do prazo da concessão, a existência do obstáculo constitucional da obrigatoriedade do dever de licitar imposto ao Poder Executivo que se mostra simpático à renovação das concessões, a indisposição das atuais concessionárias em realizar investimentos necessários à manutenção da boa qualidade dos serviços e, finalmente, o risco de prejuízos à economia nacional, usuários e ao sucesso da realização da Copa do Mundo de Futebol no Brasil em 2014. O prazo de cinco anos, improrrogável, foi justificado pela necessidade de introdução de um "período de transição, durante o qual será procedida a apuração do valor residual dos investimentos ainda não amortizados objeto de cada contrato, bem como a preparação das empresas do setor elétrico e a adequação da legislação e da extensa regulação para a inevitável futura licitação", bem como pela necessidade de definição do "mecanismo e a intensidade da redução de custo da energia elétrica, quando a concessão compreender ativos parcialmente ou totalmente amortizados", para que seja possibilitada a captura do benefício proporcionado pela diminuição do custo para a composição da energia elétrica e sua destinação à modicidade tarifária. Vale dizer, a nosso diagnóstico, o objetivo externado pelo Deputado tinha um claro destino, de se fixar à prorrogação um caráter de preparação à realização de futura licitação, tornando-se, assim, apenas temporária e provisória a dispensa de licitação e específica a um determinado setor de serviço público regulado. Referida PEC foi arquivada em 31/01/2015 pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em conformidade com o disposto no Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que, no momento de fim da legislatura, fixa o arquivamento automático de todas as proposições que tenham sido submetidas a deliberação da Câmara ou se encontrem em tramitação, possibilitado o desarquivamento posterior desde que requerida durante os cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, o que não ocorreu no presente caso, até justificado pela edição da Lei Federal específica sobre o tema. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=530734>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

conveniência da outorga, à elaboração do edital, ao conteúdo do contrato de concessão (cláusulas fixadoras de prazo e de condições de sua prorrogação configuradas essenciais).

Devemos nos lembrar que a Lei Geral de Concessões não é imutável, pode sofrer modificações por outra lei superveniente, de caráter ordinário, que, com efeito projetado para o futuro, poderia trazer aprimoramento ao regime da prorrogação da concessão de serviço público.

As modulações possíveis a esse regime à prorrogação concessória de serviço público poderiam ser estabelecidas *ex ante* à própria formulação da contratação pública, com a definição de alto, médio ou ínfimo grau de restrição às prorrogações²⁵³²⁵⁴ (pela definição de prazos máximos de sua incidência, transitoriedade²⁵⁵ ou permanência da

²⁵³ Num exemplo de imposição de alto grau de restrição à prorrogação concessória, ora de *lege ferenda*, citamos projeto de lei em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (Projeto de Lei 138/2007), de autoria do deputado estadual Campos Machado (PTB-SP) e que pretende alterar a redação de dispositivos da Lei Estadual 7.835, de 08 de maio de 1992. Consta da referida proposta legislativa a pretensão de inclusão de dois parágrafos ao artigo 8º da referida lei, o primeiro parágrafo para limitar o período de prorrogação do prazo de concessão àquele período total estabelecido no contrato originário a critério do Poder Concedente, observadas as demais disposições contratuais. Enquanto o segundo parágrafo a ser agregado impõe outra limitação absoluta às prorrogações: caso haja prorrogações sucessivas, impede-se que a somatória dos prazos prorrogados supere o limite do prazo máximo proposto no parágrafo primeiro.

²⁵⁴ Há a apreciação de outro projeto de lei relevante ao tema, em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 5.895/2013), de autoria do deputado federal Ronaldo Nogueira (PTB-RS) e que pretende modificar a redação de dispositivos da Lei Federal n. 9.472, de 16 de julho de 2007, a Lei Geral de Telecomunicações. No ponto em que importa às prorrogações das concessões de telecomunicações, outorgadas aos particulares em regime público de prestação, a proposta legislativa traz inovação ao sistema regulado ao prescrever a possibilidade de inserção de concessões com prazo determinado ou indeterminado. Para a hipótese de concessões com prazo determinado, a proposta é manter a disciplina atual, de se impor um prazo máximo à concessão (de vinte anos), esclarecendo sua prorrogação por uma única vez e por igual período de vinte anos, atrelando a prorrogação concessória a que a concessionária tenha cumprido as condições preestabelecidas pelo Poder Concedente e manifeste expresso interesse na prorrogação, pelo menos, trinta meses antes de sua expiração. A aprovação do projeto pode resultar em significativa alteração do quadro vigente das prorrogações de concessões de telecomunicações, importando numa maior discricionariedade do Poder Concedente para a definição do sistema ideal, de concessões por prazo determinado e indeterminado, e as suas respectivas prorrogações.

²⁵⁵ Confira-se, a respeito, a Proposta de Emenda à Constituição 81/2011, apresentado no Senado, pelo Senador Walter Pinheiro, cujo objeto definido na ementa: “Acresce art. 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitória (ADCT) da Constituição Federal para, no caput do mencionado artigo, autorizar, excepcionalmente, a prorrogação de contratos de concessão e permissão dos serviços e instalações de energia elétrica e dos aproveitamentos energéticos dos cursos d’água que vencem a partir de 2014; prevê no § 1º do art. 98 que a prorrogação de que trata o caput será onerosa e priorizará a modicidade tarifária; prevê no § 2º do art. 98 que a base de remuneração dos ativos objeto de prorrogação não deve ultrapassar o menor valor praticado para empreendimentos mais recentes.”. Avalia a necessidade de arcabouço jurídico, com lastro constitucional, para abonar a solução pelo Poder Concedente de manter a prestação dos serviços concedidos sob a responsabilidade dos mesmos prestadores com proximidade de prazo de vencimento de suas outorgas, notadamente empresas sob controle acionário federal, estadual e municipal. Cita o vazio legislativo quanto a autorização da prorrogação no setor, provocado pela revogação do artigo 27 da Lei Federal 9.427/1996 pela Lei Federal 10.848/2004. Aponta que a reversão de ativos, seguida de licitação, poderia redundar na

alteração, restrição à prorrogação única, liberação a prorrogações sucessivas, definição de prazo mínimo ou máximo às concessões, definição pontual de uma prorrogação única a um determinado serviço público concedido regulado²⁵⁶). Poderiam ser admitidas de ocorrer ao

“privatização” efetiva de entidades estatais, a exemplo da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF. Registra que a medida da nova prorrogação possibilitaria a retomada da pauta de investimentos e postura de mais tempo para uma transição tranquila, permitindo a tais empresas a diversificação da sua pauta de investimentos (por exemplo, em novas concessões de geração e transmissão e na ampliação das redes de distribuição, reduzindo-se, portanto, o grau de dependência aos ativos das concessões prestes a vencer). A prorrogação teria por efeito a manutenção da capacidade de investimento dessas empresas. O Senador ainda fez referência a entendimento de que o artigo 175 da Constituição Federal de 1988 trata a prorrogação como uma “exceção” e “sob determinadas condições”, o que determinaria a utilidade e viabilidade do Instrumento da Proposta de Emenda à Constituição, para poder se sobrepor à regra presente do artigo 175 da Carta de 1988. No entendimento do Senador, a prorrogação deve ocorrer de forma onerosa, com fixação de garantias para que a modicidade tarifária seja preservada e ampliada, além de garantir que a base de remuneração dos ativos das concessionárias não ultrapasse os valores que já são praticados por novos empreendimentos, visto que um ativo depreciado não pode custar mais do que um ativo novo.

²⁵⁶ Exemplo dessa última iniciativa é extraída de Projetos de Lei apresentados na Câmara dos Deputados a fim de propor a prorrogação de concessões relacionadas ao setor de energia elétrica. As proposições são, pela ordem cronológica, com o detalhe de que todas tramitam em árvore com o primeiro projeto apresentado: Projeto de Lei 5.438/2009, do deputado federal Paulo Rattes (PMDB-RJ); o Projeto de Lei 6.595/2009, de autoria do deputado federal Vieira da Cunha (PDT-RS); Projeto de Lei 7.145/2010, de autoria do deputado federal Maurício Rands (PT-PE); Projeto de Lei 7.068/2010, de autoria do deputado federal Wladimir Costa (PMDB-PA); e, por fim, o Projeto de Lei 7.125/2010, de autoria também do deputado Maurício Rands. No PL 5.438/2009, há a proposta de que as concessões de geração de energia que tenham sido pactuadas em período anterior a 11 de dezembro de 2003 possam ser prorrogadas por até duas vezes consecutivas, observado o critério do Poder Concedente, devendo cada prorrogação ser restrita ao intervalo de vinte anos. No modelo vigente por ocasião da formulação da proposta, só havia a possibilidade de uma única prorrogação, conforme disciplinado pela Lei 9.074/1995, artigo 4º, parágrafo segundo. Para a ativação da prorrogação, o PL determina a fixação de algumas condições, a saber, a manutenção de obrigações contratuais preexistentes; comprovação de eficiência e prestação do serviço adequado; a disponibilização da energia proveniente dos empreendimentos concedidos no mercado regulado e no mercado livre, ao mesmo tempo, a fim de preservar a isonomia de atendimento pelas classes consumidoras. No PL 6.595/2009, cujo objeto é a inclusão do artigo 19-A à Lei Federal 9.074/1995, a prorrogação das concessões é estendida para todos os setores, de geração, distribuição e transmissão, com a proposta sistêmica de aperfeiçoamento do modelo regulatório previsto pela Lei Federal 10.848/2004, estabelecimento de regras claras e assegurar “a continuidade e qualidade dos serviços aos consumidores, com modicidade tarifária, segurança de fornecimento, custos reduzidos e alocação eficiente dos recursos”. Nessa proposta, é possível a prorrogação sucessiva, por idêntico prazo no contrato de concessão vigente, colocada a cláusula da boa prestação de serviço (“enquanto os serviços prestados atendam os interesses dos consumidores”), de atendimento do interesse público (“subordinado ao interesse público”), requerimento da prorrogação pelo concessionário e o respeito aos condicionamentos previstos em cláusula do contrato de concessão sobre a prorrogação. Outro detalhe deste PL 6.595/2009, que vem da proposta de inserir no parágrafo único desse artigo 19-A, a limitação dos efeitos da prorrogação às “empresas concessionárias de energia elétrica de geração, transmissão e distribuição sob controle direto ou indireto da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. O deputado federal Vieira da Costa afirmou, na exposição de Motivos, que o PL estaria lidando com o futuro de concessionárias estatais historicamente fundamentais para o desenvolvimento do país, com elevado índices de satisfação de seus consumidores e premiadas como melhores empresas do setor, em detrimento de outras empresas que resultaram do processo de desestatização do país e teriam sido responsáveis pelo aumento excessivo das tarifas e pelo apagão ocorrido no ano de 2002. Afirmou, ainda, que a conveniência do projeto de lei 6.595/2009 estava lastreada na garantia de continuidade e qualidade do serviço de energia elétrica, com minimização de riscos de licitação ampla e simultânea de concessões que vencem em 2015, e na garantia de segurança aos investidores e de direcionamento de investimentos para novos empreendimentos na expansão do sistema elétrico nacional, e não no pagamento para a aquisição de ativos e indenização das concessionárias federais e estaduais, estratégicas para o desenvolvimento do país. Já no PL 7.145/2010,

longo da execução do contrato de concessão de serviço público, devidamente justificadas. Ou, de forma excepcional, após o advento do prazo contratual.

Quanto à iniciativa do Projeto de Lei, a avaliação quanto a pertencer exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, ou compartilhada com os membros do Poder Legislativo ou de iniciativa popular, dependerá da profundidade da regulamentação proposta pela lei. Isso afirmado na medida em que, em tese, não se pode forçar a administração pública concedente a determinar uma prorrogação de concessão de serviço público, porque afronta o seu poder de organização e estruturação do próprio serviço, subtraindo-lhe as possibilidades de retomada no advento do prazo contratual e também da própria relicitação nesse termo final.

Admite-se ponderar que, se a alteração ou adaptação do regime de prorrogação concessória for proposta quanto à fixação de prazos máximos ou mínimos, pode-se considerar nelas existente um caráter de generalidade, apoiado em justificação

agrega-se a possibilidade de a União Federal prorrogar as concessões de geração de energia elétrica que estivessem alcançadas pelo artigo 42 da Lei Federal 8.987/1995 pelo prazo de 30 (trinta) anos, com a necessidade de requerimento do concessionário e obediência ao disposto no artigo 25 da Lei Federal 9.074/1995. No parágrafo único do artigo 19-A que seria incluída à Lei Federal 9.074/1995, o PL 7.415/2010 propunha a possibilidade de “renovação das prorrogações” por igual período e de forma sucessiva, se estiverem presentes o interesse público e observados os requisitos legais. O PL ainda sugeriu a inclusão do artigo 22-A à Lei Federal 9.074/1995, com a possibilidade aqui de prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica que também fossem alcançadas pelas disposições do artigo 42 da Lei 8.987/1995 pelo prazo de 30 (trinta) anos, exigindo-se, também, a solicitação do concessionário, mas, alternativamente, a iniciativa do poder concedente. A mesma disciplina de possibilidade de “renovação das prorrogações” foi tratada em relação às concessões de distribuição. A intenção do proponente da lei tinha por claro objetivo a proteção de interesse das empresas estatais, numa proposta de valorização da estatização da política energética. A mesma intenção é extraída do Projeto de Lei 7.215/2010, de autoria do mesmo deputado federal. O Projeto de Lei 7.068/2010, de autoria do deputado federal Wladimir Costa, busca editar a lei que passe a tratar novamente das prorrogações de concessões do setor elétrico, que teria desaparecido do ordenamento em razão da revogação do artigo 27 da Lei Federal 9.427/1996 pelo artigo 32 da Lei 10.848/2004. Propõe regras distintas para a prorrogação da concessão para geração, transmissão e distribuição de energia, com onerosidade das prorrogações das concessões de geração, aplicado o valor na modicidade tarifária, e não onerosidade na prorrogação das concessões de transmissão e distribuição. Cita, ainda, sete motivos para a prorrogação das concessões: 1) caos possível de ocorrer em caso de reversão das concessões para posterior licitação, diante da ausência de regras claras que definam os bens reversíveis e cálculo do valor da indenização; 2) desinteresse dos atuais concessionários em continuar investindo nesse cenário de insegurança e de ausência de garantia de justa e rápida indenização; 3) instabilidade crescente no setor e aumento dos custos de operação, já que financiamentos, contratações de energia e operações de longo prazo requereriam o conhecimento do futuro das concessionárias; 4) novos investidores destinariam recursos para vencer as licitações das concessões existentes, em vez de investir em novos empreendimentos; 5) nas concessões de transmissão e distribuição não se vislumbram benefícios à sociedade ou redução tarifária com a licitação, dada a política de revisão tarifária da ANEEL; 6) a instabilidade institucional; e 7) o risco de que as concessões fossem revertidas à União Federal e não mais relicitadas, em cenário de reestatização. No andamento atual, os projetos estão sob análise da Comissão de Minas e Energia (CME), desde 12/08/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=439110>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

política, de que seja necessário àquele determinado ente político a imposição de uma política de contratação pública baseada em sucessivas licitações, para fomentar a competitividade, incentivar a melhoria da prestação do serviço e a modicidade tarifária, além de prestigiar a isonomia entre os prestadores daquele serviço concedido, os consolidados e os possíveis entrantes no sistema.

As medidas provisórias, instrumento reservado à iniciativa e edição pelo Chefe do Poder Executivo, poderiam ser empregadas para a definição e reestruturação de setores regulados, com a fixação do mesmo conteúdo atribuído aos projetos de lei, desde que, evidentemente, estivessem demonstradas as razões de urgência e relevância prescritas a essa espécie normativa. Bem assim, se mostram necessárias as razões técnicas, definidas por grupos interinstitucionais de trabalho, entre os Ministérios e Secretarias envolvidos na prestação do serviço concedido em questão, para que seja definida a justificação para a imposição, pela lei a ser editada com a conversão da medida provisória, de limites ou condicionamentos específicos ao processo de prorrogação concessória.

Os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, também na função de complementaridade dos instrumentos regentes da concessão de serviço público, se mostram instrumentos salutareos para a geração da previsibilidade e segurança necessária ao processo de prorrogação concessória. Exige-se desses mandatários a adoção de conduta séria, de modo a preservar as regras que tenham sido estabelecidas por governos anteriores no que dizem respeito às regras efetivas e que garantem a estabilidade ao sistema concessório como um todo, mas também com a argúcia necessária para verificar quais são os pontos em que os regulamentos estejam defasados ou inefetivos, seja por determinarem regras impossíveis de serem cumpridas ou pouco factíveis na prática, seja pelo custo econômico e político da manutenção dessas regras inefetivas.

5.2.3. TÉCNICA REGULATÓRIA

Na técnica regulatória, a proposta da definição do regime para a prorrogação concessória parte de dois movimentos: a institucionalização de uma entidade independente apropriada para realizar a regulação do contrato de concessão e a fixação de uma prática institucional sólida e dotada de previsibilidade, para assegurar a manutenção

do interesse dos potenciais interessados na prestação dos serviços públicos, dos investidores e financiadores e respeitar as expectativas dos diretamente envolvidos no pacto concessório, concessionário e usuários.

A criação da entidade reguladora, ou definição por meio de movimentos de descentralização ou desconcentração administrativa, permite a esse órgão, presumivelmente dotado de autonomias predicadas pela lei (como administrativa, financeira e técnica), de expedir atos normativos consentâneos com a realidade de cada setor de serviços públicos, com respostas atentas ao cumprimento razoável do tempo administrativo prescrito pela lei de regência.

Já o estabelecimento de uma prática institucional em relação às prorrogações decorre da revisão periódica dos condicionamentos propostos às prorrogações concessórias, do acompanhamento e monitoramento da execução contratual, com cumprimento dos deveres de fiscalização e, quando possível, de definição de comportamentos, regras e procedimentos claros e transparentes quando da participação do processo apropriado para se decidir pela prorrogação, evitando-se abruptas modificações ou adaptações de marcos normativos a não ser que devidamente justificadas por circunstâncias supervenientes de alinhamento do serviço público concedido ao progresso tecnológico.

Sobre o assunto da transparência regulatória, fazemos o registro da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que adota como prática de publicização de seus atos, a transmissão das suas Reuniões Públicas Ordinárias ao vivo na sede da Agência ou por transmissão em tempo real no sítio <http://www.aneel.gov.br>, bem como possibilitado o acesso às Reuniões Anteriores em canal do Youtube²⁵⁷, além de permitir o amplo acesso aos atos editados, publicados em sessão específica do seu sítio eletrônico, de “Biblioteca Virtual”²⁵⁸. À ANEEL, ainda relembramos o papel determinante na compostura dos atos de revisão periódica da concessão, com a análise dos custos, ativos, ganhos de produtividade, observância de níveis de investimento, no processo de definição do regime tarifário aplicável às concessões e da qualidade dos serviços prestados.

²⁵⁷ Disponível em: <<http://www.youtube.com/user/aneel>> .

²⁵⁸ Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/index.cfm>>.

5.2.4. TÉCNICA CONTRATUAL

A técnica contratual contempla não somente a fase do processo de escolha do concessionário e a fixação das cláusulas que regerão a concessão de serviço público, mas se expande para a fase de execução do próprio contrato.

Será no exercício da técnica contratual que a administração pública poderá ter plena consciência dos limites que deverá observar por ocasião do término do prazo originário avençado a uma concessão de serviço público e da ativação, ou negativa de ativação, a uma determinada cláusula prorrogatória.

Esse entendimento é afirmado na medida em que à administração pública, quando do advento do termo contratual de uma concessão de serviço público, se estipulam dados comportamentos, com duas alternativas certas e uma alternativa de caráter eventual. As alternativas de conduta, de ocorrência certa e que a administração sempre poderá se valer de uma ou outra, são a possibilidade de retomada do serviço concedido pela administração e dos bens reversíveis respectivos, ou a realização de nova licitação. A terceira alternativa, de incidência eventual, é a prorrogação concessória. Explicamos a eventualidade da cláusula prorrogatória em razão da ausência de obrigatoriedade de sua ocorrência em concreto, estendendo o prazo de vigência, muito embora seja salutar – como a Lei Geral de Concessões previu – que se determine a essencialidade de uma cláusula prorrogatória num contrato de concessão de serviço público.

Note-se: não se aprecia, *ex ante* da ocorrência do termo final do contrato, uma tendência de posicionamento da administração pública, a não ser que, evidentemente, esteja incisivamente declarado no contrato de concessão de serviço público ou uma postura administrativa que sinalize a ativação da cláusula prorrogatória (por exemplo, já anunciando, desde o instrumento contratual, o detalhamento de projetos futuros a serem executados após a fluidez do prazo originário da concessão, e fixando, desde então, os condicionamentos a serem observados pela concessionária a fim de obter a autorização da prorrogação contratualizada), ou uma postura administrativa contrária à prorrogação, indicativa, por exemplo, da preferência pela retomada dos serviços ao cabo do prazo (por exemplo, justificada por algum tipo de indisponibilidade ou variação orçamentária deficitária num horizonte de curto prazo que impossibilitasse o ente político de bem prestar

o serviço público em questão) ou da fixação de vedação absoluta à prorrogação, indicando a saída necessariamente por alguma outra das duas alternativas, retomada ou relicitação²⁵⁹.

Estipular, no instrumento contratual, parâmetros favoráveis à prorrogação, todavia, não pode significar a contratualização de direito subjetivo à prorrogação, portável pelo concessionário e oponível contra a entidade concedente. Da mesma forma que uma prorrogação prevista em contrato pode favorecer e estimular o concessionário a realizar os seus investimentos, uma perspectiva de ocorrência certa de tal decisão prorrogatória pode gerar desvios de conduta em relação aos cronogramas de investimentos e da conclusão mais eficiente dos projetos. Daí a necessidade de se preservar, à administração pública, o poder de disciplinar e deliberar sobre a incidência abstrata e concreta da cláusula prorrogatória.

Em síntese, verificamos a prorrogação, no aspecto da definição em abstrato da cláusula prorrogatória no contrato de concessão, como uma decisão predominantemente exclusiva da administração pública, podendo se debater de eventual possibilidade de negociação da sua incidência numa fase pós-adjudicação em licitação, mas anterior à celebração do contrato.

Tendemos a avaliar a prorrogação, no exercício da técnica contratual ao longo da execução do contrato, como uma decisão, não exclusiva ou unilateral, mas predominantemente administrativa, enfeixada no ramo de suas atribuições da administração pública que não podem ser delegadas ao concessionário e que pode tratar de envolver uma perspectiva consensual e negociada, com ampla participação da concessionária no processo de tomada de decisão. A manifestação da Administração Pública concedente se mostra como fundamental, seja pelo sim, seja pelo não da

²⁵⁹ Como bem descreve Egon Bockmann MOREIRA, na avaliação dessas três alternativas básicas, o poder concedente deve possuir dinheiro em caixa e capacidade de gerenciamento dos bens e serviços na hipótese de retomada; deve realizar estudos e projetos, ao cabo da concessão original, a fim de se preparar para um futuro procedimento licitatório, que pode envolver múltiplos interessados, ou nenhum, a depender da atratividade do negócio e estabilidade das posturas contratuais e regulatórias do concedente; ou o poder concedente pode revisar o contrato em vigor, estabelecer novos deveres, direitos e obrigações que tornem justificada a incidência da prorrogação, preservado, todo o caso, o objeto original do contrato e a mesma ordem de prestações. MOREIRA ressalta que não há gratuidade numa decisão desse porte, visto que a decisão administrativa implicará na adoção de uma opção para alocar verbas públicas e despesas privadas, priorizando ou não determinado segmento das funções administrativas. Em: “Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão”. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colonistas/egon-bockmann-moreira/varios-motivos-para-se-pensar-na-prorrogacao-dos-contratos-de-concessao-3zgdpm80r6dvxpv4t1w8dmnfq>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

prorrogação da concessão. Cabe à administração a organização do serviço público e a avaliação se ele está sendo bem prestado e se ele deve continuar a ser por um mesmo explorador do serviço.

A prorrogação envolve um juízo discricionário da administração pública quanto à melhor e eficiente forma de prestar o serviço público, avaliada, logicamente, na perspectiva da fluidez integral do prazo originário da concessão de serviço público em andamento sem problemas de descontinuidade ou inadequação dos serviços, na disponibilidade orçamentária futura da administração pública, na disponibilidade presente, também da administração, de existência de estruturação capaz de prosseguir na boa prestação do serviço.

Enfim, a técnica contratual prescreve, como fator potencialmente obrigatório, a fixação explícita no contrato das hipóteses de prorrogação, de forma detalhada e explícita, de modo a não ensejar dúvidas quanto ao modo, condições, procedimentos e prazos²⁶⁰ para a sua aplicação. Como fator não obrigatório, que redundaria na flexibilidade, a técnica contratual torna admissível que a prorrogação seja originalmente autorizada no instrumento concessório, porém, com os seus detalhamentos sendo acertados posteriormente entre concessionário e concedente, no âmbito da liberdade contratual autorizada pela lei, vigiada pelo órgão regulador independente e participada pelos usuários avaliadores do nível de desempenho e qualidade do serviço prestado pela concessionária.

5.2.5. TÉCNICAS DE CONTROLE

A respeito da quinta técnica estatal no jogo da prorrogação concessória, citamos a necessidade de estabelecimento de um sistema institucional de controle bem forte e estável, que permita o diuturno acompanhamento dos atos e negócios praticados

²⁶⁰ Bem adverte Egon Bockmann MOREIRA sobre os malefícios da “não-decisão”: “a decisão é discricionária e privativa da Administração Pública, que não está obrigada a rescindir, nem a fazer novas licitações nem a prorrogar os contratos. Ela deve examinar e comparar as três possibilidades – e adotar a decisão mais eficiente, em vista das alternativas que o cenário econômico lhe autorizar. A única que ela efetivamente tem de fazer é decidir. A inércia só agrava o cenário, recheando-o de dúvidas e incertezas quanto à segurança do empreendimento”. Em: “Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão”. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/varios-motivos-para-se-pensar-na-prorrogacao-dos-contratos-de-concessao-3zgdpm80r6dvxpv4t1w8dmnfq>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

pelo poder concedente e concessionários no desempenho da atividade empresarial prescrita pelo objeto concessório.

A articulação do sistema de controle depende não só da criação e fortalecimento de instituições vocacionadas a análise da gestão pública contratual, como os Tribunais de Contas e Ministério Público, mas também da dotação a tais entes institucionalizados de instrumentos, com força orientativa ou vinculante, no rumo da definição da previsão da cláusula prorrogatória, em abstrato ou em concreto no contrato, e de sua posterior ativação.

Nessa medida, temos que se deve garantir, nesse processo de decisão pela prorrogação concessória, a participação dos administrados, inclusive com o acesso a tais instituições de controle e, notadamente, à justiça para a impugnação [o que é extraído de expresso dispositivo legal, na Lei da Ação Popular, Lei Federal 4.717/1964, artigo 1º²⁶¹ combinado com artigo 4º, incisos III e IV²⁶²].

5.3. INCIDÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E TRANSPARENTES PARA DIMENSIONAR PRAZOS E ESTRUTURAR PRORROGAÇÕES

Como segundo passo notado como essencial no curso da definição do regime jurídico mínimo aplicável às prorrogações de concessões, vislumbramos o

²⁶¹ “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

²⁶² “Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

- a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;
- b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;
- c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

IV - As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos.”

aperfeiçoamento da técnica redacional, de textos legais e contratuais, mediante a adoção de locuções verbais que tragam certeza e objetividade na interpretação dos limites dos direitos e obrigações aplicáveis a cada um dos envolvidos no pacto concessório, afastados ou evitados os usos de conceitos jurídicos indeterminados.

Isto é, para dimensionar prazos e estruturar as prorrogações respectivas das concessões, a transparência é o norte a ser obedecido.

Indicamos, como primeira locução a ser objeto de redefinição, a descrita na formulação “a critério do poder concedente”, ou suas variações terminológicas. Ainda que referido critério do poder concedente possa ser modificado em razão de alterações de posturas ideológicas e partidárias, decorrentes da natural oscilação e modificação dos mandatários do Executivo, vislumbra-se essencial que ao concessionário seja dado conhecer o que seja estipulado como esse “critério”, ou quais os conteúdos possíveis desse “critério”²⁶³.

Uma ampla discricionariedade, tendente ao infinito, pode conduzir a resultados arbitrários, com difícil apreensão pelas instâncias revisoras de controle quanto a se processar uma impugnação corretamente e se comparar a compatibilidade do ato às regras e princípios regentes da administração pública²⁶⁴.

Nessa medida, um dos critérios possíveis a preencher tal “discricionariedade do poder concedente” é visualizado na existência dos condicionamentos que a concessionária pode ser obrigada a cumprir ao longo do prazo originário da concessão, devidamente estruturados em ato normativo previamente dado ao conhecimento da concessionária (seja na própria formação do contrato, ou em fase prévia a formulação do requerimento da prorrogação). Outro parâmetro possível de ser adotado é a exigência de motivação qualificada do poder concedente, seja ao ativar seja ao negar a ativação da cláusula prorrogatória, sendo impossibilitada a menção a cláusulas genéricas

²⁶³ Sobre o assunto dos limites à definição do “critério do poder concedente” no uso da técnica da prorrogação de concessões de telecomunicações, conferir: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. “Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 197/227, out./dez. 2004.

²⁶⁴ Conferir, amplamente, a obra de referência: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

como “atendimento ou desatendimento do interesse público”, sem o desenvolvimento do raciocínio que justifique o cumprimento ou descumprimento desse interesse público.

Outra locução que deve ser urgentemente revista é a da cláusula da “boa prestação de serviço”, ou a de que “a concessionária continua a prestar a atividade enquanto bem servir”. Os níveis de desempenho devem ser antecipados desde o contrato de concessão, pela entidade reguladora competente ou pelo próprio poder concedente, para que seja apurado se a concessionária está cumprindo com os seus deveres prescritos na Lei Geral de Concessões e, se desta forma, terá o direito de ter aprovado o seu requerimento de prorrogação da concessão, independentemente da origem da prorrogação, legal ou contratual. E mais: devem ser objeto de fiscalização permanente. Há, também no aspecto do desempenho da concessionária, que se apurar as opiniões dos usuários, mediante a adoção de bases estatísticas consistentes para refletir com exatidão a opinião dos efetivos ou usuários em potencial, para se saber se a concessionária realmente está cumprindo com o bom prestar do serviço, não bastando, para tanto, a manifestação estatal reconhecendo tal cumprimento sem o atrelamento da motivação a tal pesquisa ampla e completa de opinião.

A decisão prorrogatória também deve envolver, no juízo de sua apreciação abstrata ou concreta, a postura dos interesses públicos e privados envolvidos, sendo inapropriada a tomada de decisões que vindiquem a adoção de uma solução exclusivamente favorável ao poder público concedente, com carrear dos prejuízos à concessionária, e da mesma forma o entendimento inverso, com a concessionária sendo a destinatária privilegiada de uma eventual prorrogação do prazo.

Nesse aspecto, verificamos que a decisão prorrogatória deve levar em conta o cômputo de indenizações de bens não amortizados ou já depreciados ao fim do prazo originário da concessão, para se identificar se a prorrogação do prazo de vigência seria a solução mais adequada em detrimento da solução da retomada dos bens reversíveis e do serviço concedido ao cabo do prazo originário. Os bens reversíveis, assim, devem ser delineados de forma clara nos instrumentos de concessão e os investimentos a eles acoplados devem ser objeto de monitoramento pela entidade concedente, por meio de estudos periódicos, a fim de que tal atividade de apuração não se concentre ao tempo de encerramento do prazo concessório.

Da mesma forma, nos casos da prorrogação imprópria, na modalidade de extensão do prazo, decorrentes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da

avença, deve haver o exato dimensionamento do prazo aplicável à prorrogação, e até, em nome da previsibilidade, eventual fixação de limites no instrumento concessório quanto à sua limitação (prazo máximo de “x” anos), ou de fixação de ordem de preferência das modalidades de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A atividade de ativação prorrogatória, de igual modo, deve ser devidamente estruturada na lei de regência do setor regulado, ou, em nome da normatividade aberta permitida pela lei-quadro de concessões, no próprio instrumento contratual, a fim de que procedimentos mínimos sejam observados e a previsão de ação da administração pública seja passível de acompanhamento, e de exigibilidade no caso de inércia e silêncio administrativo. Nesse ponto, aponta-se a possibilidade de estipulação de prazos mínimos e máximos de antecedência ao fim do prazo originário da concessão para a declinação da manifestação de interesse, quais os instrumentos adequados para a formulação do requerimento e quais documentos devem ser apresentados, quando a administração pública deve se manifestar e que tipo de resposta ela deve anunciar, necessariamente baseada em motivação explícita e suficiente, relacionada à prestação do serviço e à regulação do contrato.

Por fim, a objetividade também deve abranger os atos de acompanhamento dos órgãos de controle, oriundos de atos normativos internos da organização dessas instâncias (como, por exemplo, Portarias do Tribunal de Contas da União, aprovadas pelo seu Plenário, que definam pautas e prioridades de atuação do órgão em relação às contratações de concessões, e suas prorrogações, praticadas pela União Federal).

5.4. MÉTODOS DE COMPLEMENTAÇÃO HERMENÊUTICA E COMUNICAÇÃO ENTRE OS SETORES REGULADOS

No terceiro estágio desse regime jurídico mínimo das prorrogações das concessões, compreendemos a importância da subsistência de métodos de complementação hermenêutica e de comunicação entre os setores regulados.

Ainda que a regra seja a especialidade dos setores regulados, que pode, em certos pontos e procedimentos, afastar a incidência da lei-quadro de concessões de

serviço público, a verificação das normas de todos os serviços públicos concedidos, numa perspectiva organizada e estrutural de um mercado público concessório, pode tornar mais eficiente a tomada da decisão relacionada à previsão abstrata ou concreta da prorrogação concessória.

Nessa medida, uma interpretação sistemática, que leve em conta os benefícios apurados em um setor regulado específico e que possam se traduzir em regras contratualizadas e jurídicas em outro setor, é uma técnica que pode ser estimulada, ainda mais se houver uma similaridade de pauta principiológica que aproxime referidos pactos concessórios. Já a interpretação restritiva seria apropriada para evitar que as exceções presentes de determinados setores regulados não sejam reproduzidas irresponsavelmente a outros setores regulados, sem a devida análise de impacto. Outro método poderia ser a analogia, para que as experiências verificadas nas prorrogações de concessões de serviço público num determinado setor regulado sejam replicadas, quanto às suas externalidades positivas, a outro setor, que se encontre em movimentação de revisão de regras ou consolidação institucional.

Um exemplo claro para traduzir esse raciocínio se aponta numa questão de viés econômico, a instauração de um monopólio natural pela concessão de serviço público. Vide o caso de uma concessão de transporte metroviário: à empresa que será outorgada uma concessão da exploração dessa atividade, por conta da impossibilidade física e de racionalidade técnica, será possível a exploração de modo exclusivo, salvo se a inviabilidade técnica for superada por alguma inovação tecnológica que permita a concomitância da exploração dos serviços. Ademais, uma empresa exploradora desse serviço deve portar uma “expertise” própria na condução dessa atividade, que envolve a administração de estações de acesso e fluxo de passageiros, a preservação e conservação do material rodante, trens e equipamentos, além da questão dos custos de mobilização necessários para por em marcha a operação desse serviço. Uma regra que, na regulação do setor metroviário de um determinado ente político, comine a exploração desse serviço a empresas nacionais apenas, torna a competitividade de um certame licitatório futuro bem restrito, ante a restrição do número de localidades brasileiras que possuem esse modal de transporte ferroviário devidamente instalado. Além disso, existiria a questão da reversão e o pagamento de indenização pelos bens não amortizados e depreciados, que poderia ser elevada, a depender do vulto de investimento aplicado e o envolvimento de obras públicas.

Esse raciocínio, da instauração de monopólio natural num determinado setor concedido com as particularidades da regulação normativa e restrição de resultados positivos de uma relicitação, pode conduzir a aplicação da solução prorrogatória como a mais consentânea com o arbitramento dos interesses públicos e privados envolvidos. Nada obsta que o ente político, em relação a outro serviço público concedido que seja permeável à adoção de similar estratégia, trace a mesma solução prorrogatória.

5.5. INCENTIVO À TÉCNICA DA NORMATIVIDADE CONTRATUAL COMO VÁLVULA ÀS LACUNAS LEGISLATIVAS

Mais um elemento a integrar o regime das prorrogações concessórias é verificado pelo incentivo ao uso da técnica da normatividade contratual para superar as lacunas legislativas.

A lei-quadro de concessões, ao adotar uma postura relevantemente enunciativa de conteúdo mínimo do edital de licitação e do contrato de concessão respectivo, estimula a adoção do instrumento contratual como o veículo próprio para tratar das especificidades aplicáveis à realidade da concessão.

5.6. CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS DOS CONCESSIONÁRIOS EM NORMAS JURÍDICAS

Num quinto passo, defendemos que os direitos subjetivos dos concessionários sejam devidamente delineados em normas jurídicas aplicáveis às concessões, sejam elas normas legais ou normas contratuais da própria concessão.

Veja-se, a propósito, o benefício à atuação do poder concedente que a explicitação de eventuais privilégios a empresas estatais prestadoras de serviços públicos concedidos poderia gerar, ou regras que determinassem, expressamente, a possibilidade ou

proibição total de dispensa ou inexigibilidade de licitação para a concessão de serviços públicos²⁶⁵.

A noção de inexigibilidade de licitação nos casos de concessão de serviço público é, a meu juízo, má compreendida, com a análise interpretativa estrita do disposto pelo artigo 175 da Constituição Federal de 1988. A adoção do vocábulo “sempre” para determinar que a licitação será o instrumento prévio necessário a ser adotado para o procedimento de escolha das concessionárias, sem que haja espaço para a verificação de situações de excepcionalidade, prejudica a estruturação de um modelo de setor regulado em que as soluções para a garantia de isonomia dos particulares, potenciais entrantes ou atuais concessionários, seja possível com a adoção de plena competitividade, desprovida de uma licitação, que represente barreira à entrada dos concessionários. Ou em setores em que a competitividade sequer seja estimulada, porque todos os prestadores podem, sem conflito, se utilizar dos meios a fim de exercitar a atividade de serviço público e explorar os seus benefícios²⁶⁶.

²⁶⁵ Num raciocínio analógico, a possibilidade de a prestação de serviço público estar dispensada, por lei, da realização de procedimento licitatório é confirmada pela existência do contrato de programa. Conforme a Lei de Consórcios Públicos, “[d]everão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (artigo 13, cabeça), sendo que a sua contratação entre entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados, poderá ser realizada com dispensa de licitação, desde que esteja prevista essa possibilidade no contrato de consórcio público ou convênio de cooperação aludidos pelo artigo 241 da Constituição Federal de 1988 (artigo 13, parágrafo quinto, cumulado com o artigo 2º, parágrafo primeiro, inciso III). Basta, para tanto, que o protocolo de intenções do consórcio público estabeleça autorização expressa para a gestão associada de serviços públicos, com explicitação de autorização para o consórcio público licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação de serviços (artigo 4º, inciso XI, alínea “c”).

²⁶⁶ Confira-se o caso de outorga de concessão de serviço de radiodifusão de som e imagem, com fins exclusivamente educativos, ao Município de Volta Redonda, sem realização de procedimento licitatório. Caso, na realidade, é interessantíssimo do ponto de vista acadêmico. O acórdão da apelação menciona, ao julgar, o precedente da ADI-MC 561/DF, por meio da qual o STF teria determinado que o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei n. 4.117/62, teria sido recepcionada pela CF/88 no capítulo atinente ao serviço de radiodifusão. E alude ainda ao Decreto 52.795/63, no artigo 13, § 1º, que teria determinado dispensa de licitação na hipótese de outorga de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos. Veja-se a ementa do julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA E DE IMAGENS COM FINS EXCLUSIVAMENTE EDUCATIVOS. OUTORGA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. - Os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações constituem serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão, na forma do art. 21, inciso XII, alínea a, c/c os artigos 175 e 223 da Constituição Federal de 1988. - Os serviços de radiodifusão apresentam-se sob a forma de outorga onerosa, onde os pretensos exploradores desses serviços são chamados a licitar e oferecer um preço público pela titularidade de permissões ou concessões de serviços, nas modalidades sonora (rádio) e de sons e imagens

O caso das concessões de serviços de transporte aéreo regular de passageiros é um exemplo determinante da estruturação de um serviço público em que a licitação se mostra evidentemente indesejável. Não porque seja necessária a manutenção de uma rede de prestadores de navegação aérea, ao menos nas linhas domésticas, que se conserve de forma autossuficiente da exploração dos serviços, sabidamente custosos, mas porque a competitividade já pode ser devidamente aplicada na realidade dos serviços aéreos pela instalação de um regime tarifário maleável, que apenas observe diretrizes pautadas pelo órgão de regulação do setor.

Quanto à questão da possibilidade jurídica de se fixar hipóteses de inexigibilidade de licitação a serviços públicos concedidos, citamos, no momento pós-promulgação da Carta de 1988, a regulação da lei de telecomunicações (artigos 91 e 92 da

(televisão). Em caráter excepcional, existem serviços de radiodifusão cuja exploração independe de contraprestação, como é o caso da radiodifusão comunitária, regida pela Lei nº 9.612/1998, e da radiodifusão educativa, tutelada primacialmente no Decreto-Lei n. 236, de 27.2.1967. - Embora as hipóteses de dispensa de licitação estejam elencadas na Lei nº 8.666/93, é possível que outras legislações estabeleçam situações em que a Administração esteja autorizada a dispensar o procedimento licitatório. - O art. 13, §1º do Decreto nº 52.795/63, que regulamentou a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), com a redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996, dispensou a licitação na hipótese de outorga de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos. - A Lei nº 4.117/62, no que respeita ao serviço de radiodifusão, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme decidiu o Excelso Pretório ao julgar a ADI-MC 561/DF. - Os serviços de radiodifusão de sons e imagens exclusivamente para fins educativos têm tratamento legal diferenciado, dada a ausência de caráter mercantilista, comercial, pois as televisões educativas não possuem objetivo de lucro, nem se sujeitam aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, do que decorre que não podem ter o mesmo tratamento dispensado às empresas privadas. Destarte, esses serviços públicos são delegados mediante permissão, com suporte jurídico em contrato de caráter especial e regido por regras de direito público (Lei nº 8.987/95, art. 1º), com objetivo de realizar o interesse público, ou seja, a concretização de uma política pública na área de educação. - A hipótese de dispensa de licitação autorizada pelo referido art. 13, §1º do Decreto nº 52.795/63, não conflita com a disposição inserta no art. 175 da Constituição Federal, conforme, aliás, sinaliza o entendimento jurisprudencial. - Recurso de apelação e remessa necessária desprovidos.” (TRF-2a Região - APELACAO CIVEL 2009.51.04.002378-4, Nº CNJ : 0002378-33.2009.4.02.5104, Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima, j. 05/02/2014).

Outro julgado na mesma linha, agora no Tribunal Regional Federal da 3a Região: “ADMINISTRATIVO. RADIODIFUSÃO. TV EDUCATIVA. CONCESSÃO DE OUTORGA SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. O termo inicial da prescrição da nulidade do ato administrativo de prorrogação ilegal do contrato de concessão se constitui no encerramento do tempo contratual. Precedentes do STJ. 2. A análise da necessidade de licitação para as TV's educativas deve ser feita à luz de todo o contexto constitucional, combinando os dispositivos que regem a Administração Pública com aqueles destinados à educação e comunicação social. 3. O Decreto-lei 236/67 é compatível com o texto constitucional de 1988, trazendo um tratamento diferenciado à radiodifusão educativa. 4. O artigo 13 do Decreto nº 52.795/63 declara expressamente a inexigibilidade de licitação para a outorga de concessão às TV's educativas. 5. Remessa oficial e Apelações providas.” (TRF-3a Região, Apelação e Reexame Necessário 0014205-81.2010.4.03.6105, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado Ciro Brandani, j. 05/06/2014).

Lei 9.472/1997²⁶⁷), sem apontamento, até o momento, de declaração de sua incompatibilidade com o artigo 175 da Constituição Federal, até porque outra regra, de igual natureza constitucional, carrega à União a competência de legislar, em termos de lei específica, sobre as condições para a exploração dos serviços de telecomunicações (artigo 21, inciso XI).

5.7. COMO ENQUADRAR A PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO COM INSTRUMENTOS AFINS

O regime das prorrogações de concessão de serviço público também deve atentar à existência de instrumentos afins para a prestação de serviços públicos.

Ao cabo do prazo originário da concessão, pode ser avaliado pela administração concedente que, por influência legal ou factual, não estão mais presentes as circunstâncias que possibilitaram a eleição do instrumento concessório como o necessário ao cumprimento da prestação do serviço com as obrigações de continuidade e adequação determinadas pela lei.

Um tipo de influência legal corresponde à criação e institucionalização de novos modelos contratuais, na perspectiva de aperfeiçoamento da cultura contratual da administração pública. Em plano recente, vimos a emergência das Parcerias Público-Privadas, que, sob as formas de concessão administrativa e patrocinada, tendem a ser utilizadas para empreendimentos concessórios que não possuem grau de autossustentabilidade financeira e remuneratória, dependendo de complementação advinda

²⁶⁷ “Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.

Parágrafo único. As condições deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão.”

de contraprestação pública, paga pelo próprio poder público, no todo (no caso da concessão administrativa) ou em parte (no caso da concessão patrocinada).

Assim, tomamos por exemplo um serviço público que à época da concessão originária tenha se exibido como uma ótima perspectiva de demanda (por exemplo, uma linha de transporte coletivo rodoviário intramunicipal de passageiros), tenha sofrido com inesperada e significativa perda da demanda ao longo do tempo de exploração (superando a ideia de uma álea ordinária, do negócio, suportável exclusivamente pelo concessionário), por exemplo, pela migração e deslocamento populacional a outro centro urbano vizinho, ou pela adoção de solução de transporte individual particular. Ao cabo do prazo originário da concessão comum, pode não ser interessante, nem a poder público concedente, nem ao concessionário, a opção pela prorrogação. Pelo concessionário a questão econômica, ao poder concedente, a questão da recomposição do equilíbrio econômico da concessão vigente, que poderia exigir esforços desmesurados para evitar a majoração da tarifa, e uma questão política, de fomentar uma política pública específica relacionada ao readensamento habitacional e populacional dos bairros que sofreram com os episódios migratórios.

A Parceria Público-Privada, se planejada de acordo com as diretrizes propostas no artigo 4º da Lei Federal 11.079/2004²⁶⁸, pode se tornar numa alternativa hábil à prorrogação, com a fixação de obrigações de investimento e de resultados ao parceiro privado, envolvendo a perspectiva de melhoria das condições habitacionais dos bairros desadensados e integração social, na mesma perspectiva de longo prazo de duração, mas com uma percepção de remuneração diretamente atrelada a notas de desempenho e de compartilhamento de ganhos econômicos efetivos com o poder concedente, além de uma ampla distribuição de riscos pautada desde o início da relação contratual.

²⁶⁸“Art. 4o Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.”

Outro tipo de influência legal que podemos citar consiste na reestruturação do serviço público concedido, com base em uma gestão associada dos serviços determinada pelo ente concedente, em conjunto com demais entes políticos. Consoante a orientação constitucional, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são obrigados a disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando gestão associada de serviços públicos e a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (artigo 241, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998). Normas gerais com fixação de diretrizes sobre saneamento básico, editadas com a Lei Federal 11.447/2007, trouxeram a possibilidade dessa associação voluntária dos entes federados de ser aplicada no setor, na qual, se adotada, implicará na necessidade de que os titulares adotem mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da gestão associada (artigo 24). Logo, a prestação regionalizada poderá representar a adoção de uma solução contratual idêntica para todos os entes, o que poderá representar num desinteresse à manutenção do projeto concessório ao cabo do prazo originário avençado, inutilizando-se a eficácia da cláusula prorrogatória eventualmente pactuada.

5.8. PROSPECÇÃO DE MECANISMOS PERIÓDICOS DE REVISÃO DOS CONTRATOS

No sétimo estágio do delineamento do regime jurídico geral aplicável às prorrogações de concessões, temos que o poder concedente, com acompanhamento da entidade de regulação correspectiva, deve adotar mecanismos periódicos de revisão de contratos de concessão dos serviços públicos.

Tal exigência se mostra evidenciada pela natureza do serviço concedido, submetido a atualizações constantes de demanda e, por reflexo, com impactos na oferta pelo empreendimento concessório. Pode ser mais interessante à concessionária, na condução do projeto de empreendimento atrelado à concessão, concentrar esforços em determinados investimentos em bens e serviços, com modificação da ordem e cronograma de execução das fases, admitindo-se, nesse ponto, a exata colaboração do poder concedente não só com o fim de concordar com essa modificação, mas também apontar, portado de

elementos técnicos, quais seriam outras alternativas plausíveis para o sucesso do empreendimento.

A revisão periódica dos contratos cumpre, portanto, uma função extremamente relevante, de permitir a constante permeabilidade ao contrato de concessão a essas novidades²⁶⁹, visto que o instrumento concessório se mostra teoricamente flexível a tais mudanças relacionadas aos fatos e que podem impactar a base da equação econômica financeira do contrato. Caracteriza, pois, múltiplos controles dos resultados da exploração da concessão.

Essa revisão periódica também pode gerar o uso de técnicas acessórias, como, por exemplo, os mecanismos de negociação²⁷⁰ entre concessionário e poder concedente, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, abrangendo, nestas, as soluções de controvérsia por meios de arbitragem. E esse debate, quanto ao arbitramento de interesses públicos e privados convergentes nesse pacto concessório, não é, nem pode ser considerado afrontoso ao princípio da legalidade. Não se trata de manejo de prerrogativas públicas, ou de transação indevida de interesses públicos: a negociação busca, nos limites das regras legais e das balizas de atuação previstas nas normas regulatórias e do contrato, estabelecer saídas consensuais para a adequada execução do objeto concedido, com plena repercussão, inclusive, numa eventual possível

²⁶⁹ Reforçando a característica da capacidade de aprendizagem dos contratos de concessão, Egon Bockmann MOREIRA ressalta o caráter incompleto e dinâmicos dos contratos e a permeabilidade às novidades: “Os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos – seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta de seu longo prazo, seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. São pactos que precisam ser compreendidos como *contratos abertos*, pois convivem e se nutrem da grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão a sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicados na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a se aprimorar por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito). Daí também a necessidade da previsão de reajustes, revisões periódicas, compromissos arbitrais e outras medidas que atenuem os custos oriundos de eventos que possam agredir a estrutura do contrato. Isso porque, se algo é certo no longo prazo, trata-se da efetiva existência das alterações contratuais (unilaterais e/ou circunstâncias). Tais previsões, formalizadas no contrato, destinam-se a possibilitar a detecção de falhas e a elaboração de soluções consensuais, as quais gerem o menor desgaste possível para as partes envolvidas. Esta transparência destina-se também a atenuar os potenciais conflitos de interesse e o recurso ao Judiciário” Em: Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 409.

²⁷⁰ Confira-se sobre o tema da relevância da negociação para a superação de conflitos em contratos de longo prazo: SCOTT, Robert E. “Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts”. Em: California Law Review, vol. 75, nº 6 (dec. 1987), pp. 2005-2054. Publicado por: California Law Review Inc. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3480547> e <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1913&context=californialawreview> . Acesso em 18 de março de 2014.

ativação da cláusula prorrogatória. A negociação, aberta e pública em seus termos, contempla a adoção de mecanismo consensual, de amansamento das posições de cada parte a um denominador comum, podendo ensejar, até, na adoção da prorrogação imprópria, com extensão de prazo, baseada no rebalanceamento da equação econômica financeira do contrato²⁷¹.

A importância desses mecanismos ao uso da técnica prorrogatória se exhibe na preservação de um objeto concedido dentro dos parâmetros de excelência e de qualidade na prestação, o que torna interessante ao próprio poder público concedente poder contar com a exploração do mesmo concessionário pelo prazo alargado previsto no contrato de concessão.

5.9. RESPEITO ÀS ESPECIFICIDADES DOS SETORES REGULADOS

Como um oitavo passo ao delineamento de um regime jurídico geral das prorrogações concessórias, aludimos à necessidade de que, como todo regime jurídico geral, subsistem excepcionalidades que podem e devem ser tratadas em regimes jurídicos próprios.

Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA compreendem que há uma considerável diferenciação no regime jurídico dos contratos públicos, também no que tange à disciplina de prazos máximos de vigência e admissibilidade de prorrogação.

²⁷¹ Confira-se, nesse sentido, a seguinte reportagem: “CCR negocia construir nova subida da Serra das Araras”. No trecho relevante, aponta-se o seguinte: “O governo e o grupo CCR, que detêm a concessão da NovaDutra, estão perto de um acordo para que a empresa invista mais R\$ 3,2 bilhões na rodovia, principalmente na construção de uma nova subida da Serra das Araras, no trecho entre Pirai e Paracambi, com novas pontes e viadutos. Em troca, a empresa deverá ter uma ampliação do vencimento do seu contrato, que vai até fevereiro de 2021 (...) A expectativa de autoridades do governo federal é de que a negociação do novo contrato seja concluída ainda neste ano, pois faltam apenas alguns detalhes para acertar. Procurada, a CCR não comentou a negociação. A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) confirmou que as tratativas estão em curso. O acordo da NovaDutra será o segundo em novos investimentos previstos em concessões existentes desde o lançamento da segunda fase do Programa de Investimento em Logística (PIL), em junho. (...)O acordo da CCR avançou depois que, em outubro, o governo federal atualizou a taxa interna de retorno desses investimentos de 9,2% para até 9,95%. Segundo apresentação feita a investidores e parceiros há dez dias, a CCR espera obter esse indicador máximo de 9,95% como taxa de retorno nos novos investimentos da Dutra, a partir da revisão do equilíbrio econômico do seu contrato para acomodar os novos investimentos junto à ANTT. O reequilíbrio do contrato também incorporará uma revisão do fluxo de caixa marginal da Dutra, além de uma ampliação do prazo de concessão.” Em: O GLOBO. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/negocios/ccr-negocia-construir-nova-subida-da-serra-das-araras-18165967>. Acesso em: 28 de novembro de 2015.

Para os doutrinadores, a Lei Federal n. 8.987/95 não configura o único marco legal a dispor sobre outorgas de direitos de exploração de serviços públicos, o que autorizaria o entendimento da variabilidade do tratamento dos prazos e das prorrogações²⁷².

Os motivos para a existência de uma multiplicidade de regimes podem variar, mas podem ser atribuídos à variabilidade inerente ao conteúdo do serviço público concedido, que pode ou não se submeter a obrigações de universalização, generalidade e continuidade do serviço, em distintas intensidades. Ou ligado à necessidade de imposição de um sistema de intensa competitividade para o atingimento das finalidades públicas buscadas, notadamente o da modicidade tarifária, o que faria com que a prorrogação fosse uma solução não incentivada pela lei diante da necessidade de realização de certames licitatórios periódicos para capturar as melhores propostas dos particulares.

Avaliamos, portanto, as especificidades em determinados setores regulados.

5.9.1. PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES EM TRANSPORTES

5.9.1.1. TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Na Constituição de 1988, os serviços de transportes aquaviários entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território são considerados serviços públicos, a que compete a União Federal prestar diretamente ou mediante os instrumentos de autorização, concessão ou permissão. Já no artigo 178, com redação dada pela Emenda Constitucional 7/1995, o Constituinte remete à reserva legislativa a ordenação do transporte aquático, devendo, no caso de transporte internacional, a observância dos acordos firmados pela União e a obediência ao princípio da reciprocidade. No parágrafo único do artigo 178, foi também estabelecido em relação ao transporte aquático que a lei específica disporá sobre os condicionamentos de transporte de mercadorias na cabotagem e navegação interior por embarcações estrangeiras.

²⁷² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho. “Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos”. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan./mar. 2013. Disponível em: www.bidforum.com.br. Acesso em: 14 de julho de 2014.

Partindo da referência do serviço público de transporte aquaviário no texto da Carta Magna, essa visão nos conduz a afirmar que, por complementação em legislação estadual, pode-se estipular as diretrizes para que os transportes aquaviários sejam realizados em hidrovias exclusivamente estaduais, assim, de caráter intermunicipal urbano ou rural, sem transpor os limites de Estado, mediante a utilização dos mesmos instrumentos delegatórios.

No âmbito federal, a Lei Federal 9.432/1997 fixou diretrizes sobre a ordenação do transporte aquaviário, inclusive aqueles prestados fora do regime de direito público, a fim de estabelecer os regimes de navegação sobre as águas brasileiras. A Lei Federal 10.233/2001 dispôs sobre a reestruturação do transporte aquaviário, criando órgão regulador específico para a sua regulação, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a ANTAQ, uma entidade autárquica especial vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República (artigo 21). Não há, na esfera federal, a adoção do instrumento de concessão para a atribuição a outorga para a prestação do serviço pelos particulares, mas sim houve a opção pelo instrumento da autorização (artigo 13, inciso V, alínea “b”, mais artigo 14, inciso III, alínea “e”).

Assim, fica o registro de que o uso da técnica da prorrogação concessória em casos de transportes aquaviários fica limitado ou à alteração de marco legal, no âmbito da União Federal, ou à adoção desse instrumento de delegação de concessão de serviço público por Estados, no âmbito da complementação legislativa permitida pela Constituição Federal²⁷³.

²⁷³ Destaca-se, a respeito da técnica prorrogatória em serviço público de transporte aquaviário, a existência da Lei Estadual 2.804/1997, do Estado do Rio de Janeiro, que havia instituído a manutenção automática e compulsória, pelo prazo de 15 (quinze) anos, de todas as delegações de serviço de transporte aquaviário do Estado do Rio de Janeiro. A legislação, nesse ponto, foi impugnada por Representação de Inconstitucionalidade 0020139-66.2003.8.19.0000, julgada procedente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Essas informações são colhidas de acórdão rastreado na pesquisa de controle jurisdicional, na Apelação Cível 0021705-76.2005.8.19.0001, relatado pela Desembargadora Cristina Tereza Gaulia e julgado pela 5ª Câmara Cível, na data de 19/11/2013. Nesse precedente, houve o julgamento de procedência de ação civil pública interposta por Associação de Usuários de Transportes Aquaviários, Hidroviários, Metroviários e Aéreos contra o Estado do Rio de Janeiro, julgada procedente no sentido de determinar a realização de licitação para a outorga de concessão de serviço de transporte aquaviário, vislumbrando que a administração pública tinha o dever de realizar o certame licitatório, no prazo sinalizado na sentença, diante de sua mora e omissão continuadas quanto à regularização da prestação do serviço público e ofensa aos princípios da moralidade e legalidade.

5.9.1.2. TRANSPORTES AEROVIÁRIOS

Por determinação constitucional, os serviços de navegação aérea são reputados serviços públicos federais, podendo ser explorados diretamente pela União Federal ou por meio de autorização, concessão ou permissão (artigo 21, inciso XII, alínea “c”²⁷⁴). Há uma lei-quadro própria que, editada antes da Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada, o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA (Lei Federal 7.565/1986).

Nessa lei-quadro, está fixada a abrangência do serviço aéreo público²⁷⁵ aos “serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional” (artigo 175, cabeça). Especificamente sobre a relação jurídica estabelecida entre a União Federal e o empresário explorador do serviço aéreo, é esclarecido que esse relacionamento é pautado pelas normas estabelecidas pelo CBA, legislação complementar e as condições previstas nos respectivos atos habilitantes da outorga, seja ela o contrato de concessão, ou a autorização (artigo 175, parágrafo primeiro).

Ainda, há o estabelecimento da regra de que o instrumento da concessão é reservado para a outorga do direito da exploração de serviços aéreos públicos quando se tratar de transporte aéreo regular (artigo 180), sendo que as concessões serão regulamentadas pelo Poder Executivo e só poderão ser cedidas ou transferidas mediante anuência da autoridade competente (artigo 183).

Transporte aéreo regular, por sua vez, é definido pelos transportes internacional e doméstico de passageiros, carga ou mala postal com continuidade e regularidade de operação, sendo os internacionais operados por empresas nacionais ou

²⁷⁴ “Art. 21. Compete à União:

(...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;”

²⁷⁵ Muito embora não abrangida na delimitação de serviço aéreo público, a exploração da infraestrutura aeroportuária, ultimamente desencadeada por meio de instrumentos de concessão de uso de bem público, pode impactar na boa prestação de serviços das concessionárias de serviço de transporte aéreo regular, sendo relevante a apuração a propósito da continuidade da prestação dessa atividade pelos concessionários. Sobre o assunto, confira-se o estudo de Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA e Rafael Vêras de FREITAS a respeito da investigação da possibilidade de prorrogação de contratos de concessão de aeródromos, nas hipóteses de existência de convênio de delegação celebrado entre entidades federais, com cláusula de prorrogação tácita. Em: “A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos”. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out.2015.

estrangeiras (artigo 203) e os domésticos com exploração reservada por pessoas jurídicas brasileiras (artigo 216).

Cabe ainda ao Governo Federal determinar as normas para a exploração do serviço público de transporte aéreo regular, existindo diretrizes no CBA apontando que referida regulação deverá ser estabelecida para (i) impedir competição ruínosa entre as exploradoras e (ii) assegurar o melhor rendimento econômico dos serviços, podendo ser utilizados como instrumentos, a qualquer tempo, de (a) modificação de frequências, (b) rotas, (c) horários, (d) tarifas de serviços e (e) outras quaisquer condições da concessão da autorização. Vale dizer, há o estabelecimento de uma prerrogativa unilateral do poder concedente com poder de interferência clara sobre o equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão aérea (artigo 193).

O decreto regulamentar expedido pelo Presidente da República, portanto, seria a via adequada para o estabelecimento das normas para concessão de linhas regulares para a navegação aérea. Referida estipulação de regras já vinha tratada em vários decretos, dentre os mais relevantes o primeiro no Decreto-lei 9.793, de 6 de setembro de 1946, sem notícia de revogação por ato normativo posterior, além do Decreto 72.898/1973, que foi revogado pelo Decreto 99.677/1990, e o Decreto 95.910/1988.

Nesse primeiro regulamento, datado de 1946, ficou tratado que a outorga de concessão deveria observar os fatores de (i) necessidade de tráfego oferecido pelas cidades situadas em cada rota; (ii) não estabelecimento da competição ruínosa com a outra empresa; (iii) e capacidade de a empresa satisfatoriamente desempenhar o encargo contratual, com observância de padrão satisfatório para a linha explorada (artigo 2º do Decreto-lei 9.793/1946).

No Decreto-lei 9.793/1946, ficou estabelecido, quanto ao regime de prazo, que a outorga das concessões seria fixada no prazo de cinco anos, com possibilidade de prorrogações por períodos idênticos e sucessivos, quando for verificada a satisfatoriedade da execução à época do período vencido. Em regime de prazo alternativo, seria possibilitada a outorga de concessões aprazadas em até dois anos e improrrogáveis, com a finalidade de experimentação, havendo também a estipulação de possibilidade de rescisão por ambas as partes, com o aviso prévio (artigo 5º, cabeça e parágrafo único). As concessões sem prazo que existissem ao tempo da edição do Decreto-lei deveriam ser adaptadas com o aprazamento (artigo 6º).

Já no Decreto 72.898/1973, ficou reforçado que “o exercício do direito de executar os serviços aéreos de transporte regular de passageiro, carga e mala postal poderá ser objeto de concessão ou autorização do Governo Federal” (artigo 1º, cabeça) e definido o objeto e conceito da concessão como “a delegação do exercício do direito de explorar serviços aéreos, mediante ato do Presidente da República, seguido de termo contratual, em que serão fixados seu objeto, prazo e condições essenciais” (artigo 1º, parágrafo primeiro). No tocante ao regime de prazo, houve a determinação de que o prazo da concessão será de 15 (quinze) anos, podendo ser prorrogado por idênticos períodos sucessivos, aposta a nota de que tal prorrogação deveria ocorrer “a juízo do Governo” (artigo 3º). E fixou ainda a regra de que o Ministério da Aeronáutica, quando o interesse público exigir, publicará edital, com prazo para apresentação de requerimentos pelos interessados para que eles sejam contemplados com as outorgas de concessão ou autorização do direito de exportar serviços aéreos de transporte regular (artigo 4º). Ainda se estipulou que a “renovação da concessão” deveria ser requerida um ano antes de expirar o prazo da concessão e o Governo deveria se pronunciar em até seis meses antes do termo final da concessão (artigo 6º, cabeça). Nesse particular, ao Ministro da Aeronáutica competiria, até o final do penúltimo ano do prazo da concessão, definir as condições que deveriam ser atendidas para a “renovação da concessão”, a bem do serviço público (artigo 6º, parágrafo primeiro). E nas Disposições Transitórias desse Decreto, foram realizadas outorgas de concessão, pelo prazo de 15 (quinze) anos às empresas de transporte aéreo Viação Aérea Riograndense S/A (VARIG), Viação Aérea São Paulo S/A (VASP), Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul S/A e Transbrasil Linhas Aéreas, com o direito de executar o serviço aéreo de transporte regular de passageiro, carga e mala postal (artigo 15).

Na sequência dessa outorga da concessão a essas quatro empresas aéreas, sobreveio o Decreto 95.910/1988 que prorrogou, pelo prazo de 15 (quinze) anos, as outorgas que haviam sido concedidas (artigo 1º, cabeça), compreendendo todas as linhas regulares para transporte de passageiros, carga e malas postais, então em exploração, sendo ressalvado que as linhas futuras a serem adjudicadas deveriam se sujeitar ao disposto nesse novo Decreto (artigo 1º, parágrafo único). Ademais, esse Decreto fixou que as concessões prorrogadas deveriam obedecer “às leis, regulamentos e instruções vigentes ou que vierem a vigorar, aplicáveis ou atinentes aos serviços concedidos” (artigo 4º). As empresas deveriam, no prazo de cento e vinte e dias, assinar o instrumento contratual de concessão

com o Departamento de Aviação Civil – DAC, que passaria a fazer parte do plano básico de linhas domésticas aprovado pelo Departamento para cada concessionária (artigo 6º).

O Decreto 72.898/1973 acabou sendo revogado expressamente pelo Decreto 99.677/1990, sendo que nesse último ficou explicitamente indicada a competência do Ministro da Aeronáutica para expedir instruções, na forma do artigo 193 do Código Brasileiro de Aeronáutica, para a exploração de serviços aéreos regulares e constituição de novas empresas (artigo 2º). Esse Decreto 99.677/1990 acabou sendo revogado posteriormente, por um Decreto não numerado, de 10 de maio de 1991.

Ainda de relevo destacar que, embasado no artigo 183 do CBA, o Decreto 4.856/2003 prorrogou novamente o prazo das concessões às empresas VARIG S/A – Viação Aérea Rio-Grandense e VASP – Viação Aérea São Paulo S/A, estendendo-o até o termo de 31 de dezembro de 2010, a contar de 10 de outubro de 2003 (artigo 1º).

Não houve, nesse apanhado de regras, qualquer fixação de processo licitatório amplo e competitivo para as outorgas da concessão.

Na década de 2000, a partir da instituição da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), foi atribuída a competência a esse órgão regulador de “controle sobre todas as atividades, contratos de concessão e permissão, e autorizações de serviços aéreos, celebrados por órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União” (artigo 43 da Lei Federal 11.182/2005, mais artigo 4º do Decreto 5.731/2006, especialmente incisos XIII e XIV²⁷⁶). A instituição da ANAC, ainda, representou a continuidade da adoção de medidas de flexibilização econômica e liberalização do setor aéreo, dentre as quais se ressalta o regime de liberdade tarifária, sendo que as empresas de transporte aéreo somente deveriam comunicar as tarifas para conhecimento da ANAC, sem necessidade de chancela para sua implementação.

Nessa mesma lei instituidora da ANAC, o Presidente da República vetou o dispositivo presente do artigo 48, cabeça, e parágrafo segundo da lei mencionada²⁷⁷,

²⁷⁶ “Art. 4º Cabe à ANAC adotar medidas para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:
(...) XIII - regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos;
XIV - conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos;”

²⁷⁷ Teor do texto vetado dos Art. 48, caput e § 2º:

preceitos que tinham por objetivo prorrogar as concessões de serviços aéreos em vigor ao tempo da edição da lei e que tinham vencimento de prazo contratual expirado até a data de 31 de dezembro de 2010. A prorrogação teria como objetivo estender o prazo de vigência até a data mencionada de 31 de dezembro de 2010 e incidiria de modo automático. Segundo a justificativa constante do veto, a prorrogação determinada pela lei violaria a prerrogativa do Poder Executivo de regulamentar a outorga de concessões para os serviços aéreos públicos, sendo necessário que fossem observadas as normas constitucionais, legais e técnicas aplicáveis ao setor para obter a concessão de serviço aéreo²⁷⁸.

A despeito da oposição do veto à aplicação de normas incidentes ao setor para a obtenção seja de outorga, seja de prorrogação de concessão de serviços aéreos, consta de uma interpretação do Código Brasileiro de Aeronáutica que não há a previsão do dever de licitar prévio à outorga da concessão e tal disciplina não seria contemplativa para o setor, ao menos quanto aos atuais exploradores dos serviços aéreos.

O tema da obrigatoriedade de licitação ao setor de concessões aéreas, especialmente em razão das prorrogações sucessivas e novas outorgas realizadas sem os procedimentos impessoais de escolha, vem recebendo orientações no Tribunal de Contas da União, nos termos de Relatório de Auditoria Operacional realizado pela Sefid (Secretaria de Fiscalização de Desestatização) e aprovado pelo Plenário no Acórdão proferido no Processo 011.099/2005-9, respectivo Acórdão 346/2008.

"Art. 48. Os contratos de concessão em vigor relativos às outorgas de serviços aéreos cujos vencimentos se verificarem antes de 31 de dezembro de 2010 ficam automaticamente prorrogados até aquela data.

.....
§ 2º Enquanto forem atendidas as exigências regulamentares de prestação de serviço adequado, ficam mantidos os eslots atribuídos às empresas concessionárias de serviços aéreos." (VETADO)

²⁷⁸ Eis o texto da Mensagem 632, de 27 de setembro de 2015, da Presidência da República:

"O art. 183 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, atribui ao Poder Executivo a regulamentação da outorga de concessões e autorizações para os serviços aéreos públicos.

Segundo o Código, os outorgados precisam observar as normas constitucionais, legais e técnicas aplicáveis ao setor em ordem para obter uma concessão ou autorização de serviço aéreo. Na medida em que o referido artigo provoca indiscriminada prorrogação do prazo de delegação desses serviços, não se atendendo em nenhum momento a tais critérios, limita sobremaneira a atuação constitucional do Poder Executivo para regular o setor, o que contraria, também, a intenção do CBA.

O § 2º, por sua vez, traz mais limitações ao poder regulador da ANAC, além de restringir a participação de novas empresas, na medida em que estabelece política de conservação de 'slots', tratando-os como 'direito adquirido' das empresas atuais. Tal fato claramente dificulta o acesso aos aeroportos pelas novas empresas, diminuindo a competitividade e a isonomia que deveria haver no setor.

Assim, é necessário que ocorra o veto ao art. 48, caput e § 2º, tendo em vista que estes estabelecem limitações desarrazoadas à competência constitucional e legal do Poder Executivo, bem como ao papel regulador da ANAC, prejudicando a concorrência, o desenvolvimento do setor e, em última instância, todos os usuários do transporte aéreo." Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 de julho de 2015.

Segundo esse acórdão, ficou relatado que a auditoria tinha por objeto responder, de forma técnica, a duas questões, quais sejam, se “a situação das concessões dos serviços de transporte aéreo regular de passageiros está de acordo com o arcabouço legal vigente” e “a implementação institucional da ANAC está de acordo com os prazos previstos”. A respeito da primeira questão, a auditoria reconheceu que os procedimentos licitatórios tradicionalmente empregados nas outorgas de concessões de serviços públicos não são utilizados nas outorgas de concessões para prestar o serviço de transporte aéreo regular de passageiros. O relatório de auditoria operacional apontou duas causas essenciais para esse desuso: (a) lacunas do arcabouço legal do setor aéreo no que toca aos procedimentos de outorga de concessão, notadamente no Código Brasileiro de Aeronáutica, não atualizado após a edição da Constituição Federal de 1988 e das edições das leis gerais sobre licitações e contratos administrativos (Lei Federal 8.666/1993) e de concessões de serviço público (Lei Federal 8.987/1995); e (b) a dinâmica operacional do mercado de serviços de transporte aéreo regular de passageiros não favorece a realização de licitações para a escolha de um prestador de serviços em detrimento de outros, mas a competição entre vários prestadores de serviços operando no mesmo setor.

Nas conclusões jurídicas do relatório, aponta-se que a superveniência da Constituição Federal de 1988 deveria ter plena efetividade em relação à obrigatoriedade de licitação prévia à concessão aérea, os serviços públicos de transporte aéreo deveriam ser submetidos à disciplina do artigo 175 da Constituição. Reforçou-se o argumento com a visão de que as concessões de linhas aéreas, pelo artigo 122 da Lei Geral de Licitações (Lei Federal 8.666/1993), deveriam observar procedimento licitatório específico, a ser incluído posteriormente no Código Brasileiro de Aeronáutica. Os serviços de transporte aéreo chegaram a ser incluídos no inciso I do artigo 1º do Projeto de Lei de Conversão 14/1995, vindo da Medida Provisória 890/1995, de que resultou a edição da Lei 9.074/1995, mas foram vetados pelo Presidente da República. Mas, mesmo com essa exclusão, não seria afastada a exigência de licitação, devidamente contemplada na Lei Geral de Concessões.

Numa outra perspectiva, adotando o parâmetro do setor de telecomunicações que prescreveu expressamente casos de inexigibilidade de licitação na Lei Federal 9.472/1997, o relatório sugere que o Poder Executivo possa elaborar projeto de lei ou proposta de emenda constitucional para que, diante da realidade operacional e

econômica do setor de transporte aéreo, a realização da licitação seja considerada desnecessária, desde que os interessados possam prestar o serviço se atendidas forem as condições estabelecidas pelo poder concedente, assim, a licitação passaria a se tratar de um processo de habilitação para entrar no mercado, possibilitado a um amplo espectro de empresas, para fomentar a competição. Ponderou-se, ainda, no Relatório de Auditoria que a falta de licitação, apesar de corresponder a um problema jurídico, não representava um problema do ponto de vista operacional e econômico.

No rol das recomendações constantes do Acórdão, os Ministros do Plenário do Tribunal de Contas, seguindo voto condutor do Ministro Relator Raimundo Carreiro, determinou ao Conselho Nacional de Aviação Civil (CONAC), com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei Federal 8.443/1992 e artigo 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a realização de estudos para a definição da adequação do instituto da concessão seria o mais indicado para o transporte regular aéreo de passageiros, ou se algum outro, como autorização ou permissão, e, na eventualidade de se confirmar a concessão, realizar a proposição de adaptações legais para a compatibilização do CBA à Constituição de 1988 e à Lei Geral de Concessões de Serviço Público e a adequação dos contratos de concessão a serem celebrados aos termos do artigo 23 da Lei Geral de Concessões, combinada com o CBA²⁷⁹.

²⁷⁹ Vide, a respeito, os termos da notícia seguinte:

“Uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que os contratos de concessão assinados com companhias aéreas são ilegais e podem ser questionados na Justiça. Na avaliação do relator do processo, ministro Raimundo Carreiro, qualquer declaração de nulidade poderá paralisar a prestação do serviço. O argumento é que o poder concedente deixou de cumprir requisito básico da legislação vigente sobre as concessões, que é o processo de licitação. Diante disso, o TCU deu um prazo de 90 dias para que o Conselho de Aviação Civil (Conac) responda se a concessão é o melhor modelo para o setor e adote medidas para adequar a realidade ao ordenamento jurídico.

- O tribunal mandou obedecer a lei que está dizendo que se trata de concessão e portanto, depende de licitação - disse Carreiro.

Enquanto não há definição, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) fica impossibilitada de fazer novas concessões nos moldes atuais, como é o caso da Flex (novo nome da antiga Varig que herdou os passivos da companhia). A Flex está aguardando autorização da agência para iniciar a operação como empresa regular de transporte aéreo de passageiros e a documentação necessária está em fase final de análise interna.

Carreira explicou que o Código Brasileiro de Aeronáutica (o CBA) definiu em 1986, como serviço público os serviços regulares de transporte aéreo e estabeleceu o regime de concessão para a prestação desses serviços pela iniciativa privada. Mais tarde, as leis de licitação (8.666/93) e de concessões (8.987/95), esta que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal, reforçaram a tese. A de Concessões determinou ainda ajustes no CBA, devido às características do setor.

O Código, no entanto, não foi alterado porque o extinto Departamento de Aviação Civil (DAC), que foi substituído pela Anac, entendeu "equivocadamente", segundo o TCU, que a lei de concessões não se aplica à outorga de concessão de serviços de transporte aéreo de passageiros.

O caso das concessões aéreas exhibe típico caso em que a regra da obrigatoriedade da licitação prévia às concessões deve ser aplicada de modo a visualizar a solução mais econômica e eficiente possível. De acordo com as conclusões técnicas do Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União, os transportes aéreos domésticos, exigidos de empresas de constituição societária nacional, exigem forte capitalização, para o desenvolvimento de todas as atividades e serviços aeroportuários, sendo notório, das últimas décadas, das dificuldades enfrentadas por empresas do setor (como a VARIG e VASP, que faliram).

Na nossa visão, a política de prorrogações sucessivas das concessões aéreas, independentemente da realização de nova licitação ou da realização de licitação prévia à contratação original objeto da prorrogação, pode compor com o objetivo de manutenção das condições de um mercado competitivo, evidentemente se for simultaneamente acoplada à política de regulamentação do Poder Concedente que discipline os adequados condicionamentos e obrigações de manutenção da qualidade e excelência e atualização do serviço (a exemplo de pontualidade nos voos).

"Dessa forma, todos os contratos de concessão para exploração de serviços públicos de transporte aéreo de passageiros assinados após a promulgação da Constituição Federal de 1988 infringiram o disposto no caput do artigo 175 da Carta Magna, haja vista que foram celebrados sem a realização do devido processo licitatório. No entanto, uma possível declaração de nulidade destes contratos poderia ensejar a paralisação dos serviços, o que representaria grandes riscos à continuidade da prestação do serviço", diz o acórdão do TCU.

O processo destaca, no entanto, que devido à desregulamentação do setor, liberdade tarifária e inexistência de grandes obstáculos à entrada de novos concorrentes, a falta de licitação não é um problema de ordem operacional e econômico.

- É um problema jurídico, que precisa ser resolvido - disse o relator do processo.

No acórdão, o TCU também determinou à Anac não restringe novos competidores para evitar excesso de oferta, justificada pelo como uma forma de evitar prejuízos às empresas em operação. Na auditoria, o tribunal foi provocado pelo Senado Federal, depois que o DAC proibiu a Gol de fazer promoções de passagens por R\$ 50, em 2004. A decisão gerou polêmica, tendo sido tema de várias audiências no Congresso.

O Ministério da Defesa informou por intermédio da assessoria de imprensa que o acórdão do TCU está sendo avaliado pela Secretaria de Aviação Civil (SAC) e o departamento jurídico da pasta. Para evitar que os processos fiquem parados na Anac, disse a assessoria, foi determinado que os novos contratos contenham cláusulas sobre eventuais mudanças.

Ainda não há previsão de quando o Conac, presidido pelo ministro da Defesa, Nelson Jobim, e representantes de vários ministérios, se reunirá para tratar do assunto.

Em: O GLOBO. "TCU diz que concessões aéreas são irregulares". Notícia publicada em 10 de abril de 2008. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/economia/tcu-diz-que-concessoes-aereas-sao-irregulares-3617445>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

5.9.2. PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES PORTUÁRIAS

Os portos²⁸⁰, também por referência constitucional, devem ser explorados pela União Federal, sob o regime de prestação direta ou mediante autorização, concessão ou permissão (artigo 21, inciso XII, alínea “f”²⁸¹). As concessões portuárias se tratam de ajustes contratuais feitos entre a União Federal e empresas estatais ou privadas, por meio do qual se transfere a atribuição de planejar, administrar e explorar o porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas, autorizando-se, ainda, ao concessionário transferir a execução dos serviços portuários a terceiros.

No âmbito federal, podemos fazer referência a quatro leis de destaque no papel da conformação do regime aplicável às concessões outorgadas nos portos: a Lei Federal 8.630/1993, a Lei Federal 10.233/2001, a Lei Federal 10.683/2003 e a Lei Federal 12.815/2013.

A Lei Federal 8.630/1993, recentemente revogada, disciplinava sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e instalações portuárias. Tratava especificamente sobre a adoção da técnica de prorrogação concessória no contrato de arrendamento, reputado um tipo de “subconcessão”, a cujo instrumento a lei fazia a previsão expressa de que se tratavam de cláusulas essenciais as relativas “ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo” e “ao início, término e, se for o caso às condições de prorrogações do contrato, que poderá ser feita por uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos” (artigo 4º, inciso I, combinado com parágrafo quarto, inciso I e inciso XI do mesmo dispositivo).

A Lei Federal 10.233/2001 determinou que o instrumento da concessão seria o fixado para a transferência da atribuição da exploração de portos organizados que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação (artigo 14, inciso I, alínea “a”),

²⁸⁰ Floriano de Azevedo MARQUES NETO tem opinião no sentido de que os portos, na exata medida de sua referência constitucional indeterminada, que não dirige a interpretação do termo “portos” exclusivamente para infraestrutura portuária ou para serviço portuário, se tratam da prestação de um serviço público. O autor avalia que “quando a Constituição alude a portos não se refere apenas a um local de atracação de navios (o que corresponderia a qualquer marina ou atracadouro), mas sim a determinada infraestrutura apta à prestação de atividades portuárias (movimentação e armazenamento de cargas, embarque e desembarque de passageiros e de mercadorias)”. Em: Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 229-230.

²⁸¹ “Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

além de conferir competência à ANTAQ de regular as atividades de exploração da infraestrutura exercida pelos concessionários e arrendatários, bem como implementar as políticas públicas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República (artigo 20, inciso I e II).

Já a Lei Federal 10.683/2003, que trata da organização da Presidência da República e seus Ministérios, foi alterada no ano de 2007 pela Medida Provisória 369/2007, posteriormente convertida na Lei Federal 11.518/2007, para instituir a Secretaria Especial de Portos (artigo 24-A) e, na sua redação atual e vigente, atribui competências explícitas de participação no planejamento estratégico e o estabelecimento de diretrizes para sua implementação, além da definição de prioridades de programas de investimentos e a elaboração de planos gerais de outorgas de concessões dos portos, bem como desenvolvimento da infraestrutura e superestrutura aquaviária dos portos e instalações portuárias sob sua esfera de atuação, para promover segurança e eficiência de transporte aquaviário de cargas e de passageiros, entre outras²⁸².

A respeito da técnica de prorrogação concessória²⁸³, a Lei Federal 12.815/2013, no rol de suas disposições transitórias, atribui ao Poder Concedente, a seu critério, prorrogar antecipadamente contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei Federal 8.630 1993 (artigo 57, cabeça), desde que haja aceitação expressa do arrendatário (artigo 57, parágrafo primeiro). A mesma Lei Federal 12.815/2013, no parágrafo terceiro do artigo 57, determina que, se a critério do Poder Concedente não for efetivada a prorrogação antecipada, referida decisão não implicará recusa de prorrogação contratual prevista no instrumento original.

Cabe destacar, por outro ângulo, a omissão relevante da Lei 12.815/2013 no que diz respeito ao disciplinamento da prorrogação abstrato na lei, ou em cláusula do contrato de concessão e no de arrendamento. Essa situação decorre da não postura do tratamento da prorrogação como elemento essencial do contrato de concessão e

²⁸² Para aprofundamento da análise, confira-se: PEREIRA, César A. Guimarães. “A Medida Provisória n. 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil”. Em: Interesse Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 77, p. 129-147, jan./fev. 2013.

²⁸³ Confira-se, especificamente sobre prorrogação de contratos de arrendamento portuário, o trabalho: SCHWIND, Rafael Wallbach. “Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário”. Em: PEREIRA, César; SCHWIND, Rafael Wallbach (orgs.). Direito portuário brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 494-518.

arrendamento, limitando-se a citar a necessidade de fixação do prazo originário (artigo 5º, incisos, especialmente o I). A omissão do legislador, todavia, não significa a impossibilidade jurídica de se tratar sobre a prorrogação concessória, autorizada pela referência constitucional do artigo 175 da Constituição Federal e pela Lei Geral de Concessões, aplicável subsidiariamente ao regime de concessão dos portos (artigo 66 da Lei Federal 12.815/2013).

Esse silêncio da lei parece ter decorrido de um veto aposto pela Presidente da República a um dispositivo da lei, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 5º. No texto original da Medida Provisória 595/2012 que deu origem à Lei Federal 12.815/2013, o dispositivo previa a possibilidade de prorrogação, com sinalização do procedimento a ser adotado – discricionariedade do poder concedente, única ocorrência e prazo máximo de cinquenta anos se somados prazo originário e prazo prorrogado, mais as condições para a prorrogação (realização de investimentos para a expansão e modernização das instalações portuárias)²⁸⁴. Mas, após a tramitação do Projeto de Lei de Conversão, o dispositivo foi alterado, suprimindo-se a expressão “a critério do poder concedente”. A Presidente da República, na Mensagem 222/2013, comunicou ao Senado Federal que vetou o dispositivo legal mencionado embasada nas teses de que (a) a lei “pretendeu criar um mecanismo de prorrogação automática das concessões e dos arrendamentos, que dependeria apenas da realização dos investimentos previstos em contrato” (b) e, por esse motivo, a lei modificada “retira do Poder Executivo a prerrogativa de avaliar a conveniência e a oportunidade de cada prorrogação, prejudicando a sua capacidade de planejamento e gestão do setor portuário e violando o princípio constitucional da Separação de Poderes”.

Outro veto relacionado ao molde da técnica da prorrogação de concessão, no caso, sob a figura de subconcessão ou arrendamento portuário, foi tratado no artigo 56 da mesma Lei 12.815/2015²⁸⁵. Para a Presidente da República, o veto é justificado porque

²⁸⁴ “Art. 5º (...) § 1º Os contratos de concessão e arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, contado da data da assinatura, prorrogável por no máximo igual período, uma única vez, a critério do poder concedente.” (VETADO)

²⁸⁵ “Art. 56. Os contratos de arrendamento celebrados anteriormente à Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, deverão ser renovados por mais 1 (um) único período, não inferior ao prazo consignado no respectivo contrato.

Parágrafo único. Os contratos de concessão de portos públicos a empresas privadas celebrados pela União antes de 25 de fevereiro de 1993 poderão, a critério do poder concedente e independentemente do seu prazo de vigência, ser renovados uma única vez, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.” (VETADO)

há a imposição, no texto de lei modificado pelo Congresso Nacional, de prorrogação automática e obrigatória de contratos de arrendamento, em violação ao princípio constitucional da separação de poderes, porque retira do Poder Executivo a prerrogativa de avaliar a conveniência e oportunidade de eventuais prorrogações, também em violação ao princípio da isonomia, porque “ao impor uma renovação para todos os instrumentos, independentemente da previsão contratual e da vigência de cada um deles”, cria tratamento diferenciado. Sobre o preceito do parágrafo único do artigo 56, a Presidente da República afirmou que a disposição tinha, na prática, um único destinatário, o Porto de Imbituba, concessão que estava vencida desde o ano de 2012, com preparativos para nova licitação em andamento. A Presidente da República cita, ainda, como motivos a provocação de prejuízo à capacidade do Poder Concedente de planejar e gerir o setor portuário nacional.

Finalmente, um último veto, agora ao artigo 57, parágrafo quarto da lei²⁸⁶, teve o mesmo objetivo de evitar a prorrogação automática de contratos de arrendamento, sob idêntico fundamento de que o preceito seria violador à harmonia e independência entre os Poderes da República.

5.9.3. PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES EM TELECOMUNICAÇÕES

As prorrogações às concessões de telecomunicações também respeitam uma regulação especial, prevista no regime jurídico próprio, incentivado por disposições de natureza constitucional (artigo 21, inciso XI²⁸⁷; artigo 66 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias²⁸⁸).

²⁸⁶ “Art. 57. § 4º A prorrogação dos contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, poderá ocorrer por uma única vez e pelo prazo máximo previsto em contrato, desde que o arrendatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias “ (VETADO)

²⁸⁷ “Art. 21. Compete à União:

(...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)”

²⁸⁸ “Art. 66. São mantidas as concessões de serviços públicos de telecomunicações atualmente em vigor, nos termos da lei.”

A lei-quadro das telecomunicações, editada pelo Congresso Nacional, tratou de disciplinar expressamente o regime das prorrogações das concessões de telecomunicação.

Com a edição da Lei Federal 9.472/1997, que tinha por objeto uma nova organização dos serviços de telecomunicações e a criação da agência reguladora, a ANATEL, ao Poder Público foram imputados os deveres de garantir o acesso às telecomunicações a toda a população, por tarifas e preços razoáveis e de modo adequado; estimular expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de utilidade pública em benefício da população brasileira; adotar medidas promotoras da competitividade e diversidade nos serviços, incrementando a oferta e propiciando a fixação de padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários; fortalecer o papel da regulação estatal; criar oportunidades de investimentos e fomento ao desenvolvimento tecnológico industrial, reforçando-se o caráter da competitividade; e, por fim, criar condições para que o desenvolvimento do setor de telecomunicações fosse adstringente às metas de desenvolvimento social do país (artigo 2º e seus incisos). Da mesma forma, foram esmiuçados vários direitos portáveis pelos usuários dos serviços de telecomunicações, destacados o direito de acesso e fruição aos serviços e de não discriminação (artigo 3º e seus incisos), e deveres, ligados ao uso adequado dos serviços e equipamentos de telecomunicações (artigo 4º).

A União Federal ainda se comprometeu a organizar os serviços de telecomunicação com base em princípios de livre, ampla e justa competição entre as prestadoras, autorizando-se a atuação do Poder Público para promover esses ideais e corrigir efeitos de competição imperfeita e reprimir infrações à ordem econômica (artigo 6º).

Dentre as obrigações do Poder Executivo, uma das mais relevantes se propõe pela instituição de um duplo regime de prestação de serviço de telecomunicação, em regime público e em regime privado, detalhado conforme plano geral de outorgas e plano geral de metas para a progressiva universalização para o serviço prestado no regime público (artigo 18).

O serviço de telecomunicação prestado sob regime público poderia ser prestado mediante os instrumentos de delegação de concessão ou permissão, fixando-se à prestadora concessionária ou permissionária as obrigações de universalização e

continuidade do serviço de telecomunicação de interesse coletivo (artigo 63, parágrafo único e artigo 64). Identificam-se nesses serviços as modalidades de serviço telefônico fixo comutado, destinados ao uso em geral (artigo 64, parágrafo único), não podendo ser prestados em regime de exclusividade.

Ainda restou determinado nesse marco regulatório a possibilidade de prestação de serviço em regime público apenas, ou apenas privado, ou com a concomitância de exploração sob os dois regimes (artigo 65), ressaltado que as modalidades de serviço coletivo essenciais e submetidas a deveres de universalização nunca poderiam ser deixadas ao regime privado exclusivo (artigo 65, parágrafo primeiro) e que os serviços prestados em regime público em concomitância com o regime privado teriam adotadas medidas favoráveis para evitar a sua inviabilidade econômica (artigo 66). Possível, portanto, a fixação de um sistema de prestação de regime público e privado, com assimetria regulatória, o que vem ocorrendo no caso dos serviços de telefonia fixa comutada, com uma competição “artificialmente marcada pela imposição de ônus, metas e obrigações às concessionárias de serviços públicos em contraposição à liberdade na prestação de serviços de telecomunicações pelas autorizatárias [competindo ao órgão regulador] (...) adotar as medidas aptas a impedir a inviabilidade econômica (insustentabilidade) da concessão (artigo 66 da LGT)”, como nos resume Floriano de Azevedo MARQUES NETO²⁸⁹.

Delimitada a relevância dos ditames gerais desse setor regulado, reforça-se que os serviços prestados sob regime público, passíveis, portanto, da celebração do contrato de concessão, tinham clara a necessidade de cumprimento de obrigações de universalização e continuidade. Universalização foi discriminada como prestações que “objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público” (artigo 79, parágrafo primeiro). Já a continuidade foi delineada como ações “que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários em condições adequadas de uso” (artigo 79, parágrafo segundo).

²⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Concessões em telecomunicações: perspectivas para um serviço em extinção”. Em: Revista de direito público da economia. V. 13, n. 52, p. 133-146, out./dez. 2015.

Somada a tais obrigações gerais de universalidade e continuidade, a outorga de concessão de serviço de telecomunicação foi inscrita num sistema de não exclusividade, de modo que, seguindo o disciplinamento do plano geral de outorgas, o país seria segmentado em áreas, fixando-se o número possível de prestadoras em cada uma delas, e os prazos de vigência das concessões e os prazos para a admissão de novas prestadoras, em nome dos princípios de promoção ao ambiente de competição, do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico do país (artigo 84).

Toda a digressão é necessária para justificar a incidência das possibilidades de prorrogação dos contratos de concessão de telecomunicações, versadas principalmente nos artigos 93, incisos I e VI²⁹⁰, 99²⁹¹ e 207²⁹² da Lei Federal 9.472/1997.

É fixado o regime de prazo máximo às concessões de telecomunicações, de até 20 (vinte) anos, com a possibilidade de prorrogação única, por igual período de 20 (vinte) anos, podendo totalizar a concessão um prazo de quarenta anos. São estabelecidas como condições legais o cumprimento regular pela concessionária dos termos e condições do contrato de concessão e a existência de manifestação de interesse expresso na prorrogação pelo menos trinta meses antes da expiração do termo final de vigência do

²⁹⁰ “Seção II Do contrato

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

I - objeto, área e prazo da concessão;

(...) VI - as condições de prorrogação, incluindo os critérios para fixação do valor;”

²⁹¹ “Art. 99. O prazo máximo da concessão será de vinte anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período, desde que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão e manifeste expresso interesse na prorrogação, pelo menos, trinta meses antes de sua expiração.

§ 1º A prorrogação do prazo da concessão implicará pagamento, pela concessionária, pelo direito de exploração do serviço e pelo direito de uso das radiofrequências associadas, e poderá, a critério da Agência, incluir novos condicionamentos, tendo em vista as condições vigentes à época.

§ 2º A desistência do pedido de prorrogação sem justa causa, após seu deferimento, sujeitará a concessionária à pena de multa.

§ 3º Em caso de comprovada necessidade de reorganização do objeto ou da área da concessão para ajustamento ao plano geral de outorgas ou à regulamentação vigente, poderá a Agência indeferir o pedido de prorrogação.”

²⁹² “Art. 207. No prazo máximo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei, as atuais prestadoras do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral, inclusive as referidas no art. 187 desta Lei, bem como do serviço dos troncos e suas conexões internacionais, deverão pleitear a celebração de contrato de concessão, que será efetivada em até vinte e quatro meses a contar da publicação desta Lei.

§ 1º A concessão, cujo objeto será determinado em função do plano geral de outorgas, será feita a título gratuito, com termo final fixado para o dia 31 de dezembro de 2005, assegurado o direito à prorrogação única por vinte anos, a título oneroso, desde que observado o disposto no Título II do Livro III desta Lei.

§ 2º À prestadora que não atender ao disposto no caput deste artigo aplicar-se-ão as seguintes disposições:

I - se concessionária, continuará sujeita ao contrato de concessão atualmente em vigor, o qual não poderá ser transferido ou prorrogado;

II - se não for concessionária, o seu direito à exploração do serviço extinguir-se-á em 31 de dezembro de 1999.”

prazo originário (artigo 99, cabeça). Além disso, é prescrito o regime de prorrogação onerosa, com a ordem de pagamento pela concessionária que manifeste o interesse na prorrogação de ônus da outorga, tanto pelo direito de exploração do serviço quanto pelo direito de uso das radiofrequências associadas, com a admissibilidade de a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL poder incluir novos condicionamentos, de acordo com o seu critério (artigo 99, parágrafo primeiro). Nota-se, ainda, um critério negativo de ativação da prorrogação previsto taxativamente na lei, na possibilidade de “comprovada necessidade de reorganização do objeto ou da área da concessão para ajustamento ao plano geral de outorgas ou à regulamentação vigente”, caso em que a ANATEL deverá indeferir o pleito de prorrogação (artigo 99, parágrafo terceiro).

Por fim, quanto ao procedimento da prorrogação, cabe apontar que ao Conselho Diretor, órgão máximo da Agência Nacional de Telecomunicações (artigo 8º, parágrafo primeiro²⁹³), composto por cinco conselheiros (artigo 20²⁹⁴), brasileiros específicos²⁹⁵, com mandato de cinco anos²⁹⁶, deliberar sobre a prorrogação das outorgas de concessão, obedecendo o plano de outorga aprovado pelo Poder Executivo (artigo 22, incisos V²⁹⁷).

Como esclarece Floriano de Azevedo MARQUES NETO, as atuais concessões de telecomunicações tiveram uma peculiaridade quanto ao procedimento licitatório adotado, em razão do momento de transição verificado, já que as concessões para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC foram outorgadas por um

²⁹³ “Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.”

²⁹⁴ “Do Conselho Diretor

Art. 20. O Conselho Diretor será composto por cinco conselheiros e decidirá por maioria absoluta.

Parágrafo único. Cada conselheiro votará com independência, fundamentando seu voto.”

²⁹⁵ “Art. 23. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.”

²⁹⁶ “Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos. (Redação dada pela Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000)”

²⁹⁷ “Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)V - aprovar editais de licitação, homologar adjudicações, bem como decidir pela prorrogação, transferência, intervenção e extinção, em relação às outorgas para prestação de serviço no regime público, obedecendo ao plano aprovado pelo Poder Executivo;”

procedimento licitatório reflexo. Não com uma licitação para a atribuição da outorga da concessão, mas sim houve uma adjudicação das concessões às empresas estatais, num primeiro momento sem a licitação, para depois, no momento seguinte, proceder-se à alienação do controle dessa companhia aos particulares. Houve, portanto, dois negócios jurídicos²⁹⁸.

Nesse momento da transferência da outorga das concessões à iniciativa privada, por meio do processo de desestatização, houve também a determinação da prorrogação forçada, determinada pela lei-quadro de regência e ocorrida no ano de 2005, pelo período de 20 anos. Sobrevirá o termo final das atuais concessões, pois, no ano de 2025, quando se extinguirem os prazos das concessões vigentes já prorrogadas, ocasião em que um novo debate sobre a pertinência da continuidade da prestação do STFC sob regime público se colocará, diante das inovações tecnológicas observadas nesse setor regulado.

5.9.4. PRORROGAÇÕES DE CONCESSÕES DE RADIODIFUSÃO

As prorrogações às concessões de radiodifusão de sons e imagens são reguladas por regime jurídico específico²⁹⁹, integrado por disposições constitucionais (artigo 21, XII³⁰⁰, alínea “a”, mais artigo 223, cabeça e parágrafos, Constituição Federal de 1988) e infraconstitucionais (Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei Federal

²⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Concessões em telecomunicações: perspectivas para um serviço em extinção”. Em: Revista de direito público da economia. V. 13, n. 52, p. 133-146, out./dez. 2015.

²⁹⁹ Para um quadro detalhado sobre o histórico da regulação das outorgas de radiodifusão, conferir: LOPES, Cristiano Aguiar. “Regulação das Outorgas de Radiodifusão no Brasil – uma breve análise”. Estudo publicado em dezembro de 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 15 de julho de 2014. Nesse escrito, o autor aponta que o Decreto 20.047/1931 foi o ato precursor da regulação dos serviços de radiodifusão, seguido pelo Decreto 21.111/1932, com definição de regras e procedimentos para a outorga de rádios. Até 1962, esses regulamentos disciplinavam o processo a seguir na outorga de concessões e permissões, com fixação do prazo de concessão de 10 (dez) anos, renovações arbitradas a “juízo do governo”, fixação de obrigatoriedade de mínimo de participação de diretores brasileiros, em dois terços, em empresas obrigatoriamente nacionais; tempo máximo de publicidade; intransferibilidade da concessão; e impossibilidade de estabelecimento de convênio ou ajuste com outras entidades sem prévia aprovação do governo. A Constituição de 1934 foi a primeira com referência constitucional ao serviço de radiodifusão, centralizada a competência à União Federal na outorga e renovação das outorgas de radiodifusão (artigo 5º, inciso VIII), mantida tal competência à União nas Constituições posteriores de 1937, 1946, 1967 e 1988.

³⁰⁰ “Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)”

4.117/1962, especialmente artigos 32, 33, parágrafos terceiro e quarto³⁰¹; além do respectivo regulamento no Decreto 52.795/1963, especialmente artigo 177³⁰²; também referência à Lei Federal 5.785/1972, que prorroga o prazo das concessões e permissões para a execução dos serviços de radiodifusão sonora, e os seus respectivos Decretos 71.136/1972 e 88.066/1983).

Essencialmente, são fixados os prazos de dez anos para as concessões de rádio e quinze para as de televisão, destacado que o regime superveniente da Carta Constitucional (artigo 223, parágrafo quinto) replicou o mesmo tratamento nesse temário que era dado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (artigo 33, parágrafo terceiro), de edição anterior a Carta de 1988.

A prorrogação, nesse caso, é compreendida como automática, obrigatória e autorizada de ocorrer por períodos sucessivos, salvo se o Congresso Nacional deliberar por quórum específico pela não prorrogação da concessão. Rompeu-se, nesse ponto da Constituição Federal de 1988, o paradigma de exclusividade do Poder Executivo na apreciação da renovação das outorgas de concessão de radiodifusão. A prorrogação trata-se de um ato complexo, primeiro apreciada pelo Chefe do Poder Executivo, e submetida, posteriormente ao crivo do Poder Legislativo (artigo 49, inciso XII e artigo 223, parágrafos primeiro, segundo e terceiro), que terá responsabilidade de conferir eficácia ao ato de prorrogação, ou de não ativação da cláusula prorrogatória. Atualmente a regra prescreve a necessidade de aprovação da não-prorrogação pela votação de, no mínimo, dois quintos do

³⁰¹ “Art. 32. Os serviços de radiodifusão, nos quais se compreendem os de televisão, serão executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão.

Art. 33. Os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei.

(...) § 3º Os prazos de concessão e autorização serão de 10 (dez) anos para o serviço de radiodifusão sonora e de 15 (quinze) anos para o de televisão, podendo ser renovados por períodos sucessivos e iguais se os concessionários houverem cumprido todas as obrigações legais e contratuais, mantido a mesma idoneidade técnica, financeira e moral, e atendido o interesse público (art. 29, X). (Partes mantidas pelo Congresso Nacional após veto do Presidente da República)

§ 4º Havendo a concessionária requerido, em tempo hábil, a prorrogação da respectiva concessão ter-se-á a mesma como deferida se o órgão competente não decidir dentro de 120 (cento e vinte) dias. (Partes mantidas pelo Congresso Nacional após veto do Presidente da República)”

³⁰² “Art 177. Os prazos das atuais concessões para execução de serviços de radiodifusão são, automaticamente, prorrogados por mais 10 (dez) anos nos casos de radiodifusão sonora e por mais de 15 (quinze) anos no caso de radiodifusão de sons e imagens (televisão), a contar de 27 de agosto de 1962.

Parágrafo único. O CONTEL providenciará a lavratura dos termos aditivos aos atuais contratos de concessão, tão logo seja requerido pelas sociedades interessadas”

Congresso Nacional, em votação nominal (artigo 223, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988).

O caráter obrigatório da prorrogação decorre da particularidade do serviço de radiodifusão, destinado a cumprir vários objetivos públicos, em especial a oferta de cultura e entretenimento aos indivíduos, a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, a criação de uma identidade nacional, a integração do país e o direito a receber informação pela imprensa³⁰³. Evidencia-se a preocupação do Constituinte em elevar, a grau máximo, a disseminação e transmissão de conteúdo apropriado à comunicação social da coletividade, tendo as concessionárias de observar obrigações de conteúdo mínimo de produção e programação, norteadas por princípios (artigo 221 da Constituição Federal de 1988³⁰⁴) e estruturação societária (artigo 222 da Constituição Federal de 1988).

A prorrogação sucessiva e ilimitada das outorgas existentes, incluída no regime especial incentivado pela ordem constitucional, não afronta a regra de dever de licitar prevista à contratação de concessão de serviços públicos em geral.

Conquanto a lei, tanto na Constituição Federal quanto no âmbito infraconstitucional, faça referência a procedimento de renovação de outorgas, temos que a apuração da exata natureza do ato, se de prorrogação ou de renovação, só poderá ser analisada com o exame das particularidades dos instrumentos da outorga, se houve de fato uma total, ou parcial, redefinição dos direitos e obrigações fixados ao concessionário privado, ou se houve apenas um ato de chancela pelo Congresso Nacional, autorizando a prorrogação com o mesmo objeto que havia sido inauguralmente explorado na concessão original.

Não há especificação na Constituição Federal sobre a fixação de eventuais condicionamentos à prorrogação das outorgas, sejam definidos pelo aspecto material do serviço explorado (radiodifusão comercial, educativa ou comunitária), sejam

³⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 222.

³⁰⁴ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

atribuídos aos sujeitos relacionados à concessão³⁰⁵. A única nota orientativa posta de forma clara na Constituição Federal quanto ao prosseguimento das outorgas é o princípio da

³⁰⁵ Por sua vez, o Decreto 88.086/1983 especificou uma série de cláusulas que passariam a regular as relações da requerente com o Poder Concedente no novo período de exploração do serviço, quando atendido o pleito de renovação da concessão.

“CLÁUSULA PRIMEIRA: a exploração do serviço, cuja concessão venha a ser renovada, reger-se-á de acordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis e, cumulativamente, com as cláusulas a seguir enumeradas, que a entidade conheceu e aceitou previamente.

CLÁUSULA SEGUNDA: a frequência consignada à entidade não constitui direito de propriedade e ficará sujeita às regras estabelecidas na legislação vigente, ou na que vier a disciplinar a execução do serviço de radiodifusão, incidindo sobre essa frequência o direito de posse da União.

CLÁUSULA TERCEIRA: a concessionária deverá submeter-se ao caráter de não exclusividade na execução do serviço de radiodifusão a ser renovado e, bem assim, da frequência consignada, respeitadas as limitações técnicas referentes à área de serviço.

CLÁUSULA QUARTA: a concessionária obrigará-se-á, no tocante à sua administração, a:

- a) admitir, como técnicos encarregados da operação dos equipamentos transmissores, somente brasileiros ou estrangeiros com residência exclusiva no País, permitida, porém, em caráter excepcional e com autorização expressa do Ministério das Comunicações, a admissão de especialistas estrangeiros, mediante contrato;
- b) observar a não participação de seus dirigentes na administração de mais de uma concessionária ou permissionária do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade;
- c) ter sua diretoria ou gerência, aprovada pelo Poder Concedente, constituída de brasileiros natos, os quais não poderão ter mandato eletivo que assegure imunidade parlamentar, nem exercer cargos de supervisão, direção ou assessoramento na administração pública, do qual decorra foro especial;
- d) solicitar prévia aprovação do Ministério das Comunicações para designar gerente, ou constituir procurador com poderes para a prática de atos de gerência ou administração;
- e) solicitar prévia autorização do Ministério das Comunicações para:

1 - modificar seus estatutos ou contrato social;

2 - transferir, direta ou indiretamente, a concessão, ou ceder cotas ou ações representativas do capital social.

CLÁUSULA QUINTA: os programas de informação, divertimento, propaganda ou publicidade deverão estar subordinados às finalidades inerentes à radiodifusão.

CLÁUSULA SEXTA: a concessionária obrigará-se-á, na organização da programação, a:

- a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes;
- b) não transmitir programas que atentam contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico;
- c) destinar um mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso;
- d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário de sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial;
- e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais; exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações do Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para a divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso, excluídas as emissoras de televisão;
- g) integrar gratuitamente as redes de radiodifusão, quando convocadas pela autoridade competente;
- h) obedecer às instruções baixadas pela Justiça Eleitoral, referentes a propaganda eleitoral;
- i) não irradiar identificação da emissora utilizando denominação de fantasia, sem que esteja previamente autorizada pelo Ministério das Comunicações;
- j) irradiar o indicativo de chamada e a denominação autorizada, de conformidade com as normas baixadas pelo Ministério das Comunicações;
- l) irradiar, com indispensável prioridade, e a título gratuito, os avisos expedidos pela autoridade competente, em casos de perturbação da ordem pública, incêndio ou inundação, bem como os relacionados com acontecimentos imprevistos;
- m) irradiar, diariamente os boletins ou avisos do serviço meteorológico;
- n) manter em dia os registros da programação.

CLÁUSULA SÉTIMA: a concessionária obrigará-se-á, ainda, a:

complementaridade dos sistemas privado, público e estatal do serviço da radiodifusão. Já no Código Brasileiro de Telecomunicações, há a disposição de que a prorrogação será liberada se houver (i) cumprimento pela concessionária de suas obrigações legais e contratuais; (ii) a concessionária mantiver a sua idoneidade técnica, financeira e moral; e (iii) for atendido o interesse público.

Alguns precedentes do controle jurisdicional devem ser objeto de menção nesse tópico.

Citamos dois julgados do Supremo Tribunal Federal, a ADI-MC 561/DF e a ADI 3.944/DF.

Na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 561/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT contra o Decreto 177/1991, expedido pelo Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, pelo voto condutor do Ministro Relator Celso de Mello, não conheceu da ação, pelo descabimento do controle concentrado de constitucionalidade contra ato regulamentar. No mesmo voto, houve tratamento expresso pela Corte Suprema no sentido de, nos aspectos básicos e essenciais, reconhecer como recepcionada a Lei Federal 4.117/1962, com subsistência de vigência das formulações conceituais nela contidas a respeito do conceito técnico-jurídico de comunicações. Desse acórdão, podemos concluir que restou abrangido, por reflexo, o reconhecimento da recepção da lei em debate no sentido do próprio conceito e distinções do serviço de radiodifusão, que não foram objeto de lei própria especial após a promulgação da Carta de 1988³⁰⁶.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.944/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL contra os artigos 7º a 10 do Decreto 5.820, de 29 de junho de 2006, expedido pelo Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal fez

-
- a) observar as normas técnicas fixadas pelo Ministério das Comunicações para a execução do serviço;
 - b) obedecer, na organização dos quadros de pessoal, da entidade, às qualificações técnicas e operacionais fixadas pelo Ministério das Comunicações;
 - c) criar, através da seleção de seu pessoal e de normas de trabalho, na estação, condições eficazes para evitar a prática das infrações previstas na legislação específica de radiodifusão;
 - d) submeter-se aos preceitos estabelecidos nas convenções internacionais e regulamentos anexos, aprovados pelo Congresso Nacional, bem como a todas as disposições contidas em leis, decretos, regulamentos, portarias, instruções ou normas que existem ou venham a existir, referentes ou aplicáveis ao serviço;
 - e) facilitar a fiscalização, pelo Ministério das Comunicações, das obrigações contraídas, prestando àquele órgão todas as informações que lhes forem solicitadas.”

³⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 561 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/1995, DJ 23-03-2001 PP-00084 EMENT VOL-02024-01 PP-00056.

diferenciação entre a consignação de mais um canal de radiofrequência a concessionárias e autorizatárias do serviço público de radiodifusão e imagens, feita sem anuência do Congresso Nacional, e o ato de concessão desse mesmo serviço público.

Nos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhado pela maioria dos Ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio, foi reconhecido que a norma inscrita no artigo 7º do Decreto 5.820/2006 cuida de autorização de uso de um bem público, o espectro de radiofrequências (artigo 157 da Lei Federal 9472/1997), feita em razão da criação e adoção, pelo Governo Federal, do Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD), e não de nova outorga de concessão do serviço público de radiodifusão e sons e imagens. Para o Ministro Relator, o Decreto expedido pelo Presidente da República, ao autorizar a consignação do uso de mais um canal de radiofrequência, buscou conferir atualidade, continuidade e adequação à prestação do serviço público de radiodifusão, em razão da inovação tecnológica, permitindo que as concessionárias evoluam na prestação do serviço, introduzam a transmissão da tecnologia digital, sem interromper a transmissão de sinais analógicos, não constituindo o serviço de televisão digital um novo serviço público, comparativamente com a TV analógica. Nessa medida, o voto condutor do acórdão acaba auxiliando, num método de interpretação por exclusão, o detalhamento dos limites conceituais de uma outorga, modificação e prorrogação de concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens³⁰⁷.

Citamos, também, um acórdão relevante extraído da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sobre a prorrogação automática do serviço público de radiodifusão. Na Apelação Cível 0000794-71.1991.4.01.0000, julgada pela Segunda Turma e relatada pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, houve confirmação da sentença de improcedência, que afirmou inexistir o direito da concessionária de prorrogação automática a concessão de radiodifusão de sons e imagens, na fluência em branco, com silêncio da administração, do prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da formulação do requerimento, conforme o artigo 33, parágrafo terceiro e quarto da Lei 4.117/1962. A empresa, segundo o teor da sentença, teria ajuizado a ação ordinária buscando indenização contra a União Federal, que havia declarado a concessão perempta,

³⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3944, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2010, DJe-185 DIVULG 30-09-2010 PUBLIC 01-10-2010.

por Decreto expedido em 1980, em razão da inobservância de cumprimento de obrigações legais e fiscais ao longo da concessão, de que era beneficiária desde 1953. Note-se que os fatos debatidos ocorreram antes da entrada em vigor da Carta de 1988, o que torna ligeiramente prejudicada a verificação da reprodução da orientação desse precedente em julgados futuros.³⁰⁸

5.10. MODIFICAÇÕES DE MARCOS REGULATÓRIOS E IMPACTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Como derradeiro passo, suscitamos as linhas gerais de orientação que devem ser seguidas no momento das modificações de marcos regulatórios e do disciplinamento dos contratos de concessão e das possibilidades prorrogatórias.

Propomos, numa primeira perspectiva, o estabelecimento do compromisso de clareza na fixação de regras de transição. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 veda a aplicação retroativa de lei nova, com o fim de atingir situações jurídicas acobertadas pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI), constituindo uma garantia de natureza fundamental. Por essa razão, as regras que tratem de modificar o regime jurídico existente aplicável à técnica prorrogatória das concessões de serviço público devem ser especificadas de modo transparente, a fim de que não sejam suscitadas dúvidas sobre a aplicação dos termos do bloco de regras que até então regiam o contrato de concessão em vigor e, notadamente, sobre qual o impacto que a nova disposição legal terá em relação à cláusula prorrogatória, seja conferindo detalhamento sobre o seu conteúdo (como, por exemplo, uma lei que indique que o poder concedente promoverá uma reorganização administrativa e optará, ao término do contrato de concessão em vigor, por retomar o serviço concedido e os bens reversíveis, com determinação de levantamentos para a apuração e pagamento de eventual indenização, além da fixação dos recursos orçamentários necessários ao cumprimento dessas tarefas; ou

³⁰⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. APELAÇÃO CÍVEL 0000794-71.1991.4.01.0000/MG, Rel. JUÍZA SELENE MARIA DE ALMEIDA, SEGUNDA TURMA, DJ p.29626 de 02/08/1993.

especifique os condicionamentos mencionados na cláusula prorrogatória), seja determinando a sua ativação ou não-ativação.

Ou seja, a alteração de um marco regulatório deve obediência às limitações próprias do tempo administrativo: as escolhas administrativas nas concessões de serviço público, e a produção de seus efeitos, tendem a durar, com a perspectiva de longo prazo, gerando estabilidade em relacionamentos jurídicos, de modo que apenas modificações e adaptações pautadas na avaliação de impacto no equilíbrio econômico-financeiro, na própria conformação do Estado e no mercado existente em relação aos negócios públicos se mostram respeitadoras do tempo em que cada decisão administrativa deve ser tomada e ser eficaz.

Numa segunda perspectiva, vemos como determinante a necessidade de se definir, de forma objetiva, o que abrange um direito adquirido do concessionário à prorrogação concessória e a sua defesa à alteração de marcos regulatórios. Evidentemente, ao concessionário é reservado o direito subjetivo, na maioria vezes contratualizado, de provocar a administração pública, requerendo a prorrogação do prazo de exploração do serviço concedido. O poder concedente, por sua vez, pode, ao longo do exame do pleito prorrogatório, mudar sua direção em função de modificação do marco regulatório do serviço concedido. Nessa situação, temos que, no mínimo, ao concessionário deve ser garantido um direito de resposta a seu requerimento e análise objetiva dos condicionamentos eventuais que tenham sido postos como meio para se concretizar a prorrogação do prazo de vigência. Direito adquirido a prorrogação, líquido e certo, em razão da fixação da cláusula contratual parece ter espaço apenas nos casos em que a prorrogação seja tratada de forma obrigatória pela própria administração pública concedente. Nem nos casos de prorrogação automática, em que a administração pública também cede parte de sua discricionariedade na decisão, se poderia conceber de um direito adquirido *ex ante* do concessionário, sem a apreciação definitiva da administração pública.

5.11. CONCLUSÕES PARCIAIS

Desse itinerário das possíveis orientações a serem seguidas pelos agentes participantes do pacto concessório quando da aplicação da técnica da prorrogação de

concessões de serviço público, podemos concluir que a proposta de sistematização de um regime jurídico mínimo às prorrogações concessórias deve levar em consideração basicamente os valores e parâmetros que influem a tomada de decisão administrativa e a interpretação dos instrumentos, legais e contratuais, utilizados nesse processo.

A sistematicidade de um regime jurídico avaliado como mínimo e geral às prorrogações concessórias não tende a tornar hermética a posição do poder concedente e dos demais envolvidos no processo. A tendência da avaliação da efetividade de um regime jurídico passa, principalmente, da aplicação concreta de seus preceitos e, posteriormente, a análise de resultados da efetividade de suas orientações. Uma decisão administrativa que simultaneamente – e, complexamente – avalie todos esses aspectos mínimos, tende a consolidar sua aderência aos propósitos e objetivos buscados com uma concessão de serviço público, que podem ser resumidos na busca da eficiência e capacidade de investimento do parceiro concessionário e a garantia, pelo poder público, de um controle fiscalizatório permanente e orientativo no sentido da regulação das balizas necessárias para a segurança, adequação e conservação da prestação do serviço pelo concessionário.

Nesse regime jurídico mínimo imaginado como ideal, se confere a exata valoração à predominância do poder concedente na definição da concessão como um instrumento de consecução dos interesses públicos e da procedimentalização adequada, em cada serviço concedido, seja por meio da regulação legal, seja por meio da regulação contratual.

Bem assim, apura-se a necessidade de evolução, com a superação de técnicas tradicionais (como a menção a cláusulas gerais, de ampla indeterminação e altamente suscetíveis de interferências de cunho político-ideológico, marcadas na sucessão de mandatários e governantes eleitos; e a aplicação indiscriminada de modificações de marcos regulatórios sem apoio em justificativas técnicas e concretas plausíveis) e a consolidação de novos paradigmas (como o incentivo da técnica da normatividade contratual para o preenchimento de eventuais lacunas legislativas no tratamento da prorrogação concessória), sem, no entanto, desconsiderar as pautas de atuação tradicionais que, de certa forma, têm funcionado (a exemplo da tendência de estabelecer regimes jurídicos próprios a realidades de certos setores regulados, necessário, principalmente, por fundos de motivação econômica ou política).

**QUINTA PARTE – VIABILIZAR E IMPLEMENTAR A PROPOSTA DE
SISTEMATIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO GERAL DAS PRORROGAÇÕES DE
CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

CAPÍTULO 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1. É POSSÍVEL AFIRMAR PELA EXISTÊNCIA DE UM REGIME JURÍDICO GERAL DE PRORROGAÇÃO DE CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

A assertiva que inaugura o tópico das considerações finais traz uma celeuma enfrentada ao longo do transcurso da pesquisa, no teste da hipótese central do trabalho e que foi confirmada no sentido positivo: existe um regime jurídico geral que define claramente as regras e princípios aplicáveis à prorrogação das concessões de serviço público.

É salutar à estruturação da prestação de um serviço público o estabelecimento de um regime jurídico geral, que dê parâmetros mínimos de atuação para o gestor público, sobretudo a chefia do Poder Executivo e os eventuais órgãos da administração vocacionados a essa tarefa. E o regime jurídico mínimo geral é uma realidade subsistente que convive com a multiplicidade de regimes existentes, decorrentes da regulação setorial.

A noção de regime jurídico aplicável às concessões de serviço público é peculiar, pois condensa duas fontes principais de normatividade: a lei e o ato administrativo, notadamente sob a forma do contrato de concessão.

Por um lado, a lei, em sentido amplo, trata das diretrizes gerais a serem observadas pela administração pública na condução do processo gradativo de (i) distribuição de competências genéricas e específicas sobre serviços públicos entre os entes federativos; (ii) identificação, no âmbito de cada ente federativo, das necessidades e interesses públicos prioritários, mediante a formulação das políticas públicas gerais; (iii) identificação da necessidade de concretizar uma colaboração público-privada para a consecução desse objetivo público; (iv) seleção do instrumento concessório como o adequado à prestação de um determinado serviço público, para garantia da estabilidade do pacto, adequada distribuição de riscos e da previsibilidade de ocorrência efetiva dos

investimentos acertados; (v) instauração do processo de seleção do particular, apto a bem prestar esse serviço, envolvendo desencadear licitação pública, consoante determinação constitucional; (vi) investigação da existência de um mercado público competitivo, num horizonte de curto e longo prazo; (vii) a adoção, legal, da preferência de valores principiológicos da livre concorrência e iniciativa, desestimulada a exclusividade na prestação dos serviços públicos concedidos; (viii) possibilidade da concomitância de regimes de assimetria regulatória; (ix) e, não menos relevante, a fixação de um prazo limite para a avença concessória e os seus possíveis elastecimentos, decorrentes da postura da manifestação de vontade positiva pela prorrogação do ajuste; e, por fim, (x) a definição, ou indefinição, dos limites da pauta principiológica aplicável à ação administrativa no pacto concessório e em sua prorrogação.

Por outro ângulo, o ato administrativo, também em sentido amplo, é enfocado pela figura do contrato de concessão, ressaltada a gravitação de outros atos administrativos de igual relevância sobre esse contrato central, que se relacionam com as diversas funções praticadas pelos agentes do pacto concessório (regulação, ordenação, fiscalização, uso do serviço). Por meio desse contrato concessório, formalmente celebrado após processo de licitação pública como regra geral, são definidos direitos e deveres dos partícipes desse negócio, concessionário, concedente e usuários. Pactuam-se, a partir do enquadramento permitido pela lei e do incentivo à criatividade do modelo negocial, forma de remuneração, sistema de garantias, a dinâmica dos riscos e, notadamente, como a técnica prorrogatória do prazo concessório irá se conjugar com todos esses elementos.

As realidades setoriais, muito embora guardem as suas especificidades, também sofrem com a interferência do regime jurídico mínimo e geral. Não só pela necessidade de tratamento explícito de exclusão da regência geral, mas também pela absorção, ainda que subsidiária, das regras e práticas propostas e dirigidas pelo regime geral.

Assim, sem dúvidas, pode-se concluir que **existe um regime jurídico geral reconhecido como aplicável às prorrogações da concessão de serviço público, definido esse regime, principalmente, pela lei e pelo contrato de concessão.**

Nesse regime jurídico geral das concessões de serviço público, destaca-se, particularmente, a confirmação de uma das hipóteses acessórias do trabalho, sustentada na assertiva de que os contratos de concessão de serviço público seguem regra de

improrrogabilidade, pois se extinguem no advento do termo final contratual originário, constituindo, portanto, a prorrogação como medida eventual, devendo ser explicitamente versada nos atos relacionados ao pacto concessório.

Trata-se o regime das prorrogações concessórias acima identificado, na realidade, de um regime jurídico mínimo e geral aberto, dedicado a ser preenchido com as peculiaridades de entidade política e cada serviço público em espécie, assim multiplicado em vários outros regimes jurídicos particulares.

Nessa perspectiva e ao longo da investigação estruturada pela análise jurisprudencial e da prática administrativa, ficou confirmada outra hipótese acessória indicada, no sentido de que o Poder Público, de cada ente político concedente, pode se valer da competência legislativa a fim de estabelecer a estruturação adequada das regras de prorrogação de contratos de concessão, versando hipóteses prorrogatórias autorizadoras, restritivas ou proibitivas, até diante do caráter de generalidade previsto nas normas gerais editadas pela União Federal sobre o tema, na Lei Geral de Concessões (Lei Federal 8.987/95) e em alguns dispositivos na Lei Federal 9.074/95.

Passamos, então, a um segundo passo da análise: ainda que tal regime jurídico mínimo e geral aplicável às prorrogações de concessão de serviço público, apontávamos, como hipótese inicial, que ele não estava devidamente sistematizado, razão pela qual deveria haver uma teorização sobre os elementos básicos dessa leitura sistêmica desse regime jurídico mínimo e geral.

6.2. É POSSÍVEL AFIRMAR PELO SUCESSO NA SISTEMATIZAÇÃO DESSE REGIME JURÍDICO GERAL APLICÁVEL ÀS TÉCNICAS DE PRORROGAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A segunda assertiva conduz à conclusão de que o regime jurídico geral das prorrogações concessórias não estava devidamente sistematizado, sendo bem-sucedido o intento de se propor a sistematização desse regime jurídico geral.

A sistematização do regime jurídico buscava, em certa medida, responder a esses apontamentos: como as leis se aplicam, ou devem se aplicar à prorrogação

concessória? O que os contratos devem dispor para tornar válida e eficaz a técnica prorrogatória? A que regras e princípios devem obediência?

A ideia da adoção de um sistema veio declaradamente fixada na visualização de que a administração pública, pelas diversas expressões de suas funções, e os demais entes envolvidos no pacto concessório não logravam obter êxito em aplicar a técnica prorrogatória com aderência máxima e impugnação mínima dos seus partícipes.

Ainda que os resultados do controle jurisprudencial tragam, na maior parte, situações de inconformismo e patologia do comportamento administrativo, o diagnóstico realizado está posto no sentido de que o Estado, por todos os seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), contribuem para que não se encontre uma cultura administrativa consolidada e previsível, e, por isso, não dotada de segurança jurídica. A análise da fundamentação dos acórdãos é consistente com a avaliação de que persistem práticas inadequadas de gestão administrativa, constantemente aplicadas antes da promulgação da Carta de 1988, que não evoluíram positivamente no sentido de serem influenciadas pela nova pauta de conduta determinada pelas regras de direito estruturadas na Carta Magna atual. A razão para tal descompasso, a nosso ver, é consentânea com o entendimento de que falta ao administrador público, ao legislador e ao concessionário uma visão sistêmica do ordenamento jurídico.

Para a confirmação dessa nossa hipótese, basta revelar a circunstância tratada em relação à instituição de hipóteses prorrogatórias por lei, com incidência sobre atos jurídicos concessórios já perfeitos ou a viger no futuro. Ainda que possa estar acompanhada de alguma fundamentação plausível pela sua instituição, a tendência apurada no Poder Judiciário acompanha o entendimento de que essas leis não devem ser reconhecidas como compatíveis com a nova ordem constitucional, pois violam uma regra compreendida como obrigatória ao regime das concessões de serviço público, a de que o objeto concedido deve ser continuamente submetido a seleções públicas para a escolha do melhor concessionário – e da melhor proposta – para a prestação do serviço.

Por outro lado, vimos que o controle desempenhado pelo Poder Judiciário também analisa diretamente as cláusulas do contrato de concessão, sobretudo nas instâncias inferiores. O regime de transição instituído pela nova carta constitucional, que delimitou uma nova diretriz à outorga das concessões de serviço público – pelo obrigatório dever de licitar prévio à contratação pública –, exigia, simultaneamente, que os

contratos de concessão em vigor fossem adaptados à nova realidade constitucional, reputada de incidência imediata e de efetividade não contida. Em que pese a própria carta constitucional tenha revelado a preocupação com a preservação das situações jurídicas consolidadas no tempo, mediante a instituição das garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, a interpretação da celebração dos negócios jurídicos concessórios sob a regra do “tempus regit actum” não foi entendida como plausível pelo Poder Judiciário, notadamente na hipótese em que a concessão de serviço público era autorizada de ser contratada destituída de um processo licitatório prévio antes da Constituição de 1988, e continha, no conteúdo do seu instrumento, uma cláusula prorrogatória. Nesse último caso, foi clara a manifestação do Poder Judiciário no sentido de que essas concessões só vigeriam pelo prazo originário, considerando caduca a cláusula contratual prorrogatória, justamente pelo fato de não ter havido a precedente licitação à contratação da concessão.

Numa outra verificação do controle jurisdicional, vimos que boa parte da postura administrativa, na aplicação da técnica prorrogatória das concessões de serviço público, estava sustentada em completo desacordo ao tempo administrativo. Quer dizer, decisões a respeito das concessões vigentes com prazos próximos a expirar não eram tomadas, situações precárias se consolidavam como prorrogações de prazo de vigência em caráter excepcional, regimes legais transitórios eram criados a toque de caixa para dar aparência de legitimidade a tais decisões. Eis mais uma evidência de que o poder concedente, em geral, não tinha uma visão sistemática do regime jurídico aplicável: se a regra jurídica, ao menos na perspectiva da Lei Geral de Concessões e do contrato de concessão, determinava, no advento do prazo contratual, a tomada de alguma decisão a respeito, a decisão tinha que ser tomada, independentemente do seu grau de aceitação perante os envolvidos. Nesse ponto, avaliamos que o controle jurisdicional, no recorte analisado, foi peremptório em revelar que a administração pública reiteradamente não cumpre os prazos fixados na lei ou no próprio instrumento concessório para modernizar ou fixar as novas balizas da prestação do serviço concedido, durante a execução e aproximação à fase de extinção do contrato da concessão por advento do termo contratual.

Daí temos que a proposta da sistematização, apoiada nos nove passos consignados no capítulo antecedente³⁰⁹, tem por objetivo não criar um regime jurídico novo, aplicável às técnicas prorrogatórias de concessão de serviço público, nem de atribuir um grau de inflexibilidade a esse regime. Mas a ideia da sistematização tem por objetivo primordial delimitar um aprimoramento à qualidade da decisão administrativa sobre a aplicação da técnica da prorrogação da concessão de serviço público, impondo ao administrador público, no exercício da sua discricionariedade autorizada pelo direito, a observância de todos aqueles critérios, de forma simultânea, a ponto de se estruturar uma decisão coerente e consentânea aos anseios dos interesses em jogo, públicos e privados, com baixo nível de contestação nas instâncias de controle e, principalmente, com plena efetividade e *enforcement*.

6.3. HÁ NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DO REGIME CONTEMPORÂNEO

A resposta da necessidade de aperfeiçoamento do regime contemporâneo passa por duas ordens de ideias: há necessidade de alteração de prática administrativa, com manutenção do regime existente; e há necessidade de alteração do regime, com reflexo na prática administrativa.

6.3.1. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Talvez uma saída que vislumbramos para o aperfeiçoamento do regime contemporâneo, no influxo da ideia da sistematização, esteja apoiada na clarificação das

³⁰⁹ 1) avaliação da pertinência da prorrogação concessória ao exercício, simultâneo, técnicas de desempenho estatal; 2) objetividade e transparência na fixação de prazos e prorrogações às concessões de serviço público; 3) observância de metodologia de complementação hermenêutica e comunicação entre os setores regulados, para compartilhamento de experiências positivas; 4) incentivo à técnica da normatividade contratual como válvula às lacunas legislativas; 5) categorização dos direitos subjetivos dos concessionários em normas jurídicas legais; 6) enquadramento da prorrogação das concessões comuns tradicionais a prorrogações realizadas com instrumentos contratuais públicos afins; 7) internalização, na prática contratual, de mecanismos periódicos de revisão dos contratos; 8) respeito às especificidades dos setores regulados; e, por fim, 9) a compreensão das modificações de marcos regulatórios e impactos nos contratos de concessão.

regras do jogo, como o cumprimento de um imperativo de transparência, do que resulta uma alteração do regime, ainda que pontual.

Não é comum aos contratos de concessão, ou a própria lei abstrata, estipularem a procedimentalização aplicável a uma prorrogação de concessão de serviço público. Se o fazem, remetem-na à estrutura de prazos e procedimentos previstas em leis-quadro gerais, aplicáveis indistintamente a todas as instâncias e entidades administrativas das pessoas jurídicas de direito público. As concessões de serviço de energia elétrica constituem, nesse ponto, uma boa exceção positiva de procedimentalização razoavelmente identificada das prorrogações – especialmente no que diz respeito ao regime tratado na Lei Federal 9.074/1995 e o respectivo regulamento – e contrária à tendência negativa de omissão legislativa e administrativa sobre o tema.

Se pelos instrumentos de atuação aplicáveis à concessão de serviço público – estendidos de lei, contrato a regulamento – estejam devidamente parametrizados quais serão os procedimentos seguidos na aplicação da técnica prorrogatória, esta querela possa ser resolvida. Damos um exemplo da questão do uso da lacunosa e vazia expressão “a critério do poder concedente”. Exige-se uma imediata uma redefinição desse conceito jurídico indeterminado. Deve ser devidamente especificado qual instância decisória irá afirmar os condicionamentos aplicáveis à prorrogação, definir o que se trata a avaliação de uma boa prestação de serviço ou atingimento de metas de desempenho, tudo isso afirmado na perspectiva de previsibilidade do comportamento da administração pública, estruturada de acordo com modo e tempo de acontecimento.

A multipolaridade dos setores regulados traz como complexidade que a sistematização do regime geral único observe, e respeite, as singularidades de cada um dos tipos de serviços, aplicando-se, de forma indistinta, as boas práticas que resultem dos serviços públicos concedidos e considerados tradicionais. A casuística baseada na especificidade de cada contrato de concessão, nessa hipótese, pode trazer benefícios à aplicação da técnica prorrogatória.

Um outro tipo de alteração legislativa plausível poderia ter como objeto a explicitação dos deveres que os envolvidos na decisão prorrogatória devem respeitar, com atenção à particularidade que a tomada dessa decisão repercute no ciclo do serviço público concedido. A administração pública que presta diretamente o serviço público e resolve concedê-lo tem dever de motivação muito menos qualificado que uma administração

pública futura que tenha de resolver entre as várias soluções administrativas para a continuidade da prestação do serviço público de maneira contínua e moderna. Assim, alguma proposta de alteração legislativa voltada a conferir previsibilidade e certeza à decisão administrativa tende a ser bem aceita pela coletividade afetada³¹⁰.

Uma terceira alteração diz respeito a um dos aspectos do processo legislativo, qual seja, a técnica da redação legislativa³¹¹. É certo que os institutos são

³¹⁰ Fazemos referência ao artigo escrito em coautoria por Carlos Ari SUNDFELD e Floriano de Azevedo MARQUES NETO, cuja proposta é veicular as linhas de um anteprojeto de lei voltado para aprimorar a qualidade da atividade jurídico-decisória sobre as questões públicas no Brasil. O anteprojeto de lei visa, por meio de modificação da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), uma disciplina clara, com novas balizas interpretativas, processuais e de controle, destinadas a elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. Sinalizam uma série de fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública e que afetam a sua eficiência e segurança jurídica, dentre eles: 1) “alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas”; 2) “relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma”; 3) “tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas”; 4) “dificuldade de o Poder Público obter o cumprimento voluntário e rápido de obrigações por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas”; 5) “instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle”; 6) “efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar o cumprimento de obrigações)”; 7) “modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública”. As diretrizes atendidas pelo anteprojeto de lei são assim resumidas: 1) consagração de princípios gerais novos a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (artigos 20 e 21); 2) conferência aos particulares do direito de transição adequada, quando houver a criação de novas situações jurídicas de que eles sejam passivamente obrigados (artigo 22); 3) estabelecimento de regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares (artigo 23); 4) criação da ação civil pública declaratória de validade, com eficácia “erga omnes”, com o objetivo de conferir estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (artigo 24); 5) impedimento de invalidação de atos em geral por mudança de orientação administrativa (artigo 25); 6) disciplinamento de efeitos de invalidação de atos em geral (artigo 26); 7) impedimento da responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões (artigo 27); 8) imposição de consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (artigo 28); 9) compensação, dentro de processo, de benefícios ou prejuízos injustos gerados entre os envolvidos (artigo 29). O diagnóstico versado no artigo doutrinário resultou na redação da proposta legislativa, que, aceita, foi apresentada pelo Senador Antonio Anastasia (PSDB-MG) sob a forma do Projeto de Lei 349/2015, ainda em tramitação. Em: “Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”. SUNDFELD, Carlos Ari (org.), Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285. Sobre o Projeto de Lei 349/2015. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 25 de novembro de 2015.

³¹¹ Registramos os critérios que devem ser observados na técnica de redação legislativa, previstos na Lei Complementar 95/1998:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

aplicados com obediência mais ao seu conteúdo do que à titulação ou ao nome que os instrumentos de lei ou contrato de concessão confirmam a tais institutos. Por outro lado, a precisão na definição dos institutos, com a adoção de nomes diferenciados, pode ser interessante para facilitar o entendimento do regime jurídico aplicável, orientar a decisão administrativa do poder concedente e pacificar e conformar os interesses envolvidos no pacto concessório e nas suas variadas possibilidades de extensão de prazo de vigência.

É essa perspectiva, inclusive, que conduz ao entendimento de que a prorrogação própria, aquela declinada pelo artigo 175 da Constituição Federal como possibilitada de ocorrer de acordo com a lei que regule o tratamento da concessão de serviço público, deve ser entendida na exata caracterização dada por essa Lei Geral de Concessões de Serviço Público, até que, eventualmente, outra lei futura o venha para ampliar o seu objeto, ou restringi-lo.

Nessa medida, o que o artigo 175 da Constituição Federal, complementado pela Lei Geral de Concessões, externaliza como possibilidade de prorrogação do contrato de concessão consiste naquela associada com a ampliação do prazo de vigência conjugada ao aceite, pelo concessionário, da redefinição da pauta de exploração do serviço, com o atingimento de novas metas de investimento e reconfiguração do sistema tarifário, observando-se, evidentemente, a manutenção do

-
- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
 - b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
 - c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
 - d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
 - e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
 - f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
 - g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes; (Incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
- III - para a obtenção de ordem lógica:
- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
 - b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
 - c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
 - d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.”

idêntico objeto concedido, e, necessariamente, devem figurar de cláusulas de natureza obrigatórias de contratos de concessão.

Assim, as iniciativas extensoras do prazo de vigência da concessão incentivadas por leis transitórias, ou que, internas ao contrato, se limitem à reposição ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desnivelado por razões econômicas do serviço, devem ser pensadas de ser classificadas sob outros critérios terminológicos.

Poderia se objetar afirmando que, mesmo nessas circunstâncias de extensão do prazo concessório pelas prorrogações ditas impróprias, o poder concedente deveria estar restrito a Lei Geral de Concessões e que traria o delineamento da prorrogação concessória.

Ocorre que o delineamento feito pela Lei Geral de Concessões de Serviço Público não trouxe especificidades sobre as extensões de caráter eventual ou transitório, ou aquelas que decorram da recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

Sobre a extensão transitória, fez especificamente menção ao objeto tratado, de acordo com os seus artigos 42 e seguintes.

Quanto ao último caso da recomposição, até se poderia ressaltar que uma definição legal nesse sentido não seria necessária, já que uma extensão de prazo para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é decorrente do reconhecimento da garantia constitucional ao concessionário à manutenção das condições efetivas da proposta original ao longo do prazo de vigência da concessão. Mas, como o próprio contrato de concessão, por vezes, acaba por definir prioridades de métodos de recomposição do equilíbrio, ou, por outro lado, acaba tendo de respeitar limites genéricos de prazos máximos previstos na lei para a vigência das concessões ou tendo restrições no seu emprego em razão de uma suposta infringência ao princípio de licitação às concessões previsto no artigo 175 da Carta Magna, pode ser interessante que haja a especificação, na própria Lei Geral de Concessões, da diferenciação material dessas hipóteses de extensão do prazo das concessões.

Um outro ponto de silêncio da Lei Geral de Concessões e que ainda gera certa celeuma é o relativo à aplicabilidade imediata da regra do dever de licitar à administração pública para a contratação de contratos de concessão, com a Constituição Federal de 1988, e o seu impacto em relação aos contratos vigentes à data de entrada em

vigor do novo marco constitucional e que tenham sido pactuados com realização de licitação prévia e prevejam, nos seus instrumentos, cláusulas válidas de prorrogação.

O silêncio da Lei Geral de Concessões se estabeleceu também em relação aos contratos celebrados sem licitação antes da Constituição de 1988 e que contivessem cláusula prorrogatória.

A solução, vinda da jurisprudência investigada, tende a assimilar a mesma resposta para os dois casos acima tratados: determina-se a imediata efetividade da Constituição Federal de 1988 aos contratos de concessão de serviços públicos e se ordena a realização de licitação ou a reversão e retomada dos bens pelo ente político concedente, sendo obrigatória essa saída para os contratos de concessão não precedidos de licitação (ainda que, na lei anterior, eles tivessem sido celebrados sem a licitação porque lei autorizava o concedente a fazê-lo).

No caso dos contratos celebrados com licitação prévia antes da promulgação da Carta Magna vigente, constata-se certa vacilação. A resposta varia entre ponderar que a Constituição teria exigido a abertura de um processo licitatório imediato caso o concedente resolvesse manter a prestação indireta, já que o intento do Constituinte seria promover e estimular a criação de competitividade e isonomia de acesso nos negócios relacionados às concessões de serviço público. Ou, num outro ângulo, de reconhecer a eficácia da cláusula prorrogatória no contrato. Essa questão é evidenciada principalmente nos casos de saneamento básico, em que as companhias estaduais de saneamento haviam sido contratadas com procedimento de dispensa de licitação na década de 1970 e, agora, se veem ladeadas do questionamento da validade de cláusulas de prorrogação automática fixadas em seu benefício.

Assim, se a Lei Geral de Concessões tratasse explicitamente do tema, no momento oportuno de sua edição, esses problemas poderiam estar resolvidos. Hoje, em idos de meados da década de 2010, não se vislumbra pertinência numa eventual mudança legislativa nesse sentido, haja vista o seu espectro de incidência ser, com relativo grau de certeza, muito limitado (já que a maioria dos contratos de concessão anteriores a 1988 já devem ter seus prazos expirados).

6.3.2. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA PRÁTICA ADMINISTRATIVA

Vemos, também, a necessidade de aperfeiçoamento da prática administrativa, sem a necessidade de modificação do regime, mediante o estabelecimento de uma direção previsível, afastada de modificações abruptas de regimes, na condução dos serviços públicos concedidos.

Uma perspectiva do benefício que essa mudança de postura institucional do poder concedente pode gerar está baseada na lógica contratual, quando uma cláusula prorrogatória esteja sendo redigida. É primordial que, no caso de lacunas do próprio contrato de concessão quanto à técnica prorrogatória, sejam evitadas manobras pelo poder concedente, no sentido de reavaliação contínua de posições ou tomada de decisões instituidoras de privilégios e violadoras da impessoalidade ou moralidade administrativa.

Deve ser estabelecida, nesse ponto, a necessária vinculação da própria administração pública em relação a casos similares que ela própria tenha desenvolvido, no mesmo âmbito de serviço público concedido, não no sentido de ter que proferir idêntica decisão, mas no sentido de aprimoramento da qualidade da sua decisão, mediante a motivação explícita que explique a modificação de entendimento.

Trata-se de uma solução que prestigia a isonomia, tanto ao tratar das excepcionalidades como elas merecem, com rigor na sua motivação, quanto ao estabelecer uma justa resposta a todos os potenciais interessados na exploração da concessão de serviço público, seja a potenciais entrantes, seja aos concessionários estabelecidos.

Outra mudança de postura administrativa é relacionada com o respeito ao conteúdo do contrato. Deve haver deferência ao instrumento contratual que seja celebrado pela administração concedente para regular as relações do pacto concessório, inclusive se ele trazer detalhamento na aplicação da técnica prorrogatória. A postura do poder concedente, limitada à lei e ao direito de forma ampla, exige respeito às cláusulas pactuadas, sob pena de se gerar imprevisibilidade e insegurança jurídica e violação à confiança legítima do administrado. Esse raciocínio deve ser empregado prioritariamente nos casos em que haja transição de marcos regulatórios e haja necessidade de se definir a aplicabilidade, ou não, de seus termos ao instrumento contratual, afetando, ou não, diretamente a prorrogação concessória.

6.4. COMO ENFRENTAR O DESAFIO DAS PARTICULARIDADES DOS REGIMES SETORIAIS

No que diz respeito ao enfrentamento das especificidades dos regimes setoriais, vislumbramos que os métodos de integração hermenêutica podem constituir um mecanismo satisfatório para o aprimoramento das ações e relações tratadas no pacto concessório. E, também, apontamos que a administração pública deve observar, no quanto possível, assimilar as práticas administrativas setoriais de bom resultado, naquilo que não conflitem nos setores regulados que sofrerão com a importação de método.

Por bom resultado, consideramos os modelos contratuais que tenham cláusula prorrogatória aplicada em concreto e não tenham sofrido impugnações pelas instâncias de controle. Também positivo o resultado se obrigatoriamente esses modelos foram examinados pelas instâncias controladoras por força de comando normativo de fiscalização, tenham sido confirmadas as escolhas administrativas adotadas pelo poder concedente, tanto na perspectiva da fixação concreta no instrumento da cláusula prorrogatória, quanto na da ativação da cláusula prorrogatória.

A ideia do regime setorial não é e nem deve ser excludente em relação à sistematização do regime jurídico geral mínimo das prorrogações.

6.5. COMO SOLUCIONAR AS POSSÍVEIS ANTINOMIAS NO EMPREGO DA TÉCNICA DA PRORROGAÇÃO CONCESSÓRIA

A sistematização proposta também busca resolver aparentes antinomias vislumbradas pela administração concedente quando da ativação da cláusula prorrogatória, ou de sua previsão no instrumento contratual de concessão.

A principal das antinomias a ser superada está sustentada naquela em que se atribui a alternativa à administração concedente de, no cabo do prazo originário do contrato de concessão, licitar novamente o serviço para obter uma proposta mais favorável, ou prorrogar, repercutida a mesma dúvida quando se tratar de um caso em que a concessão já obteve uma prorrogação e a discussão se dá quando do final do prazo prorrogado.

A resposta extraída da livre e objetiva interpretação do artigo 175 da Constituição Federal de 1988 conduziria à resposta, no caso segundo, do final do prazo prorrogado, a relicitação, enquanto poderia haver certa tensão em relação ao primeiro tema, de prorrogação ao cabo do prazo originário.

Temos que a leitura do artigo 175 da Constituição Federal, com efeito, é mandatória ao fixar que a administração pública deve realizar o processo licitatório como modalidade procedimental para regular o acesso dos particulares à atividade concedida, que tem potencial lucrativo e repercussão na vida de usuários de serviços públicos. Vemos, nesse dispositivo, uma clara intenção de promoção de licitações periódicas, à vista do caráter necessariamente temporário de uma concessão de serviço público.

Mas a leitura interpretativa desse dispositivo não pode descurar de outros princípios tão caros à administração pública, notadamente aqueles relacionados à eficiência administrativa e que a colocam como gestora responsável dos recursos públicos, reputados escassos, e indutora de comportamentos positivos em prol da coletividade.

Quero dizer que a administração pública não está obrigatoriamente e a todo momento, quando de adventos de termos finais de concessões de serviço público sujeita a licitar a concessão de serviço público, podendo existir casos em que a solução da técnica prorrogatória seja a mais aderente para o atingimento da finalidade pública buscada com a concessão de serviço público³¹².

³¹² Carlos Ari SUNDFELD e André ROSILHO, com admirável poder de síntese e tentando responder à indagação “onde está o princípio universal da licitação?”, ponderam que a não-licitação pode ser solução juridicamente adequada e a licitação não constitui a única maneira de atender aos princípios constitucionais que a determinam como regra de procedimento para a outorga de direitos aos particulares, podendo ser mandatória em certos casos por previsão expressa do texto constitucional, e noutras, apenas indicativa. Dão como exemplo o caso do setor de radiodifusão, em que para a outorga dos serviços não é constitucionalmente indicado ou mandatório um processo de licitação. E, especificamente sobre a regra do artigo 175, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal, consideram o seguinte: “Terminado o prazo de vigência de uma concessão, cabe à lei e à Administração decidirem se, para um novo período, será aberta uma disputa por meio de licitação entre potenciais interessados ou se será mantido o concessionário anterior, por meio de prorrogação de seu contrato. É uma decisão política, evidentemente informada por elementos técnicos, mas em que o princípio de igualdade entre potenciais interessados não é o determinante. E a experiência histórica mostra que a opção de prorrogar é não só muito frequente como conveniente, inclusive para evitar os conflitos que o antigo concessionário tem todo interesse e a possibilidade de criar, na tentativa de se manter no negócio”. Ou seja, na regra geral, do artigo 175, a licitação é apontada como mandatória, mas nada impede que outros sistemas convivam na Constituição Federal de 1988, inexistindo, portanto, um princípio universal da licitação, situação essa que poderia induzir consequências negativas e limitativas da condução da gestão pública.

Devemos recordar que o instrumento de concessão de serviço público, por ser durável no tempo, deve estar sujeito a se adaptar às dinamicidades próprias da evolução das tecnologias e das necessidades públicas³¹³, devendo ser pensado numa lógica de longo prazo e das possibilidades eventuais de que as expectativas do pacto concessório sejam, de fato, concretizadas – no caso de ativação da prorrogação própria situada no contrato de concessão – e medidas excepcionais sejam tomadas, por meio de prorrogação da concessão de serviço público imprópria.

Talvez, para que a conduta administrativa que, no condão de prorrogar um vínculo de concessão de serviço público em detrimento de abertura de novo processo licitatório, não esteja sujeita a questionamentos, uma mudança legislativa, de ordem constitucional, possa ser necessária –e até incentivada – a fim de dispor a exata preocupação do Estado na sua organização administrativa para a prestação dos serviços públicos, seja de forma direta, ou indireta, elencando de maneira clara as possibilidades de dispensa ou inexigibilidade da licitação, ou a adstringência da escolha pela prestação indireta a outros valores que não exclusivamente a realização de licitação pública prévia. O instrumento do projeto de lei também seria adequado, já que a própria Constituição, no artigo 175, determina o emprego desse veículo para a formulação da regulação dos contratos de concessão de serviço público, o que incluiria a disciplina sobre as formas com que a licitação deveria ser utilizada e seu regime de excepcionalidades.

Por outro lado, é necessário o aprimoramento qualitativo do debate relacionado à exigência da licitação prévia obrigatória às concessões. O momento de transição provocado pela Constituição Federal de 1988 está prestes a se encerrar. As concessões que serão vincendas num horizonte de médio prazo já, essencialmente, terão sido licitadas na sua origem. O problema do dever de licitar anterior à contratação de concessão de serviços públicos tende a desaparecer como um problema relevante. O que se

³¹³ Egon Bockmann MOREIRA faz preciso diagnóstico sobre a necessidade de se repensar as categorias tradicionais do direito administrativo para o enfrentamento dos desafios contemporâneos. No caso, aponta a necessidade de se encarar a concessão de serviço público como um instrumento de governo suscetível ao tempo administrativo e à regra de mutabilidade, uma vez se tratar de um contrato intrinsecamente incompleto, feito para durar com prazo de vigência grande. Aponta se tratar esse instrumento de governo de um “novo modelo de definição, concretização e controle de políticas públicas de longo prazo”, envolvendo serviços públicos de relevância financeira, econômica e política, que não necessariamente carregam efeitos previsíveis ao longo de sua execução. Conclui por afirmar que “a segurança contratual advém da certeza de sua mudança”. MOREIRA, Egon Bockmann. “O Contrato administrativo como instrumento de governo”. Em: MARRARA, Thiago (coord.). Direito administrativo: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014, p. 503-515.

trará como nova perspectiva é se a prorrogação realmente significará uma decisão pública que atenda o interesse público, nas suas mais variadas configurações, a de desenvolver um método atualíssimo e sustentável de prestação com menor impacto ambiental, ou o de prestar um serviço de excelência ao cidadão, cada vez mais influenciado pelas informações e pelo progresso tecnológico, a de tornar efetiva a universalização do serviço público a todo o país, atingindo os seus rincões, ou se essa atividade não seria uma prioridade a ser pensada num curto prazo. São todas decisões que envolvem a ponderação de interesses em jogo, e devem ser objeto de questionamento futuro, qualificando o debate a respeito do uso da técnica prorrogatória nas concessões de serviço público.

A esse respeito, notamos que o controle jurisdicional, ao menos na grande maioria dos resultados prospectados, não desce ao mérito da decisão administrativa. Compreendemos que a noção de intangibilidade do mérito do ato ou decisão administrativa também merece ser reavaliada, a fim de que o controle seja praticado não somente no aspecto do atendimento da legalidade estrita do ato prorrogatório, mas também sob outras vertentes, como o respeito à economicidade, à eficiência, à moralidade, à impessoalidade, à razoabilidade e outros valores caros à administração pública contemporânea. Daí que o estabelecimento de prazos máximos às prorrogações de concessão não se mostra uma saída interessante, pois, as decisões administrativas tendem a colher os benefícios e os custos de se determinar uma concessão com curtíssimo ou longuíssimo prazo, não sendo apropriado, “ex ante”, e sem definição de um estudo detalhado sobre os impactos de uma tal legislação, que a discricionariedade administrativa seja limitada nesse aspecto. O controle, logicamente, pode ser efetuado “ex post”, depois que a contratação pública seja definida no prazo determinado e com a possibilidade de prorrogação, sob as variadas diretrizes materiais acima destacadas.

6.6. CONCLUSÕES FINAIS

A título de conclusões finais, avalio que o estudo teve por objeto problematizar um aspecto da contratação pública contemporânea e enfatizar as suas múltiplas possibilidades de exteriorização.

A prorrogação das concessões de serviço público merece um tratamento específico, detalhado e previsível com o desígnio de garantir o seu fim máximo, que é exatamente a garantia da continuidade da prestação do serviço público.

A sistematização imaginada e sugerida a um regime jurídico geral e mínimo dessa prorrogação concessória tenta fornecer os instrumentos e direções para que a atuação dos envolvidos no pacto concessório de serviço público esteja aliada e concomitante à realização do tempo administrativo. Posturas desconectadas do tempo administrativo se revelam intempestivas, incorretas e ineficazes, ante o potencial de sua vulnerabilidade perante as instâncias de controle e a não aceitação dos administrados negativamente impactados com essa posição. Compreender a prorrogação da concessão de serviço público como uma técnica, dotada de procedimentos e transparência, representa a valorização desse mecanismo notável da ação administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. BOEHM, Camila; BOCCHINI, Bruno. Prefeitura de São Paulo lança edital de concessão do novo modelo de transporte. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/10/prefeitura-de-sao-paulo-lanca-edital-de-concessao-do-novo-modelo-de-transporte>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

ALENCAR, Dilermando de Gomes. “Prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de serviço público”. Em: Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C. Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 34, out./dez. 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 5a. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Contrato administrativo no Brasil – Aspectos críticos da teoria e da prática”. Em: Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. / ago., 2012.

ÁLVARES, Walter T. Curso de Direito da Energia. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ALVES, Alaôr Caffé. Saneamento básico – concessões, permissões e convênios públicos. São Paulo: Edipro, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público. 2ª ed., rev. Atual, e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”. Em: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 42, n. 167, p. 293-310, jul./set.2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs”. Em: Revista de Direito Administrativo: RDA, Rio de Janeiro, n. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. “A Nova Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e Obras Públicas”. Em: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90, p. 267-292, 1995.

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. Prorrogação compulsória de contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br. Acesso em: 17 de julho de 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Parecer de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Em: CARVALHO, André Castro (org.), Contratos

de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 51-66.

BARROSO, Luís Roberto. “Concessões de geração do setor elétrico brasileiro. Reformulação do setor pela Lei 9.074/1995. Regime de Transição, prazos e poder/dever de autotutela da Administração Pública”. Em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio *et al* (coords.). Direito Administrativo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 501-535.

BATISTA, Romário de Oliveira. “Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no Setor elétrico (sem licitação): verdades, meias-verdades e pontos para reflexão”. Em: Direito regulatório da energia Elétrica, Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Romario.pdf. Acesso em 20 de março de 2014.

BORELLI, Raul Felipe. Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: www.teses.usp.br. Acesso em: 17 de julho de 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. “Concessões rodoviárias”. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261.html>. Acesso em: 15 de dezembro de 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Aspectos legais e constitucionais acerca das concessões de energia elétrica a vencer em 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e->

pesquisa/publicacoes/estnottec/tema16/2010_1265.pdf. Acesso em: 20 de março de 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Prazo nos Contratos Públicos”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 339-353.

CARVALHO, Vinícius Marques de. O Direito do Saneamento Básico. Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Meta 1/2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/meta_um.pdf. Acesso em: 17 de julho de 2014.

COSTA, Maria D'Assunção; BONFIM, Natalia Felipe Lima. “Prorrogação dos contratos de concessão: aspectos gerais”. Em: Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56971>. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

COSTA FILHO, Paulo Gesteira. “Considerações sobre a prorrogação das concessões no setor elétrico brasileiro”. Em: Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório. São Paulo, MP Editora, n. 1., p. p. 143-173, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. “Concessão de serviço público – sucessão e subconcessão – Exploração de serviço local de transporte coletivo – Advento de nova lei e respeito aos direitos adquiridos”, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.), Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume V, “Serviços Públicos e Poder de Polícia”. São Paulo: RT, 2013, p. 1015-1030.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do Estado na economia: definição e instrumentalização. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (autora e organizadora). “Concessão de serviço público. Fixação e prorrogação do prazo”. Em: Temas Polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed., rev. e ampl., 3. Tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 350-352.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo: pareceres. São Paulo: Atlas, 2015, p. 268-294.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha. “A Cobrança pela Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações de Serviços de Telecomunicação”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n. 6, ano 2, Abril/Junho 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12766>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2016.

FEIGELSON, Bruno. Curso de direito da infraestrutura: lógica e transporte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. “Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 197/227, out./dez. 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO, “Serra e Dilma fazem acerto para a Cesp”. Publicação de 07 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2008/09/442254-serra-e-dilma-fazem-acerto-para-a-cesp.shtml>. Acesso em 18 de julho de 2014.

FREITAS, Rafael Vêras de; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. “A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos”. Em: Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 145-162, set./out.2015.

GIACOMUZZI, José Guilherme. “O dever constitucional de licitar e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo”. Em: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 70, Porto Alegre, p. 183-206, set. 2011-dez. 2011. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166308.pdf. Acesso em: 28 de dezembro de 2013.

GIANINI, Flávia; ROSSI, Marina. Dilma lança maior pacote de concessões. Disponível em: <http://guilhermebarros.istoedinheiro.com.br/2012/08/11/dilma-anuncia-maior-plano-concessoes-desde-a-privatizacao-da-telefonia/> Acesso em: 23 de outubro de 2012.

GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. O Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999.

GONÇALVES, Pedro da Costa. A Concessão de Serviços Públicos: uma aplicação da técnica concessória. Coimbra: Almedina, 1999.

GONZALEZ, Jorge Agudo. “El tiempo en las concesiones de servicio publico. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia”. Em: Revista General de Derecho Administrativo, n. 26, Enero, 2011, p. 31-32. Disponível em: www.iustel.com. Acesso a versão gentilmente disponibilizada pelo autor em 05 de novembro de 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Saneamento e Energia. Seção “Histórico”. Disponível em: <http://www.saneamento.sp.gov.br/historico.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico”. Em: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coords.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15-48.

GROSSMANN, Luís Osvaldo. “A exemplo do setor elétrico, governo estudar prorrogar concessões de telecom”. Disponível em: <http://convergiadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=29659&sid=8>. Acesso em: 18 de julho de 2014.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. “Princípio da continuidade do serviço público e dever de licitar”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 18, p. 221-252, abril-junho/2007.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. “Prorrogação das concessões do setor elétrico”. Em: Revista JC. Publicada em 23 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2013/06/prorrogacao-das-concessoes-do-setor-eletrico/>
Acesso em: 15 de julho de 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. “As diversas configurações da Concessão de Serviço Público”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 1., p. 95-136, jan./mar. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos – comentários às Leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

KELMAN, Jerson; VERAS, Luiz Antonio R. “A Constituição Federal e o Setor Elétrico Brasileiro”. Em: Revista Justiça & Cidadania, edição 99. Editora JC, data de publicação outubro de 2008). Disponível na *internet*: <http://www.editorajc.com.br/2011/07/a-constituicao-federal-e-o-setor-eletrico-brasileiro/> Acesso em: 18 de março de 2014.

LANDAU, Elena. “Concessões de energia elétrica: prorrogar ou licitar?”. Em: Regulação jurídica do setor elétrico. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111-132.

LEITÃO, Alexandra. O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais. Intervenção apresentada no “V Encontro de Professores de Direito Público”, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público” e que se realizou nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.icjp.pt>. Acesso em: 08 de julho de 2014.

LOPES, Cristiano Aguiar. “Regulação das Outorgas de Radiodifusão no Brasil – uma breve análise”. Estudo publicado em dezembro de 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Raciocínio Jurídico e Economia”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n. 8, ano 2, Outubro/Dezembro 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12790>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre: Fabris Editor, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico e a Medida Provisória n. 579/2012”. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* (coords.), Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013, p. 903-919.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.” Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), Parcerias público-privadas. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 298-348.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões”. Em: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 159, p. 193-197, jul./set. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alterações das condições econômicas – princípio de atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração”. Em: Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 22, p. 105-123, 1998.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Concessões em telecomunicações: perspectivas para um serviço em extinção”. Em: Revista de direito público da economia - RDPE. Belo Horizonte, v. 13, n. 52, p. 133-146, out./dez. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Do contrato administrativo à administração contratual”. Em: Revista do Advogado, AASP, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dezembro de 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Fundamentos e Conceituação das PPP”. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13-29.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “O prazo de duração nos contratos de concessão de serviços e de obras públicas ante a Lei 8.666/93”. Em: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, n. 77, p. 44-47, jun./jul./ago. 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

MASAGÃO, Mario. Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 1933.

MEDAUAR, Odete. “Notas sobre a contratualização na atividade administrativa”. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 1, n. 1., p. 241-249, mar./ago. 2012.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª ed. Revista e atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e Jose Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Thalita Bizerril Duleba. “A prorrogação do prazo contratual como meio de recompor a equação econômico-financeira do contrato administrativo”. Em: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 26, abr. 2009. Disponível

em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?I=pt&informativo=26&artigo=69>.
Acesso em: 18 de outubro de 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “MPF é contra prorrogação do contrato de concessão da Usina de Jaguará para Cemig”. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-e-contr-a-prorrogacao-do-contrato-de-concessao-da-usina-de-jaguara-para-cemig. Acesso em: 15 de julho de 2015.

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. “O Contrato administrativo como instrumento de governo”. Em: MARRARA, Thiago (coord.). Direito administrativo: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014, p. 503-515.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Vários motivos para se pensar na prorrogação dos contratos de concessão”. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/varios-motivos-para-se-pensar-na-prorrogacao-dos-contratos-de-concessao-3zgdpm80r6dvxpvt1w8dmnfq>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas concessões, permissões & parcerias. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O ESTADO DE SÃO PAULO, “Sem interessados, leilão da Cesp fracassa mais uma vez”. Publicação em 25 de março de 2008. Disponível em:

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sem-interessados-leilao-da-cesp-fracassa-mais-uma-vez,145533>. Acesso em: 18 de julho de 2014.

O GLOBO. “CCR negocia construir nova subida da Serra das Araras”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/negocios/ccr-negocia-construir-nova-subida-da-serra-das-araras-18165967>. Acesso em: 28 de novembro de 2015.

O GLOBO. “TCU diz que concessões aéreas são irregulares”. Notícia publicada em 10 de abril de 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/tcu-diz-que-concessoes-aereas-sao-irregulares-3617445>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MONTES, Danilo Leal. “Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções.” Em: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, Fórum, v. 46, p. 75-95, 2011.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. “Concessão de serviço público e sua natureza jurídica”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.), Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume V, “Serviços Públicos e Poder de Polícia”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 199-213.

PEREIRA, César A. Guimarães. “A Medida Provisória n. 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil”. Em: Interesse Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 77, p. 129-147, jan./fev. 2013.

PEREIRA, César A. Guimarães. “Notas sobre a licitação no setor de transportes de passageiros na jurisprudência dos Tribunais Superiores”. Disponível em:

<<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=86&artigo=1135&l=pt>>

Acesso em: 30 de setembro de 2015.

PEREIRA, César A. Guimarães. O Novo regime jurídico das concessões previstas no art. 42, § 2º, da Lei 8.987. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=2&artigo=712&l=pt#>.

Acesso em: 20 de março de 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. 1ª Ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. “Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas”. Em: ALMEIDA, Fernando Menezes de *et al.* (coords.), Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 475-490.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Município disponibiliza resultado completo da verificação independente do transporte. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/5157>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. “Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública – Problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais”. Em: Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

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

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. La prorroga en los contratos administrativos: concepto, funcionalidad y regimen en los contratos de obras y en los de gestion de servicios publicos. Madrid: Editorial Montecorvo, 1988.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Impulsionando a administração a agir: o papel dos prazos administrativos nas leis sobre políticas públicas. In: Revista Brasileira de Direito Público: RBDP, Belo Horizonte, v. 11, n. 40, p. 199-220, jan./mar. 2013.

SANTOS, José Anacleto Abduch. “O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos – a manutenção das condições originais da proposta à luz da Lei n. 8.987/95”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 187-217, jul./set. 2015.

SANTOS, Reginaldo Souza. “Em busca da apreensão de um conceito para a administração política.” Em: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, volume 35, número 5, p. 68, p. 49-77, set./out. 2001.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. “Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Em: Interesse Público, ano VIII, 2006, n. 38, jul./ago. de 2006. Porto Alegre: Notadez, p. 85-111.

SCHIRATO, Vitor Rhein. “A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos”. Em: Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, jun. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. Em: ALMEIDA, Fernando Menezes de *et al.* (coords.), Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 565-588.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. “O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos”. Em: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. “Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário”. Em: PEREIRA, César; SCHWIND, Rafael Wallbach (orgs.). Direito portuário brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 494-518.

SCOTT, Robert E. “Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts”. Em: California Law Review, vol. 75, nº 6 (dec. 1987), pp. 2005-2054. Publicado por: California Law Review Inc. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3480547> e <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1913&context=californialawreview>. Acesso em 18 de março de 2014.

SILVA, Danilo Tavares da. Transportes terrestres: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações e regulação. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Convênio administrativo de delegação de serviço público de saneamento básico: regime jurídico. Dissertação de mestrado orientada pelo professor Sebastião Botto de Barros Tojal e defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ano de 2006.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. “A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias público-privadas. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 349-379.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), Contratações públicas e seu controle. São Paulo, Malheiros, p. 177-220.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani. “Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária”. Em: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). Direito administrativo Brasil-Argentina, Estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 28-44.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência”. Em: Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 16, ano 4, outubro/dezembro 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51178>>. Acesso em: 04 de agosto de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Cumprimento contratual”. Em: MELLO, Marco Aurélio e outros. Concessão de rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 35-55.

SUNDFELD, Carlos Ari. “É possível incluir na concessão de telefonia metas de universalização úteis e outros serviços de telecomunicações?” Em: SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres de direito administrativo. São Paulo: RT, 2013, v. 1, p. 319-336.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O saneamento básico e sua execução por empresa estadual”. Em: Revista Diálogo Jurídico, Salvador-BA, ano 1, vol. I, n. 5, agosto de 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 17 de julho de 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho. “Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos”. Em: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan./mar. 2013. Disponível em: www.bidforum.com.br. Acesso em: 14 de julho de 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (org.), Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. “Onde está o princípio universal da licitação”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19-37.

TÁCITO, Caio. “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”. Em: Revista Forense, vol. 194, p. 15-22, abril/maio/junho de 1961.

TÁCITO, Caio. “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – exemplo brasileiro”. Em: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, 1995.

TRINDADE, Karla Bertocco. “A Construção de um novo modelo institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo”. Em: Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 287-313.

TORGAL, Lino. “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”. Em: GONÇALVES, Pedro Costa (director), Revista de Contratos Públicos, Lisboa, n.1, Jan.-Abr.2011, p. 219-263.

VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. “Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem?” Em: Revista Ambiente & Sociedade, Vol. VII, n. 2, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n2/24688.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2014.

VIÉ, Jean-Émile. “Le temps administratif”. Em: La Revue Administrative, Presses Universitaires de France, 53e Année, N. 1., 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40773350>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

VILLAR, José Alberto da Costa; ETTER, Antonio Roberto Nucci. “Prorrogação dos contratos de concessão dos serviços de transporte público.” Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, vol. 6, tomo I, p. 157-178, ano 2000.

WALD, Arnaldo, *et al.* O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2a ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.