

DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC
SERVICE CONCESSIONS

Recebido: 13.08.2019 Aprovado: 25.10.2019

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

Doutorando Pontifícia Universidade Católica - SP
(PUC/SP). Advogado e consultor na área do
Direito Administrativo.

Email: felipemvg@hotmail.com

RESUMO: Este artigo trata da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Ele justifica-se, dentre outras razões, porque a prorrogação antecipada de inúmeras concessões foi autorizada recentemente no Brasil por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País. Assim sendo, o objetivo deste artigo é verificar se a prorrogação antecipada é, ou não, compatível com a Constituição da República. E a hipótese de pesquisa é que essa espécie de prorrogação é constitucional. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é compatível com a Constituição da República, o que confirma a hipótese de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo. serviço público. concessão. prorrogação antecipada. constitucionalidade.

ABSTRACT: This article deals with the early prorogation of the public service concessions. It is justified, among other reasons, because the early prorogation of numerous concessions was recently authorized in Brazil by several normative acts, so that the theoretical and practical interest for the theme really is very great at this moment in our country. Therefore, the purpose of this article is to verify whether the early prorogation is or is not compatible with the Brazilian Constitution. And the research hypothesis is that this species of prorogation is constitutional. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the early prorogation of the public service concessions is compatible with the Brazilian Constitution, which confirms the research hypothesis.

KEYWORDS: Administrative law. public service. concession. early prorogation. constitutionality.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Espécies de prorrogação. 1.1 Prorrogação por emergência. 1.2 Prorrogação por reequilíbrio. 1.3 Prorrogação por interesse público. 1.3.1 Subespécies de prorrogação por interesse público. 1.3.1.1 Prorrogação comum. 1.3.1.2 Prorrogação antecipada. 2 Constitucionalidade da prorrogação antecipada. 2.1 Cânone de interpretação constitucional útil para a interpretação da CRFB/88, art. 175, par. ún., I. 2.2 Resultado da aplicação do princípio da máxima efetividade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, nós analisaremos a prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a chamada “prorrogação antecipada” dessas concessões.

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

Assim sendo, nosso objetivo consiste em verificar se a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é, ou não, compatível com a Constituição da República. E nossa hipótese de pesquisa é que essa espécie de prorrogação é constitucional.

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

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, nós apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação antecipada. E, na segunda, nós verificaremos a compatibilidade dessa espécie de prorrogação com a Constituição da República. Ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

1 ESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “prorrogação” dessas concessões; *verbis*:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua *prorrogação*, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (BRASIL, 1988, grifo nosso)

No exercício da competência legislativa supracitada, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas), art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), art. 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei

12.815/13 (Lei do Setor Portuário), art. 57, 62, 66 e 67; e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32.

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público – ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público, a qual se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada¹.

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

1.1 PRORROGAÇÃO POR EMERGÊNCIA

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

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 32, que, se houver “estudo ou licitação em andamento”, e se não houver “tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato”, o Poder Concedente poderá “estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço” (BRASIL, 2017)².

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

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

Quando uma concessão de serviço público chega a seu termo, via de regra, o serviço não para ex-abrupto, porque a Administração, dispondo de tempo suficiente, publica os editais com antecedência, faz a licitação ou, então, a título precário, prorroga por seis meses, doze meses, exatamente para que não haja a solução de continuidade na prestação do serviço público. (BRASIL, 1993, grifo nosso)

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

4. *Ressalta-se que a eventual paralisação na prestação do serviço de transporte público de que trata a presente demanda, coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço, em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal, anterior à conclusão do procedimento licitatório, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. Assim, visando à continuidade do serviço público de transporte e o interesse de toda coletividade, autoriza-se a realização do procedimento licitatório no prazo de até um ano, independentemente do trânsito em julgado, momento em que cessam os efeitos dos contratos em questão.* (BRASIL, 2014, grifo nosso)

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

De fato, Moraes (1957, p. 447-457)³ ensina que a prorrogação por emergência (cujo “fundamento jurídico” reside no “princípio da continuidade do serviço público”) visa a afastar o “perigo de cessar, abruptamente, um serviço público”, tendo lugar em caso de “urgente necessidade pública”, configurada, quando, ao fim da concessão, “a Administração não se mostrar em condições de executar, por si ou por outrem, o serviço”, o que “obriga o concessionário a uma prorrogação razoável, mediante, porém, justa indenização”; por fim, o autor acrescenta que o Poder Concedente tem “a faculdade de coagi-lo [ou seja, o concessionário], caso ele se recuse a continuar a exploração”, sendo certo que “[q]uem aceita colaborar num serviço público sabe ou deve saber que corre êsse risco”.

1.2 PRORROGAÇÃO POR REEQUILÍBRIO

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

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11, o qual, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato” (BRASIL, 2011)⁴.

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

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

A explicação da Prefeitura foi cabal: funcionava na Quinta da Boa Vista, há mais de cinco anos, um parque de diversões. A Prefeitura precisou do local

para instalação do Jardim Zoológico, transferido para aquela Quinta. Entrou em entendimento com o proprietário do parque, que se mudou para outro local, na mesma Quinta. *Como, porém, essa transferência acarretaria despesa para o concessionário, do acordo constou que ele teria, como indenização dessas despesas, prorrogada por mais três anos a autorização.*

Desse ato não resultou qualquer violação de direito do impetrante, desejoso de inscrever-se numa hipotética concorrência pública. (BRASIL, 1953, grifo nosso)

E, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público⁵] poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, constante do Acórdão TCU n.º 774/16-Plenário; *verbis*:

Em conclusão, tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado. (BRASIL, 2016b, grifo nosso)

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

De fato, Mello, C. (2009, p. 57-65)⁶ leciona que a prorrogação por reequilíbrio se destina a “manter o equilíbrio do contrato” de concessão, sem, contudo, “agravar os usuários com o aumento das tarifas” nem “implicar ônus algum para o Poder Público” (ou melhor, para o “erário público”), sendo realizada – independentemente de “previsão permissiva em lei” e/ou “no edital ou no contrato” – por prazo suficiente para que a concessionária “possa haurir, compensatoriamente, o equivalente ao que perceberia em um lapso temporal menor, se as tarifas houvessem sido reajustadas”.

1.3 PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que estejam presentes os pressupostos específicos da medida⁷ e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações será, no “máximo”, de “vinte anos”, podendo ser prorrogado “uma única vez, por igual período”, desde que a concessionária “tenha cumprido as condições da concessão” e aceite os “condicionamentos” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações em vista das circunstâncias vigentes à época – dentre outros, o

“pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço” e do “direito de uso das radiofrequências associadas” (BRASIL, 1997)⁸.

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

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

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

[...]

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

[...]

Como salientado anteriormente, o prazo contratual definido tinha seu término previsto para 28/8/13. Após essa data, não havia qualquer garantia de continuidade do contrato, *salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa) e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos, dentre eles: (i) cumprimento do contrato e (ii) a implementação das disposições regulamentares que viessem a ser estabelecidas para o setor elétrico (primeira subcláusula da cláusula quarta do contrato).* (BRASIL, 2018, grifo nosso)

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

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

[...]

12. Nesse contexto, preliminarmente à análise de mérito do relatório de acompanhamento, em face da relevância e ineditismo da matéria sob exame, três *questões jurídicas fundamentais* suscitaram o envio deste processo para

manifestação do Ministério Público junto ao TCU: i) *a constitucionalidade da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento*; ii) a regulamentação do art. 57, da Lei dos Portos, por meio de portaria da Secretaria de Portos; e iii) a atribuição de competências à ANTAQ a partir da referida norma infralegal.

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

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

[...]

14. Destarte, *ao anuir, integralmente, às razões fundamentadas no parecer do MPTCU*, passo ao exame da matéria de fundo dos trabalhos de fiscalização. (BRASIL, 2015a, grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, o Plenário do Tribunal de Contas da União considerou “constitucional” a prorrogação de todas as concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica pelo prazo de trinta anos (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de licitação pública. De fato, os Ministros da Corte de Contas concordaram que a licitação simultânea de todas as concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (ou seja, de quarenta e três concessões de distribuição, que atendiam, em conjunto, dezoito Estados da Federação, fornecendo energia elétrica a cerca de cinquenta milhões de unidades consumidoras, e movimentando, diretamente, em torno de sessenta bilhões de reais, o que representava, no ano de 2014, aproximadamente cinquenta por cento do mercado e da receita de distribuição nacionais), na conjuntura econômica e política do País existente àquela época (isto é, em um contexto de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontrava o segmento de distribuição), traria riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do País do que a opção pela prorrogação. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/15-Plenário; *verbis*:

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

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

42. Portanto, diante dos riscos envolvidos na realização das licitações neste momento, e não vislumbrando, no caso concreto, incompatibilidades entre os motivos apresentados pelo Poder Concedente e a discricionariedade conferida pela legislação, *considero justificada a opção pela prorrogação das concessões conferida no art. 7.º, da Lei 12.783/2013, desde que atendidos os critérios ali estabelecidos.*⁹ (BRASIL, 2015b, grifo nosso)

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

De fato, Meirelles (1981, p. 47-48)¹⁰ ensina que a prorrogação dos contratos de concessão de serviço público – “é admitida em nosso direito”, desde que: (i) haja “expressa previsão” no edital de licitação – a qual “é necessária à correta formulação das propostas”; (ii) exista “interesse para o serviço público”; e (iii) haja “concordância das partes”.

1.3.1 SUBESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO

Conforme o momento em que é realizada, a prorrogação por interesse público pode ser classificada em: (i) prorrogação comum; e (ii) prorrogação antecipada¹¹.

Vejamos, então, no que consiste cada uma delas.

1.3.1.1 PRORROGAÇÃO COMUM

Prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 4.º, I, que a prorrogação comum das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada ao “término da vigência do ajuste” (BRASIL, 2017).

1.3.1.2 PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

Prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga¹².

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

- (i) na Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 12, que o Poder Concedente poderá “antecipar os efeitos da prorrogação” das concessões do serviço público de energia elétrica, respeitado o limite máximo de antecipação de “até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual” (BRASIL, 2013a);
- (ii) na Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, que o Poder Concedente poderá realizar a “prorrogação antecipada” dos arrendamentos portuários contratados sob a vigência da Lei 8.630/93 (BRASIL, 2013b); e
- (iii) na Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 4.º, II c.c 6.º, § 1.º, que a “prorrogação antecipada” das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada “antes do término da vigência do ajuste”, respeitado o limite máximo de antecipação de “50% (cinquenta por cento) [...] do prazo originalmente estipulado” (BRASIL, 2017).

A finalidade da prorrogação antecipada consiste em permitir que o Poder Concedente obtenha, imediatamente, certos benefícios que ele só lograria ao final da concessão, com a nova licitação pública ou a prorrogação comum. Exemplo: (i) auferir receitas públicas com o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) reduzir o valor da tarifa proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) promover novos investimentos na concessão; (iv) extinguir o caráter de exclusividade da outorga; e/ou (v) solucionar grandes conflitos administrativos setoriais. De fato, a

perspectiva da extensão de prazo tende a convencer a concessionária a consentir com os benefícios que se fizerem necessários ao interesse público.

Por fim, para ilustrar a finalidade da prorrogação antecipada, convém apresentarmos os objetivos específicos buscados com a antecipação da prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica, portuário e rodoviário/ferroviário, constantes, respectivamente, das exposições de motivos das MP 579 e 595/12 e 752/16, posteriormente convertidas nas Leis 12.783 e 12.815/13 e 13.448/17. Vejamos:

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

Vistas as características específicas da prorrogação antecipada, verifiquemos, agora, se essa espécie de prorrogação é, ou não, compatível com a Constituição da República.

2 CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

Na seção 1 acima, vimos que o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside, em nível constitucional, na CRFB/88, art. 175, par. ún., I.

Nesse sentido, para verificarmos se a prorrogação antecipada é, ou não, compatível com a Constituição da República, nós precisamos interpretar essa norma constitucional.

2.1 CÂNONE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ÚTIL PARA A INTERPRETAÇÃO DA CRFB/88, ART. 175, PAR. ÚN., I

A interpretação constitucional é a atividade técnica por meio da qual o intérprete determina o conteúdo (sentido e alcance) das normas constitucionais. Essa atividade é realizada com base em diversos cânones desenvolvidos pela hermenêutica jurídico-constitucional. Os cânones de interpretação constitucional são reciprocamente complementares, devendo, sempre que possível, ser aplicados em conjunto. Entretanto,

sua aplicação pode produzir resultados contraditórios, não havendo critérios (incontestáveis) para a solução de eventuais conflitos. Assim sendo, cabe ao intérprete selecionar, discricionariamente, o(s) cânone(s) de interpretação constitucional útil(eis) no caso concreto, orientado, sempre, pela busca da solução mais justa para o problema a resolver¹³.

A doutrina arrola diversos cânones de interpretação constitucional, chamando-os, ora de métodos (clássicos ou tradicionais), ora de princípios. Os métodos de interpretação da Constituição são os mesmos cânones de interpretação das leis em geral, desenvolvidos por Savigny (1979, p. 18-24) no final do séc. XIX; a saber: (i) o método gramatical; (ii) o método histórico; (iii) o método teleológico; e (iv) o método sistemático. Por sua vez, os princípios de interpretação constitucional, propostos mais recentemente por Hesse (1998, p. 63-69), são: (i) o princípio da unidade da Constituição; (ii) o princípio da concordância prática ou harmonização; (iii) o princípio da correção funcional; (iv) o princípio da eficácia integradora; (v) o princípio da força normativa da Constituição; e (vi) o princípio da máxima efetividade.

A nosso sentir, o cânone de interpretação constitucional útil para interpretarmos a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, e, por conseguinte, para verificarmos a compatibilidade da prorrogação antecipada com a Constituição da República é o princípio da máxima efetividade (ou da interpretação efetiva).

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

2.2 RESULTADO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

O princípio da máxima efetividade indica que, ao interpretar uma norma constitucional, o intérprete deve dar preferência ao sentido que lhe atribua a maior eficácia. Sobre o ponto, vale ressaltar que, embora seja aplicado, hoje, a toda e qualquer norma constitucional (sobretudo, às consagradas de direitos fundamentais), o princípio da máxima efetividade estava vinculado, em sua origem, às chamadas normas constitucionais programáticas¹⁴.

Pois bem.

É sabido que as normas constitucionais podem ser classificadas, dentre outras maneiras, em: (i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas de eficácia contível e aplicabilidade imediata; e (iii) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, as quais se subdividem, por sua vez, em: (a) normas definidoras de princípio institutivo; e (b) normas definidoras de princípios programáticos¹⁵. Normas constitucionais definidoras de princípio programático são aquelas que estabelecem as linhas gerais dos programas constitucionais, dependendo, pois, da edição posterior de lei integrativa para se tornarem eficazes (*rectius*: produzirem seus efeitos principais)¹⁶. Nesse sentido, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, pode ser classificada como uma norma constitucional definidora de princípio programático, tendo em vista que, por meio dela, o legislador constituinte estabeleceu, apenas, as linhas gerais do “regime [jurídico] das concessionárias e permissionárias de serviços públicos”, atribuindo ao legislador ordinário a competência para desenvolver a matéria.

Nada obstante, as normas constitucionais definidoras de princípio programático podem deixar um poder discricionário maior ou menor ao legislador ordinário¹⁷. No caso concreto, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, deixou um amplo poder discricionário ao legislador ordinário. Com efeito, embora tenha estabelecido que a prorrogação terá “caráter especial” (o que certamente limita o conteúdo da lei integrativa a que faz referência), a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, não fixou nenhum outro limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação do prazo de vigência das concessões de serviço público. Exemplo: ela não

previu que o referido instituto jurídico: (i) atenderia a tal ou qual fim; (ii) teria lugar diante de tal ou qual situação fática; (iii) poderia ser utilizado por tal ou qual prazo; (iv) dependeria da aceitação de tal ou qual condição pela concessionária de serviço público; e, para o que nos interessa mais diretamente, (v) poderia ser aplicado em tal ou qual momento da concessão.

Assim sendo, não nos parece arbitrário concluir, com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que o conceito de prorrogação constante da CRFB/88, art. 175, par. ún., I, compreende as três espécies básicas de prorrogação reguladas, atualmente, na legislação ordinária, ou seja, a prorrogação por emergência, a prorrogação por reequilíbrio e a prorrogação por interesse público e, no âmbito desta última, tanto a prorrogação comum, como a prorrogação antecipada¹⁸.

Neste momento, vale ressaltar que, conquanto seja uma tendência legislativa relativamente recente no Brasil, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público.

Com efeito, conforme visto na seção 1.3 acima, no julgamento dos TC 024.882/2014-3 e 003.379/2015-9, que trataram, respectivamente, da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário e dos contratos de distribuição de energia elétrica, o Plenário do Tribunal de Contas da União considerou constitucionais tais prorrogações, desde que observados os termos das Leis 12.783 e 12.815/13. A propósito, vale lembrar que a Corte de Contas é competente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público (Súmula 347/STF), o que, como visto, não aconteceu nos casos concretos^{19e20}.

Por sua vez, a doutrina também reconhece, aqui e alhures, a legitimidade da prorrogação antecipada como mecanismo de antecipação dos benefícios da prorrogação por interesse público.

De fato, no Brasil, Schwind (2015, *passim*)²¹ ensina que a “prorrogação antecipada” dos contratos administrativos em geral – e dos contratos de arrendamento portuário em particular – é compatível com a Constituição da República, porque: (i) “a própria Constituição contempla, expressamente, a possibilidade de prorrogação do prazo dos contratos administrativos”; e (ii) tal espécie de prorrogação visa a promover o “interesse público”, consubstanciado na “realização de investimentos imediatos no Setor Portuário”, sem que o Poder Concedente tenha que “aguardar o término dos contratos atuais” – investimentos esses que são necessários para adaptar a “infraestrutura portuária” e as “condições de prestação do serviço” às “necessidades dos usuários”, que são “cambiantes” e “forçam a sua mudança”.

Na França, Colson (1910, p. 419) leciona que “une Compagnie qui n’a plus devant elle une durée suffisante cesse nécessairement de se préoccuper avec des besoins futurs, et c’est là un grand mal”, sendo certo que, para contê-lo, “il est sage de proroger les concessions 15 ou 20 ans avant qu’elles expirent”²²; por fim, o autor acrescenta: “l’offre d’une prorogation est, à toute époque, un excellent moyen d’obtenir l’extension ou l’amélioration du service, comme on en voit actuellement de nombreux exemples pour les tramways municipaux”.

Em Portugal, Amaral e Torgal (2002, p. 547-549) afirmam, ao tratarem do “momento temporal” da prorrogação por interesse público, que “[m]ostra, ainda, a experiência em matéria de concessões que tende a diminuir, consideravelmente, nos últimos anos de exploração, o volume dos investimentos dos concessionários com a conservação e a atualização do estabelecimento da concessão”, motivo pelo qual “a prorrogação, decidida com alguma antecedência, dissipando incertezas dos concessionários interessados em prosseguir a exploração [...] poderá, porventura, contribuir para a melhoria da performance financeira da concessão”. Os autores ainda exemplificam que, em uma concessão de “35

anos”, parece razoável a prorrogação “7 anos antes do termo do prazo, e 28 anos depois do seu início”.

E, na Argentina, Escola (1977, p. 141) expõe que a prorrogação das concessões de serviço público pode ser convencionada pelas partes “durante la vigencia del contrato y antes de su vencimiento [prorrogação antecipada], o una vez producido éste [prorrogação comum]”.

CONCLUSÃO

Ao fim do presente artigo, apresentamos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- (i) a prorrogação das concessões de serviço público pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio; e (c) a prorrogação por interesse público;
- (ii) as subespécies de prorrogação por interesse público são: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada; e
- (iii) a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, dado o amplo poder discricionário conferido ao legislador ordinário para conformar o instituto jurídico da prorrogação, notadamente para determinar o momento em que tal medida administrativa pode ser aplicada.

REFERÊNCIAS

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

AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. In: AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002. cap. 9.

AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4, 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 19-77.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão.

Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 2012. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20595-2012?OpenDocument>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 00306/2016 MP/MTPA, de 7 de novembro de 2016. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 nov. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 37/MME/MF/AGU, de 11 de setembro de 2012. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 2012. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20579-2012?OpenDocument>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e

10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 jan. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Resolução ANTAQ nº 3.220, de 22 de novembro de 2014. Aprova a norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/Windows%2010/Downloads/0000006258%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Windows%2010/Downloads/0000006258%20(2).pdf)>. Acesso em: 1 ago. 2019.

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

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*.

Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. 19 de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>>. Acesso em 2 ago. 2019.

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

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

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. *Acórdão nº 2.253/15*. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Energia Elétrica. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e9-910>. Acesso em 2 ago. 2019.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339-353.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

COLSON, Clément. *Cours d'économie politique: les travaux publics et les transports*. v. 6, 2^e éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 8, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial*. v. 2, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.

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

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

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

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. 1. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducción: Julio N. S. M. Almagro. v. 6, 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1950.

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

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. v. 2, 1^{re} éd. Paris: LGDJ, 1983.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação, adjudicação, anulação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 42-63.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. 1. ed. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. *La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*. 1. ed. Madrid: Montecorvo, 1988.

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

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 494-518.

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

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

NOTAS

- ¹ Algumas leis setoriais utilizam as expressões “prorrogação contratual” e “prorrogação antecipada” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13, art. 57. Todavia, a nosso sentir, a expressão “prorrogação contratual” merece crítica. É que, tanto a “prorrogação não antecipada”, quanto a “prorrogação antecipada” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “prorrogação contratual”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.
- ² Cf., ainda: Lei 12.783/13, art. 9.º.
- ³ No mesmo sentido: CÂMARA, 2014, p. 347; GRECA, 1943, p. 221; MELLO, R., 2014, p. 212-213 e 218; RODRIGUEZ-ARANA, 1988, p. 150-157.
- ⁴ Cf., ainda: Resolução ANTAQ 3.220/14, art. 14, III.
- ⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 83-84 e 88.
- ⁶ No mesmo sentido: ALBI, 1960, p. 571 e 642-643; AMORIM, 2013, p. 64-66; JUSTEN FILHO, 2016, p. 128-129 e 131-134; SANTOS, 2006, p. 108-110.
- ⁷ Exemplo: (i) a previsão no contrato de concessão; (ii) o fiel cumprimento do contrato pela concessionária; e (iii) a vantajosidade da medida.
- ⁸ Cf, ainda: Lei 9.074/95, art. 19 c.c 25.
- ⁹ Outro precedente jurisprudencial importante será a decisão que o Tribunal de Contas da União vier a tomar nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação da concessão da Rumo Logística Operadora Multimodal S/A referente à Malha Paulista (Rumo – Malha Paulista) – *leading case* em matéria de prorrogação de concessões ferroviárias na Corte de Contas. A propósito, vale ressaltar que a Agência Nacional de Transportes Terrestres já aprovou a referida prorrogação, que aguarda, agora, o aval do Tribunal de Contas da União. A Corte de Contas ainda não tem data para decidir sobre a matéria. Entretanto, o Ministério Público de Contas apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da prorrogação da Rumo – Malha Paulista “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação”.
- ¹⁰ No mesmo sentido: GARCIA, 2015, p. 416-426; LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ, 1983, p. 635-638 e 685-687; MARQUES NETO, 2015, p. 167-171; TORGAL, 2011, p. 229-230 e 233-248.
- ¹¹ Guimarães e Gaggiano (2017, p. 12) explicam que “[a] distinção entre elas [ou seja, entre a prorrogação comum e a prorrogação antecipada] é mais cronológica do que de

essência”, sendo certo que “[o] que distingue as duas medidas é o momento de implementação”.

- ¹² O limite máximo de antecipação varia caso a caso conforme a(s) finalidade(s) específica(s) da prorrogação antecipada, sendo sua fixação balizada, apenas, pelo princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º). Com efeito, Jèze (1950, p. 313) ensina que “[e]l número de años [leia-se: de anos de antecipação da prorrogação] depende de la naturaleza del servicio público y de las mejoras posibles” na concessão.
- ¹³ BONAVIDES, 2004, p. 457-458; BULOS, 1997, p. 2 e 5; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 119-121 e 135.
- ¹⁴ CANOTILHO, 2014, p. 1224; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 227; TAVARES, 2014, p. 187.
- ¹⁵ SILVA, 1982, p. 75.
- ¹⁶ *Ibidem*, p. 129.
- ¹⁷ *Ibidem*, p. 115.
- ¹⁸ Sobre o ponto, vale trazer à baila a lição de Saadi e Santos Neto (2016, p. 87 e 89), para quem, “[d]o ponto de vista constitucional, parece-nos haver a possibilidade de a lei dispor (sem qualquer tipo de restrição constitucional ao reequilíbrio econômico-financeiro) sobre a possibilidade de extensão de prazo das concessões”, tendo em vista que “a CF/88 alocou ao plano legal o delineamento dos aspectos relativos à sua prorrogação (art. 175, par. ún., I)”.
- ¹⁹ O Supremo Tribunal Federal debruçar-se-á, em breve, sobre o tema da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Com efeito, está previsto para o segundo semestre deste ano o julgamento da medida cautelar da ADI 5.991/DF, proposta pela Procuradora-Geral da República contra dispositivos da Lei 13.448/17. A propósito, vale ressaltar que, nessa ação judicial, a Dra. Raquel Dodge manifestou, expressamente, o entendimento de que, apesar da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o instituto da prorrogação antecipada em si é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I. Eis o trecho principal da petição inicial da referida ação direta: “Importante ressaltar que não se argui, aqui, a inconstitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada em si. O que se defende é que, embora a Constituição preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no art. 175–parágrafo único–I, essa prorrogação não pode ser permitida – muito menos realizada – em desacordo com os ditames constitucionais que norteiam a Administração Pública e que informam os seus atos, em particular, a eficiência, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade, previstos no art. 37–caput, bem como com a regra da licitação”.
- ²⁰ Outro precedente jurisprudencial importante será a decisão do Tribunal de Contas da União sobre a prorrogação antecipada da concessão da Rumo – Malha Paulista – *leading case* em matéria de prorrogação antecipada de concessões ferroviárias na Corte. A propósito, vale ressaltar que, embora tenha apresentado, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da referida prorrogação, o Ministério Público de Contas não se opôs, em momento algum, à constitucionalidade do instituto jurídico da prorrogação

antecipada.

²¹ No mesmo sentido: CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 4110-4111; FREITAS; RIBEIRO, 2017, p. 296-298; PINHEIRO; RIBEIRO, 2017, *passim*.

²² O autor refletia sobre a prorrogação tendo diante de si concessões de serviço público com prazo de vigência de “99 ans”, e não, como nós, concessões com prazo de dez, vinte ou trinta anos, em média. Por isso, ele vislumbrava um limite máximo de antecipação aparentemente tão longo.