



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

EDUARDO COSTA GUERRA

A Prorrogação Antecipada de Concessões Ferroviárias e Rodoviárias e o papel da ANTT à luz da ordem constitucional vigente e dos princípios de direito administrativo

BRASÍLIA
2020

EDUARDO COSTA GUERRA

A Prorrogação Antecipada de Concessões Ferroviárias e Rodoviárias e o papel da ANTT à luz da ordem constitucional vigente e dos princípios de direito administrativo

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. André Macedo de Oliveira.

BRASÍLIA
2020

EDUARDO COSTA GUERRA

A Prorrogação Antecipada de Concessões Ferroviárias e Rodoviárias e o papel da ANTT à luz da ordem constitucional vigente e dos princípios de direito administrativo

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. André Macedo de Oliveira.

Aprovado em: 09 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. André Macedo de Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Adriano Drummond Cançado Trindade
(Membro)

Prof. Thiago Luís Santos Sombra
(Membro)

GUERRA, Eduardo Costa.

A Prorrogação Antecipada de Concessões Ferroviárias e Rodoviárias e o papel da ANTT à luz da ordem constitucional vigente e dos princípios de direito administrativo/ Eduardo Costa Guerra; orientador André Macedo de OLIVEIRA. – Brasília, 2020. 86 p.

Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2020.

1. Direito Administrativo. 2. Lei n. 13.448/2017. 3. Prorrogação antecipada de concessões ferroviárias e rodoviárias. 4. Discricionariedade administrativa. 5. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Controle da discricionariedade do gestor. Tribunal de Contas da União – TCU.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o instituto da prorrogação antecipada de contratos de concessão rodoviária e ferroviária, e, no seu âmbito, verificar as possibilidades e os limites a serem observados pela ANTT, como agente regulador e Poder Concedente. Dessa forma, foram analisados os fundamentos jurídicos e as condições econômicas que ensejaram a introdução, pela Lei n. 13.448/17, dessa inovadora e promissora modalidade de prorrogação, assim com seus elementos, pressupostos, condições e limites. Refletiu-se também sobre o grau de discricionariedade da ANTT, nos termos da Lei n. 13.448/17 e sob a égide da ordem constitucional vigente e dos princípios que regem a Administração Pública. Por fim, discorreu-se sobre o controle da discricionariedade administrativa, em especial quanto à atuação do Tribunal de Contas da União. Concluiu-se que as prorrogações antecipadas podem, sim, ser vantajosas ao interesse público e ao Erário, desde que embasadas em estudos técnicos robustos e adequados, observadas as melhores práticas regulatórias e contratuais, e pautadas nos princípios da Gestão Pública e no primado da realidade, especialmente para resolver defasagens tecnológicas e operacionais em concessões vitais aos interesses da comunidade e naquelas em que se tem prognóstico de pouca atratividade em nova licitação.

Palavras-chave: Lei n. 13.448/2017. Prorrogação antecipada. Concessões. Ferrovias. Rodovias. Discricionariedade administrativa. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Controle discricionariedade. Tribunal de Contas da União – TCU.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institute of the anticipated renewal of road and railway concession agreements term, a new modality of concession renewal introduced by Federal Law n. 13,448/2017, and, in this context, to verify the legal possibilities and edges of the National Agency of Land Transportation (ANTT) in the exercise of the Granting Power role. In these terms, was examined the legal and economic framework of the Federal Law No. 13.448/2017. As well as the definition, the legal nature, the elements, the assumptions, the conditions and the limits to the anticipated renewal of road and railway concession agreements, term. In addition, was analyzed the discretion of ANTT, under the terms of the Federal Law n. 13,448/17 and the principles of the Public Administration. At last, was discussed the control of administrative discretion, especially regarding the performance of the Federal Audit Court. The conclusion of the study was that the anticipated renewals might benefit the public interest and the Federal Treasury, as long as they are based on robust and appropriate studies, as they observe the best regulatory and contractual practices, and guide the procedure by the principles of Public Administration and by the primacy of reality, especially to resolve technological and operational gaps in concessions there are vital to the interests of the community and in those with a low attractiveness prognosis in a new bid.

Keywords: Federal Law n. 13.448/17. Anticipated Renewal. Concession Agreements. Roads. Railways. Government Discretion. National Agency of Land Transportation (ANTT). Control of administrative discretion. TCU – Federal Audit Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ARCABOUÇO NORMATIVO PRÉVIO À LEI N. 13.448/2017	12
1.1 Previsão Constitucional Genérica	12
1.2 Previsão Infraconstitucional Genérica	14
1.3 A necessidade de uma previsão legal específica	16
2 AS PRORROGAÇÕES ANTECIPADAS DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS E FERROVIÁRIAS	21
2.1 Conceito	21
2.2 Natureza Jurídica	22
2.3 Pressupostos	24
2.3.1 <i>Previsão de Prorrogação nos Instrumentos Convocatórios</i>	25
2.3.2 <i>Vigência do prazo de execução do Contrato Originário</i>	26
2.3.3 <i>Não realização de prorrogação anteriormente</i>	27
2.3.4 <i>Prestação adequada do serviço ao longo da Execução Contratual</i>	29
2.3.5 <i>Vantajosidade</i>	33
2.3.6 <i>Consensualidade</i>	34
2.3.7 <i>Qualificação no PPI</i>	35
2.4 Condições	36
2.5 Procedimento	40
3 A DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA À ANTT PELA LEI N. 13.448/2017	45
3.1 Os princípios que devem reger a atuação da ANTT nas prorrogações antecipadas ..	51
3.1.1 <i>Legalidade</i>	53
3.1.2 <i>Finalidade</i>	54
3.1.3 <i>Motivação</i>	57
3.1.4 <i>Economicidade e Eficiência</i>	61
4 O CONTROLE DO TCU SOBRE AS PRORROGAÇÕES ANTECIPADAS	67
4.1 O controle da discricionariedade do gestor nas prorrogações antecipadas	70
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

O instituto da prorrogação antecipada de contratos de concessão rodoviária e ferroviária é uma nova modalidade de prorrogação introduzida pela Lei n. 13.448/17 e a sua importância advém da necessidade, evidente e imediata, de os contratos de concessão – caracterizados pela longa duração e pela execução diferida – serem atualizados, modernizados e revisitados, principalmente aqueles celebrados ainda na década de 90, antes mesmo da criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Percebeu-se que as previsões e as obrigações contratuais inicialmente estabelecidas não podiam ser estanques, diante das intensas mudanças socioeconômicas e tecnológicas no decorrer dos anos de concessão.

A inclusão de novos investimentos e a adoção de novas tecnologias têm ainda mais relevância nas concessões ferroviárias, essenciais para o desenvolvimento do modal de transporte ferroviário nacional e imprescindíveis para a alavancagem do crescimento econômico brasileiro, baseado, sobretudo, na exportação de gêneros agrícolas e minérios.

Conforme dados do Fórum Econômico Mundial de 2019¹, o Brasil está na 71ª posição no ranking de competitividade global, e na 78ª posição no tocante à infraestrutura, posição abaixo de diversos países da América Latina, como Chile (42ª), México (54ª), Equador (62ª), Uruguai (65ª) e Argentina (68ª). O Brasil concentra 65% do seu escoamento no transporte rodoviário, 15% por trilhos e 20% por água, enquanto na Rússia esses percentuais são de, respectivamente, 8%, 81%, 11%, e nos EUA, de 32%, 43% e 25%².

Ademais, a diversificação dos modais é salutar ao transporte de cargas, pois existem diferenças de eficiência entre os modais e as distâncias percorridas, sendo que o rodoviário se mostra mais eficiente em distâncias de até 400 km, enquanto o ferroviário entre distâncias de 400 km a 1.500 km. Apesar disso, o Brasil concentra o transporte de cargas no modal rodoviário, mesmo que os centros de produção agropecuária estejam localizados, majoritariamente, distantes dos principais portos nacionais.

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1327/2020** (Plenário). Relator: Ministro Vital do Rêgo, 27 de maio de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

² ANTF. Associação Nacional dos Transportes Ferroviários. Informações Gerais. Disponível em: <https://www.antf.org.br/informacoes-gerais/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Nesse contexto, entendeu-se que esperar o fim do contrato – entre 10 a 15 anos – para, só então, promover os novos investimentos, a modernização contratual e a adequação regulatória necessários seria ineficiente, antieconômico e prejudicial ao interesse público, o que legitimaria o legislador e, conseqüentemente, o gestor público a prorrogarem antecipadamente os contratos de concessão, excepcionando o “dever de licitar” e mitigando o princípio da competição.

Até a presente data, já foram aprovadas pelo TCU as prorrogações antecipadas da Malha Paulista (maior malha ferroviária do país), da Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM) e da Estrada de Ferro Carajás (EFC). Além disso, estão qualificadas, por enquanto, no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI outras duas concessões ferroviárias – Malha Sudeste e Malha Cento-Atlântica –, sendo consideradas prioridades para o Ministério da Infraestrutura e para o Governo Federal. Por enquanto, nenhuma rodovia se encontra em processo de prorrogação antecipada.

A tendência é de que o instituto seja cada vez mais utilizado, como alternativa para solucionar concessões defasadas e estratégicas que, dificilmente, seriam objeto de licitações competitivas a curto prazo e sem os investimentos e contrapartidas necessários. Tomada como exemplo a prorrogação antecipada da Malha Paulista, foi constatada a sua vantajosidade pelos estudos técnicos da ANTT e pelo acompanhamento prévio do TCU. São previstos pela ANTT³: R\$ 6 bilhões em novos investimentos; R\$ 2,9 bilhões em adicional de outorga; R\$ 28,7 milhões em multas; e R\$ 47,5 milhão em receitas alternativas não pagas; retomada de R\$ 1,6 bilhão em razão de acordo entre ANTT e concessionária sobre o pagamento das parcelas de concessão e arrendamento do contrato original; R\$ 4,2 bilhões em benefícios socioeconômicos monetizáveis; R\$ 1 bilhão em investimentos para resolução de conflitos urbanos; R\$ 100 milhões por ano em tributos; e geração de 7 mil empregos a cada ano, nos primeiros 10 anos do ajuste.

Vale ressaltar que há jurisprudência consolidada do STF⁴ no sentido de não haver impedimento à aplicação imediata de nova legislação a contrato de concessão – especialmente

³ANTT. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: http://www.antt.gov.br/salaImprensa/noticias/arquivos/2020/05/ANTT_e_Minfra_assinam_prorrogacao_do_contrato_da_Malha_Paulista.html. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 34.203**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984502>. Acesso em: 20 ago. 2020.

diante do extenso prazo temporal de sua prestação –, desde que haja anuência do contratado⁵ (bilateralidade). O Ministro Gilmar Mendes, na ADI 5991 MC/DF⁶, discorrendo justamente sobre a Lei n. 13.448/17, postula que a edição superveniente de legislações que alteram cláusulas de contratos de serviços regulados em andamento é um fenômeno representativo da relação paradoxal que se estabelece entre, de um lado, a adoção de um modelo norte-americano de Estado Regulador e, de outro, a manutenção de institutos tradicionais do Direito Administrativo ainda arraigados na tradição latina de serviço público.

O Ministro se utiliza das lições do professor Márcio Iório Aranha⁷ para repisar a necessidade de permanente abertura dos setores econômicos à chamada “diuturna reconfiguração do ambiente regulado”, em face do caráter estático dos institutos afetos à noção de serviço público, de modo que o regime legal não consegue definir com precisão soluções definitivas sobre os múltiplos conflitos que a realidade oferece⁸, especialmente em relação a contratos que vigem por 20, 30 anos em um ambiente de intensa transformação tecnológica e econômica.

Como explica Guimarães⁹, a prorrogação antecipada é realizada por razões de interesse público, mediante o juízo de conveniência e oportunidade das partes, visando à promoção adequada do serviço público, a partir da obtenção imediata de benefícios que o Poder Concedente só conseguiria com uma nova licitação, desde que presentes os pressupostos e as condições legais específicas, de modo a caracterizar a vantajosidade da prorrogação em face da prestação direta do serviço público pelo Estado e da realização de nova licitação.

Aguardar o fim do contrato para, só então, promover as alterações necessárias, cristalizaria a regulação inicial do ajuste, não atenderia à finalidade de uma regulação dinâmica

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 774.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁷ ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 2. ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014. p. 10.

⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de Derecho Público Económico**: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Madrid: Editorial Cordillera, 2003. p. 629.

⁹ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 29, n. 02, 2019. p. 60.

e, conseqüentemente, promoveria o congelamento de importantes setores, notadamente da infraestrutura¹⁰.

Marçal Justen Filho¹¹ expõe, brilhantemente, que atualidade se relaciona com outro ângulo do conceito de eficiência. Por isso, a manutenção das técnicas e tecnologias anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tende a produzir ineficiência na prestação dos serviços e que o progresso tecnológico reduz custos e tempo e amplia utilidades ofertáveis ao público. Portanto, não adotar as novas técnicas e tecnologias significa desatender às necessidades a elas relacionadas e, no caso das concessões, prestar serviço público aquém do adequado.

Cabe ainda ressaltar que “a imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido”¹², tendo em vista a natureza incompleta e dinâmica dos contratos de concessão¹³.

Diante da importância jurídica e econômica do instituto e da escassez doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, é que se propõe estudar seus principais aspectos, com especial atenção à discricionariedade do gestor da ANTT no processo administrativo prévio à celebração do termo aditivo.

Para tanto, primeiramente, foram analisados os fundamentos jurídicos e as condições econômicas que ensejaram a introdução, pela Lei n. 13.448/17, dessa inovadora e promissora modalidade de prorrogação, assim com seus elementos, pressupostos, condições e limites.

Em seguida, refletiu-se também sobre o grau de discricionariedade da ANTT, nos termos da Lei n. 13.448/17 e sob a égide da ordem constitucional vigente e dos princípios que regem a Administração Pública.

¹⁰ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. 2018. p. 178.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 306.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. MILANO. Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de direito público da economia RDPE**, ano 9, n. 34, 2011. p. 180.

Por fim, discorreu-se sobre o controle da discricionariedade administrativa, em especial quanto à atuação do Tribunal de Contas da União.

1 ARCABOUÇO NORMATIVO PRÉVIO À LEI N. 13.448/2017

1.1 Previsão Constitucional Genérica

Embora as prorrogações de contratos de concessões de serviço público sejam disciplinadas por normas infraconstitucionais, seu fundamento normativo primário surge do texto constitucional. O art. 175, parágrafo único, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CF” ou “Constituição”) é expresso ao prever a possibilidade de sua realização:

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

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

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

Diante destes dispositivos, está pacificada a opinião doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade¹⁴ e a excepcionalidade da prorrogação de concessões de serviços públicos.

Essa excepcionalidade é resultado da observância do “dever de licitar”, expressamente previsto no art. 37, inciso XXI, da CF¹⁵ e reproduzido no art. 2º e 3º da Lei n. 8.666/93 (“Lei de Licitações”), no art. 14 da Lei n.º 8.987/95 (“Lei de Concessões”), no art. 14, §1º, da Lei n. 10.233/01 (Lei de criação da ANTT), dentre outras, no qual a Administração Pública deve contratar sempre através de licitação, de modo a assegurar os princípios constitucionais da livre

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 10, n. 41, 2002. “[...] atualmente, a possibilidade de prorrogação é inequívoca, eis encontrar-se prevista, expressamente, no próprio Texto Constitucional [...]”.

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

iniciativa, igualdade, impessoalidade e eficiência administrativa, além de “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”¹⁶, ressalvados os casos especificados na legislação.

A Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 5991¹⁷ – a qual tratou de dispositivos da Lei n. 13.448/17 –, reafirmou que a “regra constitucional que é (há os que a ela atribuem a natureza de princípio), a licitação não pode ser afastada senão nas situações excepcionais autorizadas de sua dispensa ou inexigibilidade”.

Esse nos parece ser o caso da prorrogação contratual, respaldado pela expressão “caráter especial” do inciso I, do parágrafo único, do art. 175, da CF, sendo que a regra é a realização de novo processo competitivo para a outorga do serviço público. Tal conclusão parte dos princípios da concordância prática entre as normas constitucionais¹⁸ e da unidade constitucional, nos quais a Constituição, como norma una, deve ser interpretada sistematicamente, de modo que nenhuma de suas disposições tolha a efetivação de outra. Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 815/DF¹⁹, negou a existência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias, sendo o conflito entre apenas aparente.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁰ e o Tribunal de Contas da União (TCU)²¹ também já se manifestaram a respeito da excepcionalidade da prorrogação dos contratos de

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666, Brasília, 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107. "Consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum".

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF**. Relator: Ministro Moreira Alves, 28 de março de 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20432/DF**. Relator: Ministro Ari Pargendler, 24 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861674185/mandado-de-seguranca-ms-20432-df-2013-0305660-3/inteiro-teor-861674210?ref=serp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.225/2015**. (Plenário). Relator: Ministro José Múcio Monteiro, 9 de setembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

concessão face à realização de nova licitação ao fim dos termos iniciais dos contratos, desde que pautado em evidente vantajosidade ao interesse público.

1.2 Previsão Infraconstitucional Genérica

A previsão infraconstitucional da possibilidade de se prorrogar os contratos de concessão de serviços públicos advém do parágrafo único do art. 175 da CF (A lei disporá sobre:). Dessa forma, a “a CF/1988 alocou ao plano legal o delineamento dos aspectos relativos à sua prorrogação (art. 175, parágrafo único, I) e à(s) forma(s) pela(s) qual(is) o serviço adequado será mantido (art. 175, parágrafo único, IV).”²²

A Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), tratou de forma geral – como é o intuito da lei – das prorrogações dos contratos de prestação de serviço contínuo *lato sensu, in verbis*:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, **exceto quanto aos relativos:**
 II - à **prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada** por iguais e sucessivos períodos **com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração**, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 1998)

Da leitura do dispositivo acima, constata-se, mais uma vez, a opção do legislador pela excepcionalidade da medida, sendo que “a faculdade de prorrogar não derroga a norma da obrigatoriedade de licitação, mas, apenas, a excepciona (logo, deve ser interpretada restritivamente)²³”. Esse é o entendimento do STJ:

Ela estabelece hipótese excepcional à regra da improrrogabilidade. Por se tratar de exceção, **deve ter interpretação estrita**, guardados os limites dos pressupostos que a sustentam. (Grifo do autor)

Em seguida, foi editada a Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões), que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Embora seja norma mais específica, a Lei de Concessões apenas elencou as “condições para prorrogação do contrato” como “cláusula essenciais do contrato”²⁴, mas não

²² 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, 2016. p. 87.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei n. 8.987/1995 (Parte Geral). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 8.987, Brasília, 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

adentrou nas suas peculiaridades, abrindo margem para a discricionariedade do administrador. Da mesma forma dispôs a Lei n. 10.233/01²⁵.

Desde então, a doutrina²⁶ e a jurisprudência²⁷ vêm aceitando a “prorrogação por emergência”, em aplicação análoga à exceção prevista no art. 42, §2º, da Lei de Concessões²⁸. Segundo o diploma legal, as concessões (i) em caráter precário, (ii) as que estiverem com prazo vencido e (iii) as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, na data da publicação da referida lei, permaneceriam válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das respectivas licitações, prazo esse não inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

Diante dessa possibilidade aberta pelas “Disposições Transitórias e Finais” da Lei de Concessões, entendeu-se que a prorrogação por emergência seria a espécie de prorrogação “por excelência”, de modo a evitar a abrupta paralisação do serviço público concedido e garantir a continuidade de sua prestação, mas apenas em caráter excepcional, vale lembrar. Isto é, “quando, próximo ao final do contrato de concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido, nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade”²⁹.

Outra modalidade de prorrogação de contratos de concessão é a chamada “prorrogação por reequilíbrio”, a qual foi criada e aperfeiçoada nos âmbito dos contratos de concessão, na qual é prevista a extensão do prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, de modo a compensar eventuais desequilíbrios durante a execução do contrato, em respeito ao

²⁵ BRASIL. **Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transporte Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁶ MORAIS, Antônio de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 49, 2015.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 118/PR**. Relator: Aldir Passarinho, 25 de outubro de 1989. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905558/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-118-pr>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁸ BRASIL. **Lei n. 8.987, Brasília, 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁹ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 46.

princípio “pacta sunt servanda”. Lucas Rocha Furtado³⁰ entende essa forma de prorrogação como:

Forma de obter retorno de seus investimentos caso isto não tenha sido possível ao longo da vigência inicial da concessão por razões alheias à vontade do concessionário ou em outras hipóteses previstas no contrato.

Importante notar que esse desequilíbrio deve ser causado, não pela mera percepção de prejuízos inerentes à atividade empresarial ou ao objeto do contrato, mas pela ocorrência de fato extraordinário, como casos furtivos ou de força maior, fatos do príncipe e alterações unilaterais do contrato pelo Concedente³¹.

A possibilidade de prorrogação para a manutenção do equilíbrio contratual se mostrou importante medida, por conferir maior segurança (jurídica e econômica) às concessionárias, ao possibilitar a amortização dos investimentos realizados pelo acréscimo de lapso temporal da concessão. Caso a prorrogação não fosse prevista, as contratadas deveriam recorrer à homologação judicial de precatórios e esperar seu pagamento diferido ao longo de vários anos, o que tornaria a prestação do serviço menos atraentes aos olhos dos investidores, podendo causar menores valores de outorga e menor concorrência.

1.3 A necessidade de uma previsão legal específica

Em 2015, diante da necessidade de atualização dos contratos de concessão ferroviária, os quais ainda estavam longe de seu término, o então Ministério dos Transportes (atual Ministério da Infraestrutura) editou portaria para estabelecer “as diretrizes a serem seguidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) para a prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias em decorrência de Novos Investimentos em Concessões Existentes”.

Considerando (i) a continuidade ao processo de modernização da infraestrutura de transportes do país; (ii) o interesse público na antecipação imediata de novos investimentos na infraestrutura ferroviária; e (iii) a necessária prestação de serviço adequado aos usuários, em especial quanto às condições de eficiência, continuidade, atualidade e modicidade das tarifas, a Portaria n. 399/2015 resolveu que a ANTT poderia prorrogar os contratos de concessão em vigor, a partir de termo aditivo, desde que estes possuam previsão expressa de prorrogação e

³⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 512.

³¹ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 50.

que a concessionária apresentasse Plano de Negócios contemplando os novos investimentos estabelecidos e aqueles necessários ao atendimento dos parâmetros de desempenho relacionados à prestação do serviço adequado.

Logo depois, ainda em 2015, a ANTT aprovou a Resolução 4.975/2015 que estabeleceu procedimentos e diretrizes para a repactuação dos contratos de concessão de ferrovias no caso de pedido de prorrogação de prazo formulados por concessionária.

Na esteira dos atos normativos infralegais acima, foi proposta e sancionada a Medida Provisória 752/2016 (revogada pela Lei n. 13.448/2017), que dispôs sobre “as diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria”.

Na exposição de motivos enviada ao Presidente da República (EMI n. 00306/2016 MP MTPA), o Ministério dos Transportes justificou que a medida era necessária para reparar problemas e desafios históricos no setor de transportes terrestres, por meio de novos investimentos. O Ministério ressaltou que “a ampliação do investimento em infraestrutura é condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil.”, assim como “a promoção da qualidade do serviço prestado aos usuários e a continuidade da prestação do serviço também devem receber atenção do poder público”. Portanto, seria necessário:

Disciplinar as hipóteses de prorrogação de contratos de parceria para **promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, 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.

Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho. Os projetos a serem cobertos são os que já estão em andamento e com **histórico de receitas conhecido, facilitando a obtenção de mais recursos de crédito no mercado para arcar com as novas exigências de ampliação e melhorias**. Além disso, espera-se que o fato de essas concessões já terem passado por uma primeira análise bancária quando do seu primeiro ciclo de desenvolvimento traga **maior celeridade nas aprovações de novas liberações de financiamentos**. Assim, **as prorrogações teriam o potencial de ensejar investimentos mais rapidamente do que a realização de novas licitações após o fim do prazo das concessões** que estão em vigor atualmente, além de tenderem a possuir um menor custo de capital, o que em última instância beneficia os usuários.

O Ministério dos Transportes ressaltou, também, a necessidade de lei específica³² para disciplinar o tema, tendo em vista os questionamentos quanto à possibilidade da inclusão de

³² Ressaltamos a existência de leis setoriais que já tratavam da prorrogação antecipada por interesse público de concessões, na seara das concessões do serviço público de energia elétrica (Lei n. 12.783/13) e dos arrendamentos portuários (Lei n. 12.815/13).

novos investimentos, quanto ao interesse público das prorrogações, quanto aos mecanismos de reequilíbrio a serem utilizados e quanto à legitimidade ativa da ANTT na condução dos processos de prorrogação.

Em suma, o Ministério dos Transportes entendia que a Medida Provisória e sua consequente conversão em lei confeririam, no tocante às prorrogações contratuais, (i) a segurança jurídica necessária para empreendimentos vitais para a retomada econômica brasileira e (ii) a realização imediata de investimentos em concessões existentes, visando o aprimoramento dos níveis de disponibilidade e de qualidade do transporte terrestre.

A proposta de medida provisória foi sancionada em 24.11.2016 (MP 752/2016) e, em boa hora – antes da formalização de qualquer prorrogação antecipada –, convertida na Lei n. 13.448/2017, em 05.06.2017.

Entendemos a edição desta Lei como uma completa deferência ao art. 175 da CF, ao princípio da reserva de lei e aos demais princípios que regem a atuação da Administração Pública, pois consideramos inadequada a prorrogação antecipada de concessões mediante simples ato normativo de agência reguladora, no caso a ANTT.

O poder normativo da ANTT é fato inconteste, conferido pela sua lei de criação (art. 24, IV, da Lei n. 10.233/01), e importante para a realização das atividades-fim da agência. No entanto, existem limites a esse poder normativo, tanto legais quanto principiológicos.

Em razão da natureza excepcional da prorrogação antecipada e da expressa previsão constitucional de reserva legal ao regime das prorrogações de concessões de serviço público, não poderia a ANTT, por meio de seu poder normativo infralegal, e utilizando-se apenas de analogia a outras leis setoriais e de ato normativo também infralegal (Portaria n° 399/15), inovar e estabelecer o regime das prorrogações antecipadas no setor de transporte terrestre.

Retomamos aqui a lição de Pinheiro e Ribeiro³³, para quem a autorização legislativa é imprescindível às prorrogações antecipadas, para que se materialize o interesse público subjacente à antecipação dos investimentos, em atenção ao princípio da legalidade administrativa. Por isso que resolução normativa de agência reguladora, ao inovar no

³³ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação de Ferrovias**. 1. ed. Rio de Janeiro. FGV, 2017. p. 177.

ordenamento jurídico quando é expressamente necessária lei em sentido estrito, afasta princípios como do dever de licitar e da competição.

Ademais, a efetiva prorrogação antecipada de contrato de concessão fundada apenas nos termos da Resolução n. 4.975/15 traria outro problema de base principiológica e constitucional: Ilustremos a situação de gestor público que, em contrariedade a mandamento constitucional, se antecipa à edição de lei e formaliza ajuste com particular, de modo a inviabilizar o exercício de direitos de terceiros. Esse gestor estaria atuando legitimamente?

Entendemos que não. Primeiro, porque todos, em um Estado Constitucional, devem atuar conforme a Constituição. Sendo a realização de certo ato, condicionada constitucionalmente à edição de lei, tal ato não pode ser realizado sem a referida lei. Segundo, porque os atos do administrador público estão estritamente vinculados à sua autorização legal, genérica ou específica, principalmente quando o ato tolher direitos de terceiros.

É o que faria a ANTT ao prorrogar antecipadamente contrato de concessão sem a autorização legal prevista constitucionalmente. A ANTT, nos contratos de concessão, não atua somente como órgão regulador dos agentes do mercado, mas como administrador público contratante, mais especificamente como Poder Concedente.

A ANTT se reveste do papel de gestor público nos contratos de concessão, estando a decisão de prorrogar antecipadamente o contrato e o estabelecimento das cláusulas do termo aditivo completamente alocados no mérito administrativo (juízo de oportunidade e conveniência do administrador).

Portanto, nesses casos, a agência exerce as funções de administrador e de órgão normativo-regulador. Possibilidade plenamente possível na ordem jurídica brasileira, na forma do art. 174, caput, da CF³⁴. Contudo, o poder normativo Administração Pública é de segunda ordem e se esgota na viabilização dos comandos normativos primários, isto é, os atos normativos secundários expedidos pela Administração apenas regulamentam ('poder regulamentar') os comandos normativos do legislador.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Dessa forma, não poderia a ANTT extrapolar sua competência normativa regulamentar e editar normativo em substituição a lei expressamente prevista na Constituição. Nem mesmo deveria, como gestor público, desconsiderar a reserva de lei do art. 175, caput, CF, e reger-se por normativo editado por si próprio, em especial quando forem tolhidos direitos de terceiros (participar de licitação) e quando forem preteridos deveres legais ou constitucionais, como o deve de licitar.

O administrador público deve observar estritamente o princípio da legalidade³⁵, mesmo quando aberto espaço para a discricionariedade no tocante à conveniência (motivo) e à oportunidade (utilidade) da medida. Por isso é que se deve reconhecer a atuação do Ministério dos Transportes e o Presidente da República, pela pronta edição da Medida Provisória, e o legislador, pela sua conversão em lei e aprimoramento, antes da efetiva prorrogação dos contratos de concessão ferroviária e rodoviária, dirimindo eventuais questionamentos quanto à legalidade do ato.

³⁵ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 2º.

2 AS PRORROGAÇÕES ANTECIPADAS DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS E FERROVIÁRIAS

2.1 Conceito

A primeira lei setorial a consagrar a prorrogação antecipada por interesse público foi a Lei n. 12.815/2013 (Lei de Portos), que regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, assim como as respectivas concessões, arrendamentos e autorizações.

O art. 57, caput e §1º, da Lei de Portos, renunciaram o que disporia a Lei n. 13.448/2017, *in verbis*:

Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, **que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.**

§1º A prorrogação antecipada de que trata o caput **dependerá da aceitação expressa de obrigação de realizar investimentos**, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente em até 60 (sessenta) dias. (Grifo do autor)

Seguindo o mesmo “espírito” da Lei de Portos, a Lei n. 13.448/2017 estabeleceu o regime de prorrogações antecipadas no âmbito das concessões de transporte ferroviário, rodoviário e aeroportuário da administração pública federal.

O legislador, já de início, diante das discussões doutrinárias a respeito do instituto, conceituou a prorrogação antecipada (por interesse público) como a “alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste” (art. 4º, II).

Da leitura da definição legal do instituto, pode-se retirar parte do núcleo das prorrogações antecipadas: a) alteração do prazo de vigência do contrato, antes de seu término – caráter antecipado da prorrogação; b) expressa previsão da possibilidade de prorrogação no contrato originário e, conseqüentemente, no respectivo edital de licitação; e c) discricionariedade do Poder Concedente (União) – juízo de conveniência e oportunidade. Faltantes apenas a possibilidade de uma única prorrogação – “caráter excepcional” (art. 5º, §3º) e a inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente (art. 6, caput).

A doutrina elenca, ainda, outra característica essencial à prorrogação antecipada: o interesse público. O autor Felipe Viviani Guimarães, inclusive, intitula a prorrogação antecipada como “prorrogação antecipada por interesse público”³⁶.

Flávio Amaral Garcia³⁷ faz a necessária conjugação entre a discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) do Administrador e o interesse público da prorrogação antecipada:

Decisão que prorrogação o prazo de um contrato de infraestrutura de longa duração é fruto de uma ponderação realizada **pelo gestor, que considera concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação, e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública.**

Tomamos, assim, a liberdade de conceituar o instituto da prorrogação antecipada, à luz da Lei n. 13.448/2017, como o aditamento discricionário, e em caráter antecipado e excepcional, do prazo de contratos de concessão de serviço público, em razão da necessidade da realização de investimentos imediatos³⁸, da implantação de novas tecnologias e da atualização de contratos de longa duração, por uma única vez, em vias de alcançar o melhor interesse público diante das demais alternativas juridicamente possíveis³⁹.

Faz-se a ressalva que tais implementos não podem implicar na ampliação ou modificação do objeto do contrato, ainda que visando atender ao interesse público, sob pena de violação ao princípio da licitação e os princípios conexos.

2.2 Natureza Jurídica

Conceituada a prorrogação antecipada, para os fins deste trabalho, e elencadas as suas características determinantes, cabe discorrer sobre a sua natureza jurídica.

³⁶ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 79.

³⁷ GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 593.

³⁸ Vale ressaltar que as prorrogações antecipadas possibilitam a realização de investimentos imediatos, sem a necessidade de aporte de dinheiro público, podendo o Poder Concedente, inclusive, lucrar caso haja pagamento de nova outorga pela extensão do prazo contratual.

³⁹ Podemos exemplificar as alternativas consideradas na Análise de Impacto Regulatório (AIR) utilizada pela ANTT para embasar a comprovação da vantajosidade da prorrogação antecipada da Malha Paulista, frente às demais, quais sejam: a) realização de nova licitação ao fim do prazo contratual; b) prorrogação para o reequilíbrio contratual; c) extinção antecipada do contrato e realização de nova licitação.

Primeiro, deve-se lembrar que a prorrogação antecipada não é um ato unilateral da administração, pois depende do acordo de vontade entre o Poder Concedente e a concessionária (“de comum acordo com o contratado” – art. 4º, II, da Lei n. 13.448/17).

Sendo a consensualidade pressuposto essencial, pode-se considerar, antes de tudo, a prorrogação antecipada como um negócio jurídico administrativo bilateral, visto que se o concessionário entender que não é de seu interesse prorrogar a concessão, ele tem o direito de encerrar o contrato no término do prazo contratual⁴⁰.

Constatação a que também chegou a Ministra Eliana Calmon, do STJ, para quem, nas prorrogações de contratos de concessão, a discricionariedade do Administrador deve “se somar ao interesse particular”⁴¹, desde que respeitado o interesse público do serviço. Interessante também a afirmação de Flavio Amaral Garcia⁴² no sentido de que, nesses casos:

A prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente impostas pela Administração Pública ou, mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa. (Grifo do autor)

Isto é, a prorrogação antecipada é uma possibilidade (ou uma oportunidade), não uma obrigação ao concessionário.

A onerosidade também é característica marcante do referido instituto, principalmente na prorrogação dos contratos de concessão ferroviária (art. 9º, I a III, da Lei n. 13.448/17). Como forma de contraprestação à possibilidade de continuar auferindo (ou alargar⁴³) lucros com a exploração do serviço público, sem a necessidade de extinção do contrato vigente e da realização de novo procedimento licitatório, o Poder Concedente condiciona a prorrogação antecipada dos contratos à prestação de novas obrigações, não presentes na contratação originária, como a realização de novos investimentos; o pagamento de adicional de outorga; a

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. “[...] o concessionário tem o direito de encerrar sua atuação no término do prazo contratual.”

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 524.881/CE**. (Segunda Turma). Relator: Ministra Eliana Calmon, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19323411/recurso-especial-resp-524811-ce-2003-0042093-7/inteiro-teor-19323412>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁴² GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 604.

⁴³ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167.

melhoria na prestação do serviço, verificada por meio de indicadores da qualidade do serviço prestado; e a redução do valor da tarifa aos usuários.

Em síntese, as prorrogações antecipadas possibilitam a realização de investimentos imediatos, sem a necessidade de aporte de dinheiro público (ou, inclusive, recebendo adicional de outorga pela extensão do prazo), e o desequilíbrio causado pela extensão do prazo é compensado obrigatoriamente por alterações nas condições de execução do objeto inicialmente contratado⁴⁴.

Felipe Viviani Guimarães⁴⁵ elenca outras peculiaridades do instituto e classifica-o como “negócio jurídico administrativo bilateral, sinalagmático, patrimonial, de efeito modificativo, a título oneroso, comutativo, formal e acessório”. O autor explica que é (i) negócio jurídico administrativo bilateral, pois se forma pela síntese de duas declarações de vontade e com interesses opostos (Poder Concedente e concessionária); (ii) sinalagmático, por criar direitos e deveres recíprocos às partes; (iii) patrimonial e à título oneroso, pela natureza eminentemente econômica de suas contraprestações; (iv) de efeito modificativo, por modificar, em parte, a relação jurídica anterior; (v) comutativo⁴⁶, pois as prestações são certas e subjetivamente equivalentes entre as partes; (vi) formal, pois aperfeiçoado a partir de termo aditivo; e (vii) acessório, pois pressupõe a existência de contrato jurídico principal e originário e dele não se destacar.

2.3 Pressupostos

De início, vale fazer menção a pressuposto implícito às prorrogações antecipadas de contratos de concessão, mas que não está expressamente elencado na Lei nº 13.448/17: a previsão legal da possibilidade de prorrogação antecipada.

A previsão legal é requisito essencial às prorrogações de contratos de concessão, haja vista o comando constitucional do art. 175, parágrafo único, I:

⁴⁴ NASCIMENTO, Carlos Fernando do. O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 39-68, 2019.

⁴⁵ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 129-130.

⁴⁶ Embora concordemos com o caráter comutativo das prorrogações antecipadas, preferimos a definição de contrato comutativo como “contrato bilateral e oneroso, no qual a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser efetuada no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa” (Cf. Planiol e Ripert. *Traité Pratique*, v. VI, n. 49).

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.

Como antes exposto, as prorrogações devem contar com respaldo legal específico ou, pelo menos, respaldo consistente na ordem jurídica brasileira⁴⁷, diante de seu caráter de excepcionalidade⁴⁸. Tal respaldo legislativo é essencial nas prorrogações antecipadas, as quais impescindem “de autorização legislativa, que materialize o interesse público subjacente à antecipação dos investimentos, em razão do princípio da legalidade administrativa”⁴⁹.

Embora a autorização legal genérica para a prorrogação de concessão tenha advindo da Lei n. 8.987/95, a autorização para a prorrogação antecipada para as concessões ferroviárias e rodoviárias veio apenas com a edição da Lei n. 13.448/2017.

Visto este pressuposto, passamos a discorrer sobre aqueles expressamente previstos na Lei n. 13.448/2017, a saber: a) expressa previsão de prorrogação nos instrumentos convocatórios (edital e minuta de contrato); b) vigência do prazo de execução do contrato originário; c) não realização prorrogação anterior; d) prestação adequada do serviço ao longo da execução contratual; e) vantajosidade da prorrogação antecipada; f) consensualidade; g) qualificação no PPI.

2.3.1 Previsão de Prorrogação nos Instrumentos Convocatórios

O primeiro pressuposto às concessões antecipadas é a expressa previsão de prorrogação nos instrumentos convocatórios (edital e minuta de contrato). Previsão essa que não necessita ser específica, mas apenas genérica, de modo a informar a todos os licitantes (ou interessados em licitar) da sua possibilidade, concretizando, assim, os princípios da igualdade entre os licitantes, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório. Desse modo, os licitantes não podem alegar que não sabiam da possibilidade do contrato ser prorrogado.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação. *In*: PEREIRA, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Direito da Infraestrutura**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 177.

⁴⁸ A prorrogação dos contratos de concessão, sem lei autorizativa, constitui, inclusive, crime, nos termos do art. 92, caput, c/c art. 124, da Lei de Licitações.

⁴⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação de Ferrovias**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 146.

A proibição de prorrogação sem previsão no instrumento convocatório é, inclusive, tipificada como crime pela combinação dos arts. 92 e 124 da Lei n. 8.666/93, o que demonstra a importância desse pressuposto.

É por isso que o legislador incluiu já no conceito de prorrogação antecipada a expressa admissão de prorrogação do contrato no respectivo instrumento convocatório:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, **quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original**, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; (Grifo do autor)

Em decorrência dos princípios supracitados, todos elencados no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, também não se pode falar em celebração termo aditivo que inclua, posteriormente, cláusula de prorrogação antecipada, como explica Hely Lopes Meirelles⁵⁰:

Se houver interesse da Administração Pública em prorrogar determinado contrato, essa circunstância **deverá, obrigatoriamente, constar do edital da licitação, sob pena de não poder incluí-la no instrumento do ajuste, porque, como já tivemos oportunidades de dizer, ‘não se pode, ao arrepio do edital, ampliar ou reduzir prazos, nem inovar condições ou termos contratuais.**

Ademais, a simples possibilidade de se prorrogar antecipadamente o contrato pode tornar a contratação mais atraente aos interessados em licitar. A ausência de previsão editalícia e a inclusão de cláusula de prorrogação após o procedimento licitatório podem acarretar, também, prejuízos financeiros à Administração Pública, haja vista que, à época, poderia haver maior interesse na concessão e, conseqüente, a obtenção de valor de outorga mais elevado.

2.3.2 Vigência do prazo de execução do Contrato Originário

Pela simples leitura do nome do instituto (prorrogação antecipada), já é possível compreender que ela deve ocorrer antes do término da vigência do ajuste (art. 4º, II, Lei nº 13.448/17).

Essa conclusão não é exclusiva para as prorrogações antecipadas, mas a todas as prorrogações de contratos administrativos, pois extinto o contrato principal, eventual termo aditivo perde seu objeto. Hely Lopes Meirelles postula que “contrato extinto não se prorroga

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 48.

nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior”⁵¹. Da mesma forma entenderam a Segunda Turma do STJ⁵² e o Plenário do TCU⁵³ ao tratarem do tema.

Na elaboração da Lei n 13.448/2017, o legislador foi mais adiante e condicionou a prorrogação antecipada à manifestação de interesse, por uma das partes, dentro do intervalo de 50 a 90% do prazo originalmente estipulado para a execução contratual⁵⁴.

Portanto, para que se inicie o processo administrativo em vias de prorrogar antecipadamente os contratos de concessão rodoviária e ferroviária, a manifestação formal do interesse de uma das partes deve se dar, não apenas antes do termo final do contrato, mas no intervalo de 50 a 90% do prazo originalmente contratado.

2.3.3 Não realização de prorrogação anteriormente

Outro pressuposto elencado pela Lei é a não realização de prorrogação anteriormente (art. 5º, §3º - “desde que já não tenha sido prorrogada anteriormente”). Esse pressuposto decorre da, já citada, excepcionalidade das prorrogações de contratos de concessão, as quais não podem ser utilizadas pelo gestor público para se furtar da realização do procedimento licitatório (“dever de licitar”).

Do mesmo dispositivo (art. 5º, §3º), extraem-se dois limites às prorrogações antecipadas, limites esses que se relacionam diretamente com a excepcionalidade dessa

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 216-217.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 111.1084/RJ**. (Segunda Turma). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 02 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864409430/recurso-especial-resp-1111084-rj-2008-0062857-7/inteiro-teor-864409432?ref=feed>. Acesso em 20 ago. 2020.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.247/2003**. (Plenário). Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 27 de agosto de 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017**. Altera as Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 6º. § 1º A prorrogação antecipada ocorrerá apenas no contrato de parceria cujo prazo de vigência, à época da manifestação da parte interessada, encontrar-se entre 50% (cinquenta por cento) e 90% (noventa por cento) do prazo originalmente estipulado.

prorrogação. São eles: a limitação de apenas uma prorrogação antecipada e a limitação do prazo da prorrogação a período igual ou inferior ao originalmente estabelecido.

O art. 5º, §3º, da Lei n. 13.448/17 estabelece que “o contrato de parceria poderá ser prorrogado uma única vez” e consagra o entendimento doutrinário majoritário, decorrente dos princípios constitucionais da Administração Pública, de que não se deve prorrogar as concessões de serviço público com períodos sucessivos ou indefinidamente. Luís Roberto Barroso⁵⁵ é partidário desse ponto de vista e entende que “não se admite, por evidente, que um contrato firmado pela Administração possa ser indefinidamente renovado ou prorrogado, tornando-se praticamente eterno”.

Assim também entendeu a Segunda Turma do STJ⁵⁶:

3. [...] **A prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos**, o que não pode ser ratificado por este Superior Tribunal de Justiça. (Grifo do autor)

Na esteira da excepcionalidade das prorrogações contratuais, o art. 5º, §3º, da Lei n. 13.448/17 limitou a extensão do prazo das concessões à período igual ou inferior ao prazo inicialmente contratado.

A limitação da extensão do prazo das concessões ao prazo estabelecido no contrato original já era defendida pela doutrina majoritária, pois a prorrogação por prazo superior ao originalmente pactuado aproximaria, indevidamente, a concessão de serviço público a uma alienação do bem público em favor do concessionário⁵⁷.

Deve-se ressaltar que a única prorrogação dos contratos de concessão rodoviária e ferroviária por tempo igual ou inferior ao originalmente pactuado é apenas um limite à atuação

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, 2006.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 912.402/GO**. (Segunda Turma). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 06 de junho de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864409430/recurso-especial-esp-1111084-rj-2008-0062857-7/inteiro-teor-864409432?ref=feed>. Acesso em 20 ago. 2020.

⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 167.

do administrador público. Não há nem direito da concessionária e nem dever do Poder Público destes contratos serem prorrogados⁵⁸ ou de serem prorrogados pelo tempo máximo permitidos.

A escolha pela prorrogação antecipada e a definição do prazo a ser prorrogado faz parte do juízo de oportunidade e conveniência (discricionariedade) do administrador público, que deverá observar a vantajosidade das medidas, o interesse público e as circunstâncias do caso concreto (temas que serão abordados mais detalhadamente em momento posterior).

2.3.4 Prestação adequada do serviço ao longo da Execução Contratual

A prestação adequada do serviço concedido ao longo da execução contratual, mesmo antes da edição da Lei n. 13.448/2017 já era pressuposto para as demais modalidades de prorrogação de concessões, haja vista a sua essencialidade ao atingimento do interesse público na concessão.

O art. 6º da Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões) elege a prestação de serviço adequado pelas concessionárias como finalidade última das concessões de serviço público e conceitua o serviço adequado como aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade⁵⁹, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, §1º). A Lei de Concessões também considerada como direito dos usuários o recebimento de serviço adequado pela concessionária (art. 7º, I).

Para a Ministra Cármen Lúcia, na MC ADI 5991/DF:

O serviço adequado é aquele que atende, quanto ao objeto contratado, os índices de cumprimento dos princípios legais considerando-se o serviço prestado e a sua adequação aos critérios estabelecidos concretamente, conforme as circunstâncias de cada caso.

Por isso é que não pode uma concessionária que não presta serviço adequado ter seu contrato prorrogado, haja vista que a extensão do prazo contratual iria frontalmente contra o

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 573.556**. (Segunda Turma). Relator: Ministro Ares Britto, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21353714/agreg-no-recurso-extraordinario-re-573556-rs-stf/inteiro-teor-110339542>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 8.987, Brasília, 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 6º. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

interesse público. Carlos Fernando do Nascimento corrobora nosso pensamento quando esclarece que:

A simples boa conduta do concessionário não pode ser condição para a prorrogação, **mas, sim, em todos os casos, um requisito para definir se vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário**, à vista dos antecedentes deste último em relação ao cumprimento de seus deveres contratuais.

Na verdade, nos casos em que há patentes, graves e sucessivos descumprimentos da obrigação de prestação de serviço adequado, o Poder Público deve aplicar sanções à concessionária ou mesmo lançar mão dos instrumentos para a devolução da concessão (caducidade⁶⁰ e encampação⁶¹) ou mesmo a relicitação de que trata a própria Lei n. 13.448/17.

A Lei n. 13.448/17, nos incisos I e II, do §2º, de seu art. 6º, trouxe parâmetros objetivos para aferição da qualidade do serviço público prestado pelas concessionárias, para os fins da prorrogação antecipada.

Quanto às prorrogações antecipadas de concessões rodoviárias, elas estão condicionadas à execução de, no mínimo, 80% das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada, desconsideradas as hipóteses de inadimplemento contratual para as quais o contratado não tenha dado causa, conforme relatório elaborado pelo órgão ou pela entidade competente (art. 6º, §2º, I).

Quanto às concessões ferroviárias, sua prorrogação antecipada está condicionada ao cumprimento, nos 5 (cinco) anos anteriores, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos (art. 6º, §2º, II).

Embora seja interessante a medida adotada pelo legislador – adotar critérios objetivos para aferição da qualidade do serviço prestado pela concessionária. Esses dispositivos

⁶⁰ BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

⁶¹ BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. 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.

levantaram críticas, por estarem supostamente simplificando indevidamente todo o histórico da concessão e os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária em algumas condições.

Em agosto de 2018, a Procuradoria-Geral da República (PGR), ainda chefiada por Raquel Dodge, apresentou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5991) em face do art. 6º, §2º, II. A PGR entendeu que houve inadequada simplificação das condições que definem o serviço público adequado, o que demonstraria espécie de discriminação positiva inconstitucional (ou favorecimento injustificado) em relação às concessionárias, ferindo o interesse público e violando os princípios da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade (art. 37, caput, CF). Além de deturpar o dever de prestação de serviço adequado (art. 175, parágrafo único, IV, CF), o dever de licitar (37, XXI, CF) e o princípio da competitividade.

Em 20.02.2020, o STF julgou improcedente o pedido de concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do dispositivo, por maioria, vencidos os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio Mello. Em 08.12.2020, no mérito, a Corte confirmou a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

O Tribunal⁶² entendeu que a exigência posta no inciso II, § 2º do art. 6º da Lei 13.448/2017, não ofende os princípios elencados e que não constitui favorecimento de interesses particulares em detrimento do interesse público. Aduz que a norma impugnada prescreve que, além de outras condicionantes, deve-se comprovar a prestação de serviço adequado, consistente no cumprimento, pelo período antecedente de cinco anos contados da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por três anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por quatro anos.

Portanto, o dispositivo impugnado satisfaria a definição legal de serviço adequado (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º), sendo este aquele que atende, quanto ao objeto contratado, os índices de atendimento previstos na Lei nº 13.448/2017.

Alinhamo-nos ao entendimento de que a parametrização objetiva (metas de desempenho) do “serviço adequado” foi medida salutar, ao afastar a plena discricionariedade,

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

baseada apenas em princípios, do gestor público para decidir sobre prorrogações com prazos de 20-30 anos. Flavio Amaral Garcia⁶³ segue a mesma linha:

A atestação de que a prestação do serviço público encontra-se adequada e eficiente é um pressuposto para que a prorrogação seja efetivada; afinal **seria incongruente prorrogar um contrato com um particular que não atendeu às metas de desempenho que dele se esperava.**

Entendemos, também, que os parâmetros dos referidos incisos I e II não abolem a necessidade do administrador considerar, também, os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária.

É o que se extrai da dicção do art. 8º, §2º, da Lei nº 13.448/17, que dispõe expressamente que “a formalização da prorrogação do contrato de parceria dependerá de avaliação prévia e favorável do órgão ou da entidade competente acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços”. Isto é, a Lei previu que além dos parâmetros dos incisos I e II do §2º do art. 6º, deverá ser realizada avaliação prévia e favorável do órgão responsável quanto à continuidade e adequação dos serviços, abarcando, assim, os princípios que configuram a noção de “serviço adequado”.

Nesse sentido é o voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto vencedor da Relatora Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da medida cautelar da ADI 5991:

De plano, não compete ao Judiciário rever o critério de discricionariedade do legislador no que atine ao grau de qualidade do serviço refletido nos critérios estabelecidos no art. 6º, § 2º, inciso II, da norma impugnada.

Ademais, verifica-se que os critérios temporais de cumprimento das metas de produção e segurança contemplados no dispositivo questionado são apenas requisitos mínimos e não por si sós suficientes para obtenção da prorrogação antecipada.

Tais critérios devem ser conjugados com os depois previstos na lei, tais como a “avaliação prévia e favorável do órgão regulador acerca da capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços” (art. 8º, § 2º), bem como a observância dos “parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimento, a serem pactuados entre as partes” (art. 9º, inciso II).

Cabe, portanto, aos órgãos e entidades técnicas envolvidas no processo de análise dos pedidos de prorrogação antecipada, como a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o Ministério da Infraestrutura (MInfra) e o PPI, examinar, no curso desse processo, a conveniência e a oportunidade da prorrogação, levando em conta, inclusive, a adequação e a qualidade do serviço prestado. (Grifo do autor)

Conclui-se que, para a prorrogação antecipada de concessões rodoviárias e ferroviárias, é necessárias a análise minuciosa da qualidade do serviço prestado e o

⁶³ GARCIA, Flavio Amaral. Transporte rodoviário e complementar de passageiros: algumas controvérsias. In: GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 213.

preenchimento dos requisitos temporais de qualidade da prestação do serviço, elencados no art. 6º, §2º, I e II.

2.3.5 Vantajosidade

Antes de adentrarmos ao pressuposto da vantajosidade, cabe esclarecer que o termo 'vantajosidade' é neologismo amplamente utilizado no âmbito do Direito Administrativo, tanto pela doutrina⁶⁴ quanto pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União e, hoje, consta positivado em normativos do Poder Executivo. Esse termo é diretamente derivado do princípio de seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, caput, da Lei n. 8.666/1993) e está intimamente ligado aos princípios da economicidade e da eficiência da Administração Pública, sendo utilizado como característica daquilo que é vantajoso.

A vantajosidade frente às demais alternativas do Poder Público⁶⁵ é o que enseja a medida excepcional da prorrogação antecipada, sem a qual não se deve nem mesmo ser iniciado o procedimento administrativo necessário à prorrogação, haja vista que a extensão do prazo excepciona o “dever de licitar” (art. 37, XXI, CF).

A vantajosidade é o motivo para a prorrogação antecipada. Não se pode pensar em uma prorrogação antecipada que não seja vantajosa em relação à execução direta do serviço pelo Poder Público ou à realização de nova licitação ao fim do prazo contratual original. Caso as demais alternativas sejam mais vantajosas, a escolha do gestor público pela prorrogação antecipada afronta o interesse público e é inválida.

Fernando Antônio Dusi Rocha⁶⁶ entende que a “justificativa para tal condicionamento é simples: se a licitação visa à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a prorrogação não poderia fugir a essa finalidade”.

A Lei n. 13.448/17 fez questão de ressaltar a necessária vantajosidade da extensão antecipada do prazo ao estabelecer que caberá ao órgão ou à entidade competente realizar

⁶⁴ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 61.

⁶⁵ Podemos exemplificar as alternativas consideradas na Análise de Impacto Regulatório (AIR) utilizada pela ANTT para embasar a comprovação da vantajosidade da prorrogação antecipada da Malha Paulista, frente às demais, quais sejam: a) realização de nova licitação ao fim do prazo contratual; b) prorrogação para o reequilíbrio contratual; c) extinção antecipada do contrato e realização de nova licitação.

⁶⁶ ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime jurídico dos contratos da Administração**: atualização de acordo com a Lei n. 8.987, de 13.02.1995. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento (art. 8º).

Outro mecanismo para constatar a vantagem na prorrogação é a necessária elaboração de cronograma dos investimentos obrigatórios previstos e a incorporação de mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações, como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga (art. 7º).

O art. 10 da Lei ainda prevê a submissão da prorrogação, com os respectivos estudos técnicos e cronogramas de investimentos, a consulta pública previamente à assinatura do contrato. Ao fim, a documentação será, ainda, enviada ao TCU, para realização do controle externo.

Assim, o gestor público terá ampla gama de documentos, estudos, pareceres e opiniões para decidir sobre a vantajosidade da prorrogação antecipada e não poderá proferir decisão completamente dissonante e notadamente desvantajosa, sob pena de ser responsabilizado pelos órgãos de controle externo⁶⁷ (Judiciário e Tribunais de Contas).

2.3.6 Consensualidade

O pressuposto da consensualidade – objeto de análise no item 1.2 – deriva-se na natureza de negócio jurídico administrativo bilateral da prorrogação antecipada.

O art. 4º, II, da Lei nº 13.448/17 é expresso em prever que a prorrogação antecipada será realizada de comum acordo com o contratado. Entende-se adequada a escolha do legislador, pois Administração Pública não pode, por mero interesse público, obrigar a concessionária a prestar serviço público por tempo maior do que o originalmente pactuado.

Diferentes são as hipóteses de prorrogação por emergência e por reequilíbrio econômico-financeiro, as quais podem ser impostas, unilateralmente, pelo Poder Público às concessionárias. A primeira, com base no princípio da continuidade dos serviços públicos (art. 175, parágrafo único, IV, da CF; art. 6º, §1º, da Lei n. 8.987/95) e a segunda, diante do princípio

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. “Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas”.

da proporcionalidade (art. 1º, CF; art. 2º, Lei n. 9.784/99) e do dever de recomposição menos onerosa do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao Poder Concedente.⁶⁸

2.3.7 Qualificação no PPI

Como último pressuposto, está a prévia e específica qualificação da prorrogação desejada o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (art. 2º da Lei).

O PPI foi criado no âmbito da Presidência da República, com o objetivo de ampliar e fortalecer a interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria⁶⁹ para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

Os projetos incluídos no PPI têm tramitação preferencial perante os órgãos públicos e passam a ser considerados empreendimentos de interesse estratégico da nação (art. 5º, da Lei n. 13.344/16). Ademais, a inclusão do projeto no PPI confere mais espaço aos órgãos competentes (ministérios e agências reguladoras) para a tomada de providências relacionadas ao projeto (arts. 11 a 13 e 17, da Lei n. 13.344/16).

Diante das possibilidades abertas pelo PPI, o legislador entendeu que a obrigatoriedade de inclusão das prorrogações antecipadas da Lei n. 13.448/17 no programa, seria salutar aos projetos.

Cabe, então, aos ministérios setoriais e às agências reguladoras (art. 17, §2º), i) encaminhar proposições e projetos para deliberação do Conselho e sua posterior inclusão no PPI; ii) promover os estudos técnicos e de modelagem dos empreendimentos sob sua responsabilidade; iii) conduzir a licitação e fiscalizar a execução dos empreendimentos; e iv) avaliar as revisões contratuais e as demandas de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos.⁷⁰

⁶⁸ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.135.

⁶⁹ Embora as concessões rodoviárias e ferroviárias não sejam Parcerias Público-Privadas – PPPs (Lei n° 11.079/2004), a Lei de criação do PPI (Lei n° 13.344/2016) considerou, para os seus fins, as concessões de serviço público como contratos de parceria (art. 1º, §2º).

⁷⁰ PPI. O que é o Programa de Parcerias de Investimentos? Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Encaminhadas as proposições e projetos, o Conselho do PP, dentre outros atos, opinará, por meio de parecer, quanto às propostas de inclusão de empreendimentos no Programa. Após o parecer do Conselho do PPI, o Presidente da República deliberará sobre a inclusão do projeto no Programa (art. 7º, I).

Qualificada a prorrogação antecipada no PPI, poderá ser iniciado o processo administrativo necessário à realização do termo aditivo ao contrato⁷¹. Examinados os pressupostos para a realização da prorrogação antecipada à luz da Lei n. 13.448/17, passaremos a analisar as condições necessárias à assinatura do termo aditivo.

2.4 Condições

De início, cabe mencionar a dicção do art. 5º da Lei n. 13.448/17, na qual a prorrogação antecipada nos setores rodoviário e ferroviário observarão, preferencialmente, as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelo disposto na Lei.

A Lei elenca diversas possibilidades às prorrogações e dá ao Poder Concedente a incumbência de aplicá-las ao caso concreto, sendo condição obrigatória a todas as prorrogações antecipadas a inclusão de novas tecnologias e novos investimentos não previstos no contrato original, desde que observadas as melhores práticas regulatórias (art. 6º, caput, c/c art. 3º).

A inclusão de novas tecnologias⁷² e de investimentos imediatos às concessões é condição *sine qua non* para a prorrogação antecipada, sendo a justificativa principal para a elaboração da Lei n. 13.448/17, conforme exposição de motivos ao Presidente da República (EMI n. 00306/2016 MP MTPA).

Os investimentos imediatos⁷³ são a contrapartida do particular à exploração dos serviços concedidos por prazo mais extenso do que o inicialmente contratado e são esses

⁷¹ À época da presente monografia, apenas a ferrovia Rumo Malha Paulista S.A havia sido prorrogada, mas em andamento a prorrogação da i) EFC – Estrada de Ferro Carajás (estágio avançado); ii) EFVM – Estrada de Ferro Vitória a Minas Gerais (estágio avançado); iii) FCA – Ferrovia Centro-Atlântica S.A.; e da iv) MRS Logística S.A.

⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.225/2015**. (Plenário). Relator: Ministro José Múcio Monteiro, 9 de setembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020. “Nesse sentido, a incorporação de novas tecnologias, em desenvolvimento ou que virão a ser desenvolvidas, podem contribuir sobremaneira para esse acréscimo de eficiência”.

⁷³ Incluídos os investimentos em novas tecnologias.

investimentos, também antecipados – já que apenas seriam realizados após nova licitação ao fim do contrato original – que excepcionam a regra de licitação, à qual o Poder Público é vinculado⁷⁴.

Nesse sentido, voto da Relatora Ministra Ana Arraes, em julgamento em que se discutia a prorrogação antecipada de arrendamentos portuários:

É de fácil percepção que o processo de prorrogação antecipada equivale a uma negociação de interesse mútuo. Do lado do arrendatário, o benefício é bem evidente: garantir prazo significativamente maior para a exploração do serviço portuário sem se submeter à concorrência com outras empresas via nova licitação. Em relação ao Poder Público, a contrapartida que lhe é desejável está centrada na alavancagem de investimentos.

É a conclusão a que chegam Pinheiro e Ribeiro⁷⁵ quanto ao setor ferroviário, no qual as prorrogações antecipadas objetivam “fomentar novos investimentos na rede nacional de transporte ferroviário” de modo a “atingir as finalidades pretendidas, de melhoria dos serviços, atração de investimentos, expansão da capacidade e desenvolvimento da infraestrutura logística nacional”.

O TCU já decidiu inclusive pela necessidade da definição dos investimentos previstos e previsíveis já no termo aditivo, sob risco de “infringência aos princípios constitucionais da legalidade, da universalidade, do interesse público, da eficiência e da economicidade, bem assim ao art. 104, inciso II, da Lei 10.406/2002 e art. 7º da Lei n. 13.448/2016”⁷⁶.

Além da inclusão de novos investimentos, é necessário, tanto às prorrogações antecipadas de concessões ferroviárias quanto às rodoviárias, a adoção das melhores práticas regulatórias (art. 3º). Essa disposição é de grande importância, pois à época da assinatura do contrato de concessão das ferrovias federais (meados e fim da década de 90), a ANTT ainda não tinha sido criada (Lei n. 10.233/2001), o que dá fortes indícios de defasagem regulatória aos contratos.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 2.200/2015**. (Plenário). Relator: Ministra Ana Arraes, 27 de agosto de 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁷⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação de Ferrovias**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 177.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 2.876/2019**. (Plenário). Relator: Ministro Augusto Nardes, 27 de novembro de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

Agora, três décadas depois do início das concessões ferroviárias e rodoviárias no Brasil, é possível que as agências reguladoras utilizem a experiência com contratos de concessão para implementarem práticas que realmente melhorem o ambiente regulatório no setor. A Portaria n. 399/2015, art. 1º, II, do então Ministério dos Transportes, já previa a necessária ratificação, adaptação e adequação dos contratos de concessão às boas práticas de regulação, para a realização de prorrogações de concessões ferroviárias rodoviárias.

O art. 9º, §1º, da Lei n. 13.448/17 adotou prática regulatória importantíssima e essencial à realização do interesse público: a obrigação de ANTT fixar anualmente os níveis de capacidade de transporte das ferroviárias, com a concomitante revisão dos planos de investimentos, e fiscalizar a sua observação pelas concessionárias. Desse modo, objetivou-se garantir que o nível máximo de saturação dos trechos ferroviários não seja ultrapassado e que, caso seja ultrapassado, que sejam acionados os gatilhos de investimento previstos contratualmente.

Outro bom exemplo de avanço regulatório é a previsão de arbitragem para dirimir as controvérsias surgidas durante a execução contratual, nos casos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis⁷⁷. Ressalte-se que a Lei não obriga a inclusão de cláusula arbitral, mas abre espaço para que seja incluída no termo aditivo da prorrogação (art. 31) e, conseqüentemente, possibilita a resolução mais célere e, mesmo, mais adequada para a solução dos conflitos.

A Lei n. 13.448/17, na esteira das boas práticas regulatórias, ainda determina que o termo aditivo de prorrogação do contrato de parceria deverá incorporar mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações, a exemplo do desconto anual de reequilíbrio e do pagamento de adicional de outorga (art. 7º).

⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017**. Altera as Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 31. § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Além dessas condições aplicáveis tanto às prorrogações antecipadas de concessões ferroviárias quanto às rodoviárias, a referida lei elenca orientações específicas às ferrovias (art. 9º, I a III). São elas:

- a) adoção, quando couber, de obrigações de realização de investimento para aumento de capacidade instalada;
- b) adoção de parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimento;
- c) garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros outorgados pela ANTT;
- d) garantia de direito de passagem, de tráfego mútuo e de exploração por operador ferroviário independente, mediante acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais do concessionário.

Embora a lei utilize o termo “orientações”, elas apenas não devem ser adotadas se mostrarem-se evidentemente impraticáveis no caso concreto, haja vista que fazem parte do núcleo da necessária modernização e atualização das concessões ferroviárias. Sem a adoção dessas medidas, os fins da lei e da prorrogação antecipada, em si, não poderão se concretizar em sua completude. É o que se extrai da leitura das justificativas da proposição da Medida Provisória convertida na Lei n. 13.448/17⁷⁸:

8. As prorrogações no setor ferroviário deverão ser norteadas pela adoção de obrigações de disponibilização de capacidade mínima de transporte para terceiros, de forma a se garantir o acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais, mediante compartilhamento, e por parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimentos, a serem pactuados entre as partes.

Buscou, de um lado, “promover investimentos prementes, não previstos nos contratos de concessão em vigor e, por outro, modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho e metas objetivas para os parceiros privados”.

⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017**. Altera as Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

A partir dessas orientações seria possível reparar problemas e desafios históricos no setor ferroviário e sanear contratos de concessão nos quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável.

Conforme o Ministério dos Transportes, os novos investimentos em concessões existentes teriam o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho.

A Lei ainda abre diversas – e salutares – possibilidades regulatórias e contratuais, as quais poderão ser implantadas a depender do caso concreto e conforme o juízo de conveniência e oportunidade do administrador⁷⁹, as quais serão objeto de análise do item 2.1 abaixo.

Todas as condições e possibilidades elencadas pela Lei – as quais ainda podem ser alargadas nos termos aditivos – dão suporte ao administrador para alcançar as finalidades da prorrogação antecipada, em apertada síntese: a) melhorar a qualidade da infraestrutura ferroviária e rodoviária concedida; b) aumentar a segurança do transporte ferroviário e rodoviário; e, mais especificamente, c) ampliar a capacidade de transporte e a eficiência na operação ferroviária.

E, dessa forma, atingir o nível de serviço público adequado de transporte terrestre, de modo a atender e promover o interesse público, justificando os sacrifícios isonômicos e concorrenciais necessários à prorrogação antecipada.

2.5 Procedimento

A priori, deve-se distinguir qual a pessoa jurídica de direito público competente para prorrogar antecipadamente os contratos de concessão à luz da Lei n. 13.448/17.

O art. 1º da Lei, ao dispor que estabelece “diretrizes gerais para prorrogação nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal”, denuncia que

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20432/DF**. Relator: Ministro Ari Pargendler, 24 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861674185/mandado-de-seguranca-ms-20432-df-2013-0305660-3/inteiro-teor-861674210?ref=serp>. Acesso em: 20 ago. 2020. 1. [...] Na relação administrativa de natureza contratual, prevalece a interpretação adotada pela Administração Pública. Trata-se do que a doutrina chama de ‘prerrogativa da decisão unilateral executória’, a revelar a subordinação de quem contrata com o Poder Público.

o ente federativo competente, nesses casos, é a União – titular do serviço público concedido. É o que repisa Rafael Munhoz de Mello⁸⁰:

Cabe ao titular do serviço público, e apenas a ele, autorizar, ou não, a prorrogação da concessão, modelando, da forma que lhe pareça mais adequada, o regime de prestação do serviço.

Dentre os Poderes constituídos, o poder competente para outorgar a concessão de serviço público – Poder Concedente – e, conseqüentemente, prorrogar a vigência de seus contratos é o Poder Executivo, diante das competências administrativas conferidas ao Executivo e em analogia ao art. 223, caput⁸¹, da Constituição.

Entende-se que, embora seja necessária lei específica (Lei n. 13.448/17) para se prorrogar antecipadamente uma concessão (art. 175, parágrafo único, CF), o aditamento do contrato de concessão e o estabelecimento de seus termos são de competência exclusiva do Poder Executivo, haja vista serem atividades tipicamente administrativas, cabendo ao legislativo apenas autorizá-las genericamente e estabelecer os parâmetros e limites da atuação do Administrador, em observância do princípio da separação dos poderes (art. 2º).

Marçal Justen Filho⁸² adverte que a prorrogação de contrato de concessão é decisão puramente administrativa, portanto, incumbência privativa da Administração Pública, mediante juízo de conveniência e oportunidade devidamente motivado e em consonância com as circunstâncias específicas de cada concessão.

Com implementação do PPI e da necessária aderência das prorrogações regidas pela Lei nº 13.448/17 ao Programa, três órgãos do Poder Executivo passaram a atuar diretamente na prorrogação antecipada de concessões rodoviárias e ferroviárias: a Presidência da República, o Ministério da Infraestrutura e a ANTT.

A Presidência da República, por meio da Secretaria-Executiva e do Conselho do PPI, recebe as propostas de prorrogação antecipada – enviadas pelo Ministério de Infraestrutura, e,

⁸⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 12, n.46, 2014. p. 211.

⁸¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020. 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.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, 2016. p. 132.

a partir daí elabora pareceres, realiza estudos, faz reuniões com os interessados, e avalia os projetos de prorrogação antecipada. Após a opinião final do Conselho do PPI, o Presidente da República delibera quanto à qualificação do projeto no Programa⁸³, formalizado por meio de Decreto⁸⁴.

No entanto, o Ministério da Infraestrutura e a ANTT, complementarmente, são os responsáveis pelas prorrogações antecipadas à luz da Lei n° 13.334/2016, da Lei n. 13.448/17, do Decreto n. 9.676/2019, do Regimento Interno da ANTT (Resolução ANTT n. 5.810/2018), Resolução ANTT n. 4.975/15 e Portaria 399/15 do Ministério dos Transportes.

O Ministério da Infraestrutura como órgão que dentre outras funções, (i) dá anuência prévia às prorrogações; (ii) encaminha os documentos para a qualificação do projeto de prorrogação ao PPI e (iv) estabelece as diretrizes da atuação da ANTT.

A ANTT, na mesma linha das suas competências nas concessões⁸⁵, é quem realiza o verdadeiro papel de Poder Concedente⁸⁶ nas prorrogações antecipadas, sendo a responsável pela (i) avaliação prévia da capacidade do contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços; (ii) elaboração dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA) e de termo de referência, com os parâmetros a serem observados pela concessionária na elaboração do plano de investimentos⁸⁷; (iii) aprovação do plano de investimentos apresentado

⁸³ BRASIL. **Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁸⁴ BRASIL. **Decreto n. 9.059, de 25 de maio de 2017.** Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos públicos federais de infraestrutura de transportes, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9059.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Por meio do Decreto n° 9.059/17, o Presidente da República qualificou as prorrogações antecipadas da Malha Paulista, da Malha Sudeste, da Malha Centro-Leste, da Estrada de Ferro Vitória a Minas, e da Estrada de Ferro Carajás.

⁸⁵ A Lei 10.233/01, no âmbito das concessões, atribui à ANTT, dentre outras, as seguintes competências (i) propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas; (ii) editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos; (iii) administrar os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei; (iv) realizar a revisão e o reajuste de tarifas dos serviços prestados; (v) fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados.

⁸⁶ **Extrato de Termo Aditivo** ao contrato de concessão da Malha Paulista: [...] “8) **Signatários: pelo Poder Concedente**, Marcelo Vinaud Prado, **Diretor-Geral da ANTT**, em Exercício, e pela Concessionária, João Alberto Fernandez de Abreu e Guilherme Penin Santos de Lima, representantes legais da Rumo Malha Paulista S.A.;

⁸⁷ BRASIL. **Resolução n. 4.975, de 18 de dezembro de 2015.** Estabelece procedimentos e diretrizes para a repactuação dos contratos de concessão de ferrovias no caso de pedido de prorrogação de prazo formulados por concessionária. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.editoramagister.com/legis_27075766_RESOLUCAO_N_4975_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 20 ago. 2020.

pela concessionária; (iv) elaboração do termo aditivo e seus anexos; (v) realização audiências e consultas públicas; (vi) envio dos documentos necessários ao controle externo prévio do TCU; (vii) realização das modificações necessárias e solicitação de esclarecimentos à concessionária ao longo do processo de prorrogação antecipada; (viii) elaboração do relatório final do processo de prorrogação antecipada; e (iv) por fim, celebração, ou não, do termo aditivo ao contrato de concessão.

O Parecer 778/2018/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, de 27/9/2018, resume que “compete à ANTT a análise concreta da proposta de prorrogação antecipada, inclusive quanto à sua vantajosidade, ao passo que ao MTPA, em seu mister de realizar a supervisão ministerial, compete a análise da aderência e da compatibilidade de tal proposta com o planejamento e as políticas públicas definidas para o setor ferroviário”

Qualificado o projeto de prorrogação antecipada no PPI, serão elaborados pela ANTT os estudos técnicos, com os respectivos i) programa e cronograma de novos investimentos; ii) estimativas de custos e de despesas operacionais; iii) estimativas de demanda; iv) modelagem econômico-financeira; v) diretrizes ambientais; vi) parecer jurídico-regulatório; e vii) demonstração dos valores devidos ao poder público pela prorrogação (art. 8º, §1º).

Realizados os estudos técnicos, aprovado o plano de investimentos apresentado pela concessionária e elaborada a minuta do termo aditivo⁸⁸, a prorrogação será submetida a consulta pública (art. 10). Encerrada a consulta pública, a documentação ao TCU para fins de controle externo prévio (art. 11).

Aprovada a prorrogação pelo TCU, será elaborado relatório final sobre o processo e a Diretoria Colegiada da ANTT decidirá sobre a prorrogação antecipada ou não da concessão.

Deve-se apenas lembrar a natureza de negócio jurídico bilateral da prorrogação antecipada, sendo que, para a sua efetivação, a concessionária deve anuir aos exatos termos do aditivo contratual. Se, ao final do processo administrativo, a concessionária não concordar com

⁸⁸ BRASIL. **Portaria n. 399, de 17 de dezembro de 2015**. Divulga o Pacto pela Saúde 2005 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27075492_PORTARIA_N_399_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 20 ago. 2020.

os termos do aditivo ou entender que a prorrogação antecipada deixou de ser, para si, vantajosa, o ajuste não se efetivará.

3 A DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA À ANTT PELA LEI N. 13.448/2017

Ainda na criação da ANTT, a Lei n. 10.233/01 já previa a competência da agência para editar atos de outorga de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, assim como celebrar e gerir os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos⁸⁹. Nesse sentido, cabe à ANTT estipular (i) o objeto da concessão, (ii) o prazo estimado para sua vigência, (iii) os programas de trabalho, (iii) os investimentos mínimos, (iv) as condições de reversibilidade dos bens, (v) as responsabilidades pelos ônus das desapropriações e, por fim, (vi) as condições para sua prorrogação (art. 34-A, §2º, I) e, até mesmo, conduzir os certames licitatórios⁹⁰.

Essas competências demonstram que, nas concessões ferroviárias e rodoviárias, a ANTT atua verdadeiramente como Poder Concedente e seus gestores, como legítimos gestores públicos. É o entendimento do TCU, esposado no voto do Ministro Augusto Nardes, relator do Acórdão 2299/2005 – Plenário:

33. Portanto, diante do extenso rol de atribuições conferidas pela Lei n. 10.233/2001 à ANTT, envolvendo a elaboração do plano de outorgas, do disciplinamento das licitações, da elaboração dos editais de licitação, publicação dos editais, julgamento da licitação, edição dos atos de outorga e assinatura dos contratos de concessão, **não restam dúvidas quanto à competência legal da ANTT para, em nome da União, atuar como poder concedente**. Nesse contexto, a ela cabe elaborar os estudos de viabilidade e conduzir os processos licitatórios em andamento e futuros. (Grifos do autor)

A Lei n. 13.448/17, em razão da especialidade necessária ao tratamento do instituto da prorrogação antecipada, conferiu, adicionalmente, expressa discricionariedade ao gestor público (ANTT, na maioria dos casos) para decidir sobre os seguintes pontos:

- i. Conveniência e oportunidade de prorrogar antecipadamente a concessão (arts. 4º, II; 5º, I; e 21 c/c art. 24, IX, Lei n. 10.233/01);
- ii. Qualificação do projeto no PPI (Conselho do PPI e Presidente da República – art. 2º);

⁸⁹ BRASIL. **Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transporte Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 2299/2005**. (Plenário). Relator: Ministro Augusto Nardes, 13 de dezembro de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

- iii. Adoção de práticas regulatórias (art. 3º);
- iv. Novo prazo da concessão (art. 4º, II);
- v. Plano de investimentos para modernização da concessão, ampliação da capacidade das vias e construção de novos trechos e seus respectivos cronogramas (arts. 3º; 6º, caput; 7º; 9º, I; e art. 27);
- vi. Mecanismos de desestímulo à inexecução de obrigações e aos atrasos (art. 7º);
- vii. Valor do desconto anual de reequilíbrio e valor do adicional de outorga (art. 7º);
- viii. Modelagem econômico-financeira (art. 8º, §1º, IV);
- ix. Parecer prévio quanto à capacidade de o contratado garantir a continuidade e a adequação dos serviços (art. 8º, §2º);
- x. Parâmetros de qualidade do serviço (art. 9º, II);
- xi. Mecanismos de garantia da capacidade de transporte a terceiros outorgados, mediante acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais do concessionário, e o modo de remuneração da concessionária (art. 9º, III);
- xii. Fixação e ajuste dos níveis de capacidade de transporte (art. 9º, §1º);
- xiii. Estabelecimento do nível de saturação e dos gatilhos de investimentos (art. 9º, §4º);
- xiv. Declaração da utilidade pública para fins de desapropriação ou de servidão administrativa de bens e propriedades necessários à execução de obras no âmbito das outorgas estabelecidas (art. 21 c/c art. 24, XIX, Lei nº 10.233/01);
- xv. Decisão sobre a exclusividade da prestação do serviço de transporte ferroviário (art. 21 c/c art. 34-A, Lei nº 10.233/01);
- xvi. Diretrizes para a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (Poder Executivo, art. 24);
- xvii. Alteração de cláusulas do contrato de concessão ferroviária a fim de solucionar questões operacionais e logísticas (art. 25, caput);
- xviii. Adoção de medidas para a reconfiguração de malhas (art. 25, §1º);
- xix. Incorporação da totalidade ou de partes resultantes de cisão de outros contratos de parceria (art. 25, I);
- xx. Desafetação de bens vinculados à prestação dos serviços e a extinção dos serviços relacionados àqueles bens (art. 25, II);

- xxi. Utilização de trechos desincorporados para a prestação de serviços de transporte de curta distância por terceiros (art. 25, III);
- xxii. Desmembramento de parte da faixa de domínio para entes federados que pretendam implantar o transporte ferroviário de passageiros (art. 25, IV);
- xxiii. Definição dos termos e prazos para a extinção arrendamento de bens vinculados aos contratos de parceria no setor ferroviário (Poder Executivo, art. 25, §3º);
- xxiv. Compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados e forma de utilização dos valores apurados (ANTT e/ou Poder Executivo, art. 30, caput);
- xxv. Inclusão de mecanismos de arbitragem para dirimir as controvérsias em decorrência da execução dos contratos, no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 31, caput);
- xxvi. Anuência às propostas de subconcessão da manutenção e da operação de trechos ferroviários aos entes federados interessados (art. 33);
- xxvii. Anuência à exploração de projetos associados ou acessórios (art. 34);

Interessante notar que a Lei n. 13.448/17, além de legitimar a opção pela prorrogação antecipada e abrir um leque de opções ao gestor, ao mesmo tempo condiciona, explícita ou implicitamente, a sua decisão e confere maior segurança jurídica ao concessionário. Explicamos.

A Portaria n. 399/15 do Ministério dos Transportes, já previa (indevidamente) a possibilidade da prorrogação antecipada, porém de forma mais genérica, e estabeleceu que estaria a cargo do mérito administrativo da ANTT os seguintes feitos:

- i. Elaboração o termo aditivo da prorrogação antecipada (art. 2º);
- ii. Celebração a prorrogação antecipada dos contratos de concessão em vigor desde que estes possuam previsão expressa de prorrogação (art. 1º, §2º);
- iii. Aprovação o plano de investimentos apresentado pela concessionária (art. 2º);
- iv. Definição o prazo a ser prorrogado, observado o máximo permitido (art. 3º, caput);
- v. Estipulação o pagamento de valor remanescente pelo concessionário, de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (art. 3º, §1º); e
- vi. Definição dos investimentos a serem realizados (arts. 1º, caput e §1º, e 3º, §2º).

A Portaria traça, também, diretrizes a serem seguidas pela ANTT na condução dos processos de prorrogação, como:

- a) Realização imediata de novos investimentos na malha ferroviária concedida (art. 1º, §1º, I), visando a: ampliar a capacidade de transporte da infraestrutura ferroviária concedida, quando necessário (alínea a); aumentar a segurança do transporte ferroviário (alínea b); e melhorar a qualidade da infraestrutura ferroviária concedida e a eficiência na operação ferroviária (alínea c);
- b) Ratificação, adaptação e adequação dos contratos de concessão às boas práticas de regulação, nos termos da legislação vigente (art. 1º, §1º, II); e
- c) Ampliação do compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais entre as concessionárias, autorizatárias e transportadores de carga própria de forma a fomentar a concorrência e a eficiência setorial (art. 1º, §1º, III).

Embora tivessem sido estabelecidas diretrizes à atividade discricionária da ANTT, tais comandos não estabeleceram limites ou condições, mas tão somente orientaram (coercitivamente) a atuação do gestor. Assim, com diretrizes e competências administrativas genéricas, a discricionariedade da ANTT para prorrogar antecipadamente as concessões e estabelecer suas condições beirou a liberdade conferida às empresas na elaboração de contratos de adesão, sendo as concessionárias as aderentes.

Vale mencionar que a Resolução ANTT n. 4.975/17⁹¹, adicionalmente às discricionariedades já conferidas pela citada Portaria, também previu a utilização de poderes exorbitantes da Administração Pública pela ANTT. Seu art. 5º, em decorrência do art. 58, I⁹², da Lei n. 8.666/93 e do art. 9º, §1º⁹³, da Lei n. 8.987/95, previu que, caso a concessionária não

⁹¹ Resolução que estabelece procedimentos e diretrizes para a repactuação dos contratos de concessão de ferrovias no caso de pedido de prorrogação de prazo formulados por concessionária.

⁹² BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contrato;

⁹³ BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

concorde com os termos da repactuação ou não se manifeste no prazo indicado, a ANTT poderia alterar unilateralmente o contrato para determinar a realização de investimentos, garantida a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

As cláusulas exorbitantes, previstas na Lei de Licitações e na Lei de Concessões⁹⁴, são amplamente utilizadas nos contratos administrativos, inclusive nos contratos de concessão. No entanto, a doutrina e a jurisprudência⁹⁵ entendem que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão não pode ser objeto de disposição unilateral pelo Poder Concedente.

Nesse sentido, o caráter essencialmente bilateral do termo aditivo da prorrogação antecipada foi expressamente prestigiado na Lei n. 13.448/17, sendo a bilateralidade e a consensualidade quanto aos seus termos parte da natureza desse ajuste, em contrariedade com o dispositivo da Resolução da ANTT, que foi tacitamente revogado no tocante às prorrogações antecipadas.

Essa análise dos normativos anteriores à Lei n. 13.448/17, além de ressaltar a necessidade e a boa hora de sua edição, demonstra que a liberdade da ANTT era muito mais ampla (competências genéricas e poderes exorbitantes), conferindo a perigosa margem de discricionariedade aos gestores.

Primeiramente, por retirar a potestade de a agência reguladora prorrogar unilateralmente em contrariedade ou à revelia da concessionária, prestigiando a consensualidade. Depois, por condicionar e não apenas orientar as escolhas do gestor. Vejamos.

Como já explicitado nos itens 1.3, a realização da prorrogação antecipada à luz da Lei n. 13.448/17 depende dos seguintes pressupostos: (i) expressa previsão legal; (ii) expressa previsão de prorrogação nos instrumentos convocatórios (edital e minuta de contrato); (iii) vigência do prazo de execução do contrato originário; (iv) não realização de prorrogação anteriormente; (v) prestação adequada do serviço ao longo da execução contratual; (vi)

⁹⁴ BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 34.203**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984502>. Acesso em: 20 ago. 2020. É da essência da cláusula de prorrogação contratual a voluntariedade, delineada no âmbito da Administração Pública sob os parâmetros de atendimento ao interesse público, o que, evidentemente, se perfaz sob margem de discricionariedade administrativa.

vantajosidade da prorrogação antecipada; (vii) consensualidade; (viii) qualificação da prorrogação no PPI.

Além disso, conforme o item 1.4, a prorrogação antecipada é condicionada, em todos os casos, à realização de novos investimentos e tecnologias e à adoção das melhores práticas regulatórias. Nos casos de prorrogação de concessões ferroviárias, o gestor ainda está condicionado (i) à adoção, quando couber, de obrigações de realização de investimento para aumento de capacidade instalada; (ii) à adoção de parâmetros de qualidade dos serviços, com os respectivos planos de investimento; (iii) à garantia contratual de capacidade de transporte a terceiros outorgados pela ANTT; e (iv) à garantia de direito de passagem, de tráfego mútuo e de exploração por operador ferroviário independente, mediante acesso à infraestrutura ferroviária e aos respectivos recursos operacionais do concessionário.

Quando não condiciona a atuação do gestor, a Lei orienta suas escolhas com exemplos de medidas a serem tomadas, como a) o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de adicional de outorga, como forma de desestímulo a eventuais inexecuções ou atrasos de obrigações; b) intervenções obrigatórias para a manutenção dos níveis de capacidade ajustados; c) declaração de utilidade pública para fins de desapropriação ou de servidão administrativa de bens e propriedades necessários à execução de obras no âmbito das outorgas estabelecidas; d) não observação dos limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93⁹⁶; e) alterações contratuais com a finalidade de solucionar questões operacionais e logísticas para todo o sistema ferroviário, inclusive por meio da reconfiguração de malhas; f) incorporação da totalidade ou de partes resultantes de cisão de outros contratos de parceria; g) desafetação de bens vinculados à prestação dos serviços e a extinção dos serviços relacionados àqueles bens; h) utilização de trechos desincorporados para a prestação de serviços de transporte de curta distância por terceiros; i) desmembramento de parte da faixa de domínio para entes federados que pretendam implantar o transporte ferroviário de passageiros; j) construção de novos trechos ou ramais ferroviários, com a extensão necessária para atender polos geradores de carga; k) compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os

⁹⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 65 § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário; l) utilização dos valores obtidos na compensação para investimento em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública; e, m) submissão das controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis a arbitragem.

A extensa lista de pressupostos, condicionantes e exemplos de práticas a serem realizadas, demonstra que o legislador pretendeu vincular e orientar a atuação da ANTT na prorrogação antecipada das concessões, de modo a garantir, de alguma forma, que o interesse público, a vontade do legislador e as finalidades dessa espécie de prorrogação sejam concretamente atingidos, sem que a discricionariedade do gestor as prejudique.

Tal prática legislativa traz segurança jurídica aos contratantes e previsibilidade aos investidores, diminui a possibilidade de eventuais capturas regulatórias e possibilita maior capacidade de controle pelo Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União⁹⁷ mas, na mesma medida, gera menor espaço para negociação e ajustes entre as partes, o que é objeto de críticas dos particulares.

3.1 Os princípios que devem reger a atuação da ANTT nas prorrogações antecipadas

Como já exposto, a modelagem das prorrogações antecipadas passa pelo crivo discricionário dos gestores da ANTT. Para os fins desta monografia, a discricionariedade administrativa é a prerrogativa, conferida por lei ao administrador, para praticar atos de gestão e definir seu conteúdo conforme o seu juízo de conveniência e oportunidade, nos limites da lei⁹⁸ e do ordenamento jurídico, tendo em vista o interesse público, mediante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Lucas Rocha Furtado⁹⁹, no mesmo sentido, entende a discricionariedade como “a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a adoção da melhor solução para o caso concreto, com vista à realização das finalidades legais, em razão do juízo de conveniência e de oportunidade da Administração Pública”.

⁹⁷ Controle objeto de críticas tanto das agências reguladoras quanto dos entes privados, mediante condutas que beiram a interferência no juízo de conveniência e oportunidade do gestor público.

⁹⁸ Em sentido amplo, abrangendo não somente a lei em sentido estrito, mas as demais espécies normativas.

⁹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 564.

Nas principais questões submetidas à regulação estatal, as políticas são formuladas mediante a edição de normas gerais, com conceitos jurídicos indeterminados, que não preveem minudentemente a atuação dos agentes públicos reguladores. São traçadas diretrizes da política econômica e social e é aberta conferida “liberdade” ao gestor para concretizar tais comandos, a partir de seu juízo sobre as circunstâncias fáticas e sobre os possíveis impactos multilaterais decorrentes do ato¹⁰⁰.

Desta definição é possível distinguir o núcleo essencial do instituto, composto pela união indissociável da (i) legalidade; da (ii) finalidade; do (iii) conveniência e oportunidade – os dois últimos conceitos compõem a motivação ou o mérito do ato discricionário.

Devem, impreterivelmente, também estar presentes os intrincados princípios da impessoalidade¹⁰¹, da moralidade¹⁰² e da publicidade¹⁰³ – todos do art. 37, caput, da CF –, imprescindíveis à atuação da Administração para o atingimento do interesse público, de forma a evitar os privilégios e garantir a isonomia entre os administrados.

O atendimento desses princípios pelo administrador público foi mais bem especificado nos incisos do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99, que adotou como critérios de atuação: i) a objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades (inciso III); ii) a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (inciso IV); iii) a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (inciso V); iv) observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); v) adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX).

¹⁰⁰ GUERRA, S. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**: uma nova teoria sobre escolhas administrativas. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 362.

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado**. 3. ed. Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. “Por impessoalidade entende-se o princípio pelo qual se veda à Administração Pública e a seus agentes privilegiar ou preferir, mediante critérios subjetivos, os interesses de determinadas pessoas naturais ou jurídicas como motivo ou resultado da ação administrativa”.

¹⁰² TÁCITO, Caio. **Moralidade administrativa**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. “[...] o dever de boa administração, a garantia dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e o dos administrados”.

¹⁰³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92. “O princípio da publicidade pode ser traduzido como o dever da Administração de dar transparência aos seus atos. [...] É direito da população, e dever do administrador, divulgar os atos praticados pela Administração a fim de que possam os cidadãos tomar as providências necessárias ao controle da legalidade, da moralidade, da eficiência das atividades do Estado”.

É nesse sentido a jurisprudência consolidada do TCU:

9.6. Deixar assente que o Tribunal de Contas da União, no uso de suas competências constitucionais, **exerce o controle do poder discricionário da administração pública, através da proteção e concretização dos princípios constitucionais e diretrizes legais aplicáveis, bem assim pelo critério da razoabilidade**, controlando eventuais omissões, excessos ou insuficiências na atuação os órgãos e entidades envolvidos.

Como assenta Gustavo Binbenojm¹⁰⁴, não há espaço discricionário à Administração fora do Direito, nem tampouco nenhuma margem de decisão administrativa totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais.

3.1.1 Legalidade

A necessidade de previsão legal para a atuação discricionária advém de princípio essencial ao Estado de Direito: o princípio da legalidade administrativa (art. 37, caput, CF e art. 2º, caput, Lei n. 9.874/99). Também chamado de legalidade estrita, esse princípio é sempre acompanhado da frase eternizada por Hely Lopes Meirelles¹⁰⁵:

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza**. (Grifos do autor)

Entendimento pacificado na doutrina, a “liberdade” do administrador é condicionada à existência de lei e aos seus critérios e limites, pois fora dela a discricionariedade se torna arbitrariedade. A discricionariedade não uma “folha em branco” para o administrador. É o que também entende Marçal Justen Filho¹⁰⁶:

A atribuição da discricionariedade não consiste na transferência para a Administração da autonomia para realizar as escolhas fundamentais: essas somente poderão ser realizadas através da via legislativa. O administrador deverá dar prosseguimento ao espírito da lei, tal como o legislador atua em relação ao espírito da Constituição. (Grifos do autor)

No Estado de Direito hodierno, a noção de discricionariedade se confunde com a de vinculação. O ato discricionário não deixa de estar vinculado às finalidades e aos limites estabelecidos pelo legislador. A faculdade discricionária distingue-se da vinculada apenas e tão

¹⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 78.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 516.

somente pelo maior grau de liberdade a ela conferida¹⁰⁷. Sem tais conformidades, o ato não é licitamente produzido.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁸, postula que nos atos discricionários é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo.

Essa vinculação do ato discricionário à lei é, nos casos de prorrogação de concessões de serviço público, expressamente prevista na Constituição (art. 175, caput e parágrafo único). A reserva de lei ao regime das concessões e de suas prorrogações é clara demonstração de que, pela importância desses contratos, o administrador não pode se guiar apenas pelo seu juízo de conveniência e oportunidade, mas pelas balizas estabelecidas pelo legislador – no caso, as constantes na Lei n. 13.448/17.

Importante mencionar o posicionamento consolidado do STF¹⁰⁹ no sentido de que, mesmo na estipulação do prazo a ser acrescido, devem ser observados os limites legais e os princípios e normas constitucionais.

3.1.2 Finalidade

Cumpridas as exigências relacionadas à observância dos princípios mencionados no parágrafo acima, é necessária atuação do gestor no sentido de atingir a finalidade da prorrogação antecipada. Para isso, devem ser observados, conjuntamente, os seguintes princípios: motivação, eficiência e economicidade. É o que também entende o Ministro Augusto Sherman Cavalcante no voto condutor do Acórdão 2470/2013 – TCU – Plenário:

Não pode a Administração, mesmo no exercício de poder discricionário, afastar-se dos princípios constitucionais implícitos e explícitos a que se submete, entre os quais os da motivação, eficiência e economicidade.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 98.

¹⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 109.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

De modo mais amplo, a finalidade de todo ato administrativo deve ser o atendimento ao interesse público, isto é, ao interesse da coletividade¹¹⁰, seja na garantia de direitos fundamentais ou na prestação adequada dos serviços públicos.

Para Lúcia Valle Figueiredo¹¹¹:

A discricionariedade consiste na competência-dever do administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios ‘standards’ ou ideologias - portanto, **dentro de critério da razoabilidade geral - dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.**

O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral, deverá primeiramente interpretá-la, depois terá de valorar qual **a melhor maneira de atender à utilidade pública**. Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios.

A noção de interesse público é condição *sine qua non* para a atuação do gestor público¹¹², pois a atividade administrativa não é um fim em si mesmo, mas meio para a realização dos interesses e necessidades dos cidadãos¹¹³. É apenas no sentido de alcançar tais fins que são conferidos aos gestores os poderes e as prerrogativas estatais. Como muito bem esclarece o Ministro Augusto Sherman, relator do Acórdão 420/2002 – Plenário – TCU:

18. A supremacia do interesse público impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas físicas ou jurídicas, que com eles mantenham eventual relação.

Adotamos aqui a linha seguida pelo eminente professor Lucas Rocha Furtado¹¹⁴, que entende o interesse público não como um conceito metajurídico, mas como um conceito jurídico indeterminado. Dessa forma, cabe ao legislador, de modo abstrato e diretivo, e ao gestor público, no caso concreto, estabelecerem como será melhor atendido o interesse público nas diversas ocasiões nas quais a Administração Pública precisa atuar discricionariamente.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127.

¹¹² BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹¹³ Opinião amplamente difundida e pacificada pela doutrina.

¹¹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 917.

É o que deve ocorrer nas prorrogações antecipadas, as quais não são direito das concessionárias, mas mera possibilidade legal-contratual sujeita à discricionariedade do poder concedente, com vistas a melhor atender ao interesse público (finalidade genérica).

A finalidade da prorrogação antecipada (finalidade específica) é, em suma, a modernização dos contratos de concessão e a antecipação de investimentos que não ocorreriam nos termos do contrato original, com vistas a prestar o serviço público adequado, melhorar os níveis de investimento e adequar a infraestrutura rodoviária e ferroviária às atuais necessidades.

Como esposado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto na medida cautelar da ADI 5991/DF, essas mudanças objetivam adaptar contratos firmados na década de 1990 a transformações sociais, econômicas e tecnológicas que não puderam ser antecipadas pelo Poder Concedente. Foi a justificativa do então Ministério dos Transportes¹¹⁵:

Objetiva reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria. (Grifos do autor)

Da mesma forma, a Portaria n. 399/15, que estabeleceu como diretriz a realização imediata de novos investimentos na malha ferroviária concedida, visando a ampliar e a melhorar a infraestrutura concedida e a aumentar a segurança do transporte e a eficiência na operação ferroviária. Além de estabelecer a necessidade da ANTT, por meio dos termos aditivos, ratificar, adaptar e adequar os contratos de concessão às boas práticas de regulação e ampliar o compartilhamento da infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais com os operadores independentes para fomentar a concorrência e a eficiência setorial.

Todos os pressupostos, condições e possibilidades abertas à ANTT para modelar o termo aditivo de prorrogação – há quem diga que foi concedido um poder de remodelar a concessão como um todo – visam à prestação adequada do serviço público concedido e ao desenvolvimento da estrutura logística nacional, principalmente no tocante ao setor ferroviário.

A equiparação do modal ferroviário ao rodoviário é essencial à retomada do crescimento econômico brasileiro, que passa de sobremaneira pelo transporte de matéria-prima

¹¹⁵ BRASIL. **Portaria n. 399, de 17 de dezembro de 2015.** Divulga o Pacto pela Saúde 2005 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27075492_PORTARIA_N_399_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 20 ago. 2020.

(*commodities*), o qual poderia alcançar patamares ainda mais elevados com uma infraestrutura ferroviária adequada.

Repise-se que as melhorias não se esgotam no transporte de cargas, mas os aditivos podem prever, inclusive, soluções de transporte ferroviário de passageiros e a realização de investimentos para dirimir acidentes e congestionamentos em função da existência de linhas de trem nas cidades.

3.1.3 *Motivação*

No entanto, tais atos e soluções precisam ser motivados. A motivação é pressuposto de validade de todos atos de gestão no âmbito da Administração Pública¹¹⁶.

Tal necessidade foi reafirmada pela Lei n. 13.655/18 (Lei da Segurança Jurídica), que incluiu no Decreto-Lei n. 4.654/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o art. 20. O dispositivo dispõe que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (*caput*) e que, mediante motivação, deverá ser demonstrada a necessidade e a adequação da medida, em face das possíveis alternativas (parágrafo único).

No tocante aos contratos administrativos, o art. 57, §2º, da Lei n. 8.666/93 determina expressamente que toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

É imprescindível que sejam apontados os pressupostos de fato e de direito que determinaram a escolha do gestor¹¹⁷, de forma que possam ser atingidas as finalidades da prorrogação antecipada (eficácia) e de modo a afastar as possíveis práticas dolosas contra o interesse público, como a captura regulatória, representada pelo favorecimento do concessionário e do próprio gestor, indiretamente, em detrimento dos interesses da coletividade.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 2º.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 2º e art. 50º.

Egon Bockmann Moreira¹¹⁸ postula que qualquer aditivo que alargue o prazo de concessão deve ser devidamente motivado, técnica e juridicamente.

Os pressupostos de direito constituem o motivo legal, isto é, a indicação e a correta aplicação do dispositivo que possibilitou a atuação administrativa, em observância ao já mencionado princípio da legalidade. No caso das prorrogações antecipadas das concessões de transporte terrestre, é a indicação e a observância dos pressupostos, condições e limites que a Lei n. 13.448/17 exige.

Já o motivo fático é aquela a situação elencada pelo administrador público como ensejadora da adoção de determinada medida, a partir de seu juízo de conveniência e oportunidade, em detrimento de todas as demais escolhas possíveis que poderiam, legalmente, alcançar o interesse público.

A importância da motivação é brilhantemente expressa por Hartmur Maurer¹¹⁹, para quem:

A motivação serve, em primeiro lugar, como autocontrole para a autoridade que, por meio dela, é obrigada a estudar com rigor a sua decisão, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista jurídico, cercado-se, assim, de garantias suficientes. **Ela serve, igualmente, ao cidadão que, graças à motivação e só a ela, adquire condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e a conveniência de um recurso. Ela facilita, enfim, o controle jurisdicional**, uma vez que a autoridade competente para examinar o recurso administrativo ou o tribunal administrativo podem **comprovar qual situação e quais considerações levaram a autoridade a tomar a sua decisão**. (Grifos do autor)

A motivação das decisões administrativas toma ainda significância nas prorrogações antecipadas, haja vista o seu caráter excepcional diante do dever de licitar e dos princípios da competição e da livre concorrência. Nesse sentido, o voto do Ministro Augusto Sherman do TCU:

Decidindo por solução diversa ou mais onerosa **que a usualmente utilizada pelos agentes públicos** e privados, **obriga-se o administrador a justificar sua escolha, para comprovar que ela é a que melhor atende ao interesse público e aos princípios da eficiência e economicidade. O penhor da legalidade de sua ação é os fundamentos que apresenta, a força da justificativa que embasa a decisão**. (Grifos do autor)

¹¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei n. 8.987/1995 (Parte Geral). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132.

¹¹⁹ MAURER, Hartmur. *In*: FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55.

A vantajosidade do prolongamento antecipado do prazo da concessão deve ser inequívoca quando comparada com as demais opções, em especial àquelas que prestigiam a licitação. A licitação é a regra. A prorrogação é a exceção, a qual somente se justifica com a evidente demonstração de maior vantajosidade ao interesse público e, em segundo lugar, ao Erário – frise-se.

Para tanto, o art. 8º da Lei n. 13.448/17 prevê a necessária realização de estudo técnico prévio¹²⁰ – o qual deverá passar pelo crivo do TCU – que demonstre a vantagem em se adotar a prorrogação antecipada frente à realização de nova licitação para o empreendimento. Caso não fosse necessária a realização dos estudos técnicos, o controle dessa decisão administrativa se mostraria deficitário, de modo que poderiam ser utilizadas justificativas abstratas como a “urgente necessidade de investimentos e modernização do contrato” ou a geração de novas receitas mediante o pagamento de adicional de outorga ou a geração de novos empregos.

De fato, são motivos de grande relevância. Contudo, tais vantagens não podem ficar no plano da abstração, devem ser inequivocamente demonstradas no caso concreto. A própria exposição de motivos da Medida Provisória que culminou na Lei n. 13.448/17, dá uma dessas justificativas genéricas ao exemplificar que a concessionária, por contar com histórico de receitas conhecido, teria maior facilidade na obtenção de crédito bancário do que uma nova licitante. O que não passa de uma projeção falaciosa, visto que existem inúmeras variáveis nessa equação – A concessionária pode ter deficiências de caixa e não honrar devidamente suas obrigações com os bancos financiadores. A nova licitante pode ter mais confiabilidade no mercado do que a concessionária original ou mesmo ser SPE constituída por financiadores (bancos e fundos de investimento) ou, ainda, ter fluxo de caixa bastante para a realização dos investimentos imediatos sem a necessidade de financiamento.

O mestre Egon Bockmann Moreira¹²¹ corrobora tal entendimento ao intentar “a necessidade de estudos minuciosos, a instruir o respectivo procedimento administrativo, que expliquem e justifiquem a decisão administrativa da prorrogação”.

¹²⁰ O estudo técnico previsto na lei é composto por uma série de estudos, dentre eles estão estudos de demanda, estudos operacionais, estudos de engenharia, estudos de viabilidade ambiental, estudos de questões jurídicas e regulatórias existentes, avaliação socioeconômicas e modelagem econômico-financeira.

¹²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei n. 8.987/1995 (Parte Geral). 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164.

O principal estudo nesse sentido é a Análise de Impacto Regulatório (AIR), a qual caracteriza os problemas a serem resolvidos, levanta e analisa as alternativas regulatórias possíveis, faz levantamento dos atores envolvidos, e, por fim, identifica os impactos de cada alternativa e apresenta conclusão sobre os resultados.

A ANTT, cumprindo seu papel no processo de prorrogação antecipada da Malha Paulista¹²², realizou a Análise de Impacto Regulatório (AIR) e simulou quatro alternativas para a concessão: a) “Cenário-base”: prorrogação no final do contrato ou realização de nova licitação em 2028; b) Alteração do contrato vigente com reequilíbrio por extensão de prazo; c) Prorrogação antecipada; e d) Extinção antecipada e realização de nova licitação.

Foram listados os principais impactos positivos e negativos e avaliadas a sua magnitude, em uma escala de 1 (baixa relevância) a 5 (alta relevância). Posteriormente, as alternativas foram analisadas em relação à efetividade para a solução dos objetivos específicos, em três momentos distintos: (i) curto prazo - até 5 anos; (ii) médio prazo - de 5 a 10 anos; e (iii) longo prazo - mais de 10 anos. Ao fim, para concluir qual alternativa teria os maiores graus de eficiência e efetividade, a ANTT calculou a média da classificação relativa de cada uma das alternativas. Como resultado, a prorrogação antecipada mostrou-se a alternativa mais vantajosa, seguida da extinção antecipada com nova licitação; da alteração contratual com extensão de prazo; e do cenário-base.

Nos mesmos estudos de fundamentação a ANTT deve elencar e embasar fundamentadamente quais serão as práticas regulatórias aplicáveis ao caso concreto, como i) o estabelecimento de tarifas-base e tetos-tarifários; ii) o modo de fiscalização da agência e o modo de prestação de contas da concessionária; iii) os mecanismos de desestímulo às inexecuções e atrasos; iv) os mecanismos de arbitragem; v) o valor do desconto anual de reequilíbrio e o valor do adicional de outorga, baseados nos estudos de demanda; vi) a modelagem econômico-financeira; vii) os parâmetros de qualidade do serviço; viii) os mecanismos de garantia da capacidade de transporte a terceiros outorgados; ix) o modo de remuneração da concessionária; x) a fixação e ajuste dos níveis de capacidade de transporte; xi) o estabelecimento do nível de saturação e dos gatilhos de investimentos; xii) a decisão sobre a exclusividade da prestação do

¹²² Maior e mais importante malha ferroviária do país, com 1.989 km de ferrovia. Essencial para o escoamento da produção agrícola nacional, com localização estratégica para o acesso ao Porto de Santos.

serviço de transporte ferroviário; xiii) a metodologia do fluxo de caixa marginal para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; dentre outros.

Adicionalmente, a ANTT deve apresentar minudente plano de investimentos consistente e fundamentado e munido do cronograma de investimentos, conforme as necessidades de cada concessão a ser prorrogada antecipadamente. São exemplos de investimentos i) a modernização, ampliação e duplicação de vias; ii) a renovação das instalações operacionais; iii) a aquisição de novos equipamentos (e locomotivas, vagões e pátios, no caso das ferrovias); iv) a realização de obras para a redução de acidentes e conflitos urbanos (desvios, viadutos e obras de segurança).

Ademais, a ANTT deve estabelecer relação de confiança e transparência com a concessionária, com vistas a minimizar a assimetria de informações sobre a realidade da concessão a ser prorrogada.

Por fim, devem ser expostos os benefícios concretos (relação custo-benefício) que levaram à decisão do gestor público pela prorrogação antecipada, a exemplo do i) aumento de capacidade de transporte; ii) aumento de demanda; iii) redução dos custos de frete e combustível; iii) redução de tarifas; iv) aumento da arrecadação tributária; v) pagamento de outorga adicional; vi) redução de acidentes e de congestionamentos; e vii) promoção de impactos ambientais positivos.

Em suma, a discricionariedade técnica conferida à agência reguladora para planejar a prorrogação, elaborar o termo aditivo e celebrar o novo ajuste, deve ser pautada em análise concreta, sistemática, analítica e empírica¹²³.

3.1.4 Economicidade e Eficiência

Demonstrada inequivocamente a vantajosidade da prorrogação antecipada frente às demais alternativas para solucionar as demandas de determinada concessão, devem ser observados, em conjunto, os princípios da economicidade (art. 70, caput, da CF) e da eficiência (art. 37, caput, CF) nas medidas a serem tomadas.

¹²³ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 279.

O doutrinador italiano Renato Alessi¹²⁴, defende a existência de interesse público primário e secundário. O interesse público primário é aquele que corresponde ao estrito cumprimento legal, inclusive dos objetivos que a lei traça ao prever a realização de determinado ato administrativo.

Por interesse público secundário, entende-se como as vantagens econômicas e temporais do ato para a Administração Pública. Nesse sentido, os princípios da eficiência e da economicidade.

O princípio da economicidade, apesar de não se encontrar no rol não taxativo de princípios do art. 37, caput, é essencial à atuação da Administração Pública, na medida em que não se pode admitir atos levemente antieconômicos por parte dos gestores públicos. Tal princípio faz parte do núcleo da fiscalização dos tribunais de conta (art. 70, caput, da CF; artigos 1º, § 1º, e 43, II, da Lei n. 8.443/92 – LOTCU).

Para o TCU, a economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade¹²⁵. Ricardo L. Torrer¹²⁶, no mesmo sentido, afirma que a economicidade implica na eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação.

Destacamos que a economicidade não se encerra em economias ou aferição de lucros pelo Erário, mas em benefícios indiretos para toda a coletividade, caso a economia gerada seja revertida para o bem comum.

Já o princípio da eficiência, além de constar no art. 37, caput, CF, é elencado pela Lei de Concessões como requisito do serviço público adequado. O TCU¹²⁷ define eficiência como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 57.

¹²⁵ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (Intosai). Guidelines on Central Concepts for Performance Auditing. Viena, 2016. Disponível em: http://www.issai.org/en_us/site-issai/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

¹²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991, pp. 37/44. In: BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da Economicidade e o papel do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**. p. 43. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1224/1278>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹²⁷ Controle objeto de críticas tanto das agências reguladoras quanto dos entes privados, mediante condutas que beiram a interferência no juízo de conveniência e oportunidade do gestor público.

empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade. Lucas Rocha Furtado¹²⁸ resume o princípio na aplicação dos recursos públicos a partir do exame da relação custo/benefício da sua atuação.

Percebe-se que os referidos princípios se confundem e se complementam¹²⁹, na medida em que ambos visam à atuação mais célere, precisa e menos custosa do gestor em busca do interesse público e da finalidade específica do ato praticado. Tais princípios guardam estreita relação com os, também, princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, imbuídos da correlação entre meios e fins¹³⁰.

O ponto ótimo da prestação de serviço público, em especial quando delegada à iniciativa privada, é quando se percebe grande diferença positiva – mas nem sempre quantitativa – entre benefícios e custos sociais.

Conforme o TCU¹³¹, o ente regulador possui discricionariedade técnica, contanto que atenda aos ditames da legislação (em sentido amplo) e da Constituição Federal, mas a própria determinação destes ‘ditames’ deverá ser feita observando a realidade socioeconômica que se intenta disciplinar, nos seus aspectos de racionalidade, eficiência e ponderação de interesses.

A observância aos princípios da economicidade e da eficiência pode ser avaliada previamente ou posteriormente ao ato administrativo. A avaliação posterior possibilita maiores certezas, pois analisa atos pretéritos e efeitos concretos. São analisados os resultados obtidos (ou não obtidos) e os custos necessários à sua obtenção, o que possibilita também aferir a eficácia – simples exame dos resultados – e a efetividade – comparação entre os resultados e as metas estabelecidas – das medidas.

¹²⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97.

¹²⁹ BUGARIN, Paulo Soares. **Reflexões sobre o princípio constitucional da Economicidade e o papel do TCU**. Revista do Tribunal de Contas da União. p. 44. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1224/1278>. Acesso em: 20 ago. 2020. “13. Ademais, é inegável que o princípio da economicidade se harmoniza integral e complementarmente com o recém-introduzido princípio da eficiência (eficiência EC nº 19/98), sendo deste, com efeito, corolário, e vice-versa.”

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 365.368-7**. (Primeira Turma). Relator: Ricardo Lewandowski, 22 de maio de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905558/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-118-pr>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1077/2015**. (Plenário). Relator: Ministro Aroldo Cedraz, 06 de maio de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

Já a avaliação prévia, é ato eivado de menos certezas, mas imprescindível à atuação discricionária do gestor. Por isso a indispensabilidade de estudos técnicos robustos e bem ajustados à realidade de cada uma das concessões a serem prorrogadas antecipadamente, além da previsão de mecanismos que evitem o descumprimento das obrigações contratuais, especialmente do cronograma de investimentos obrigatórios – que confere previsibilidade aos efeitos da prorrogação.

Deve-se levar em conta que a prorrogação antecipada, juntamente com os novos investimentos, traz a necessidade de reequilíbrio financeiro pelo menos ao fim do contrato, além de possibilitar o pagamento de outorga adicional pela extensão do prazo e novas receitas tributárias e não tributárias.

A ANTT deve analisar com o devido cuidado todos esses aspectos para, só então, decidir sobre a prorrogação e sobre como se dará a execução contratual, qual será a data de assinatura do aditivo e qual será o prazo a ser prorrogado.

Especial atenção deve ser dada à estipulação do prazo a ser prorrogado, o qual não pode ser determinado arbitrariamente e aleatoriamente pela agência, sob pena de ferir os princípios da motivação, da eficiência e da economicidade.

De início, deve-se ter em mente que contrato administrativo de prestação continuada deve ter prazo determinado, vedada a celebração de contrato com prazo de vigência indeterminado (art. 57, §3º, Lei nº8.666/93).

Não é diferente para as concessões de serviço público, nas quais o prazo é elemento essencial dos contratos (arts. 2º, II; 5º; 18, I; e 23, I, da Lei de Concessões). Da mesma forma, deve o termo aditivo do contrato definir o prazo a ser prorrogado, visto que a prorrogação é obrigação acessória do contrato de concessão.

A temporalidade da concessão de serviço público advém do dever de licitar e dos princípios da isonomia e da competição, pois é inconcebível que uma mesma empresa detenha

espécie de monopólio *ad aeternum* sobre serviço público ou uma “alienação de competências públicas”¹³².

Não há maiores discussões quanto ao caráter necessariamente certo do prazo a ser prorrogado, nem mais existem discussões quanto ao limite desse prazo. Isso porque a própria Lei n. 13.448/17, em seu art. 5º, §3º, dispôs que, desde que já não tenha sido prorrogado anteriormente, o contrato de concessão poderá ser prorrogado apenas uma única vez, por período igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado.

Embora a lei tenha fixado prazo máximo para as prorrogações antecipadas, a definição desse prazo está no âmbito de discricionariedade do gestor. Essa definição, assim como todas as decisões discricionárias, deve ser devidamente fundamentada, segundo critérios econômico-financeiros lastreados nos estudos prévios, nas estimativas de receita e no cronograma de investimentos.

Essa escolha deve ser inteiramente baseada nos princípios que regem a Administração Pública, notadamente os princípios da economicidade e da eficiência. O critério econômico-financeiro determina que “o prazo de prorrogação deve ser suficiente (nem mais, nem menos) para que a concessionária amortize os novos investimentos em bens reversíveis, se remunere pelos custos de administração da infraestrutura e, ainda, aufera uma margem de lucro justa, tudo cobrando tarifas módicas dos usuários”¹³³.

Guimarães¹³⁴ ainda acrescenta que:

Na aplicação do critério econômico-financeiro, o Poder Concedente pode **considerar, ainda, outros fatores**; por exemplo: (i) **as conjunturas do mercado**; (ii) **o prazo mínimo razoável de uma relação jurídica concessória**, considerados os riscos inerentes à substituição de uma concessionária de serviço público por outra (Exemplo: o risco de comprometimento da qualidade do serviço público concedido em razão da falta de experiência da nova concessionária); (iii) **o retorno mais rápido ou mais lento dos novos investimentos a serem realizados** pela concessionária, o que impõe um equilíbrio entre os pouco rentáveis/deficitários anos do início do prazo de prorrogação e os muito rentáveis anos do fim; etc. (Grifos do autor)

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo e Constitucional**: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 472.

¹³³ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 255.

¹³⁴ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Considerados todos esses fatores e os que se apresentarem necessários ao caso concreto, poderá a ANTT estipular o prazo a ser prorrogado, que não deve ser aquém ou além do necessário para a realização do interesse público e para a remuneração devida ao concessionário.

4 O CONTROLE DO TCU SOBRE AS PRORROGAÇÕES ANTECIPADAS

Nos termos do art. 11 da Lei n. 13.448/2017, encerrada a consulta pública, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União (i) o termo aditivo da prorrogação contratual; (ii) o estudo técnico prévio que fundamenta a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação, e (iii) os documentos que comprovem o cumprimento das exigências quanto de que tratam os incisos I e II do § 2º do art. 6º, a saber:

I - quanto à concessão rodoviária, a execução de, no mínimo, 80% (oitenta por cento) das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada, desconsideradas as hipóteses de inadimplemento contratual para as quais o contratado não tenha dado causa, conforme relatório elaborado pelo órgão ou pela entidade competente;

II - quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5 (cinco) anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por 3 (três) anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por 4 (quatro) anos.

No exercício de seu poder regulamentar que lhe confere o art. 3º¹³⁵ da Lei n. 8.443/1992 (“LOTUCU”), o Tribunal editou a Instrução Normativa n. 81/2018¹³⁶ que, no tocante às prorrogações antecipadas da Lei nº 13.448/2017, o Poder Concedente deverá encaminhar, no mínimo cento e cinquenta dias da assinatura dos termos aditivos para a prorrogação antecipada de concessões, além dos documentos previstos no art. 11 da Lei, a descrição sucinta do objeto, as condicionantes econômicas, a localização, o cronograma da prorrogação e normativos autorizativos.

O TCU analisa, então, os documentos remetidos com base, justamente, nos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, caput, da CF) notadamente os princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, nos termos do art. 1º, §1º e 70 da CF.

¹³⁵ BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

¹³⁶ BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 10. O Poder Concedente deverá encaminhar ao Tribunal de Contas da União, com no mínimo cento e cinquenta dias da assinatura de contratos ou termos aditivos para a prorrogação ou a renovação de concessões ou permissões, inclusive as de caráter antecipado, descrição sucinta do objeto, condicionantes econômicas, localização, cronograma da prorrogação e normativos autorizativos.

Como bem exposto pelo Ministro Bruno Dantas, relator da prorrogação antecipada da EFC¹³⁷ e da EFVM¹³⁸ no TCU:

Se por um lado o silêncio normativo confere espaço de discricionariedade ao gestor na definição de parâmetros e metodologias, de outro lado, possibilita que este Tribunal aprecie tais escolhas também sob uma perspectiva de sua juridicidade, considerando as consequências práticas dessa decisão, os obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Entender de modo diverso significaria que, em face da ausência de parâmetros legalmente instituídos, a etapa prevista na Lei 13.448/2017 estaria cumprida com o mero envio da documentação ao TCU, a quem restaria tão somente cancelar as decisões tomadas pelo Poder Concedente. Tal procedimento, por evidente, não se coadunaria com a competências constitucionalmente atribuídas a esta Corte de Contas para zelar pelo erário.

Já foram analisados e aprovados, com ressalvas, pelo Tribunal três termos aditivos aos contratos de concessão para a sua prorrogação antecipada (Malha Paulista, EFC e EFVM), sendo a análise focada nas possíveis repercussões financeiras e patrimoniais das escolhas e critérios adotados pela ANTT, notadamente na valoração da base de ativos da concessão, na estimativa de receitas e despesas, na definição das taxas que representam o custo de oportunidade de capital. Como ressaltou o Ministro Bruno Dantas, “o cerne das questões passa pela confiabilidade de que o patrimônio público foi adequadamente valorado no negócio jurídico em curso”.

A Corte de Contas tem se mostrado deferente às escolhas da ANTT nas prorrogações antecipadas, ao contrário do que a SeinfraPortoFerrovia (Seinfra) – unidade técnica do TCU especializada em portos e ferrovias – tem proposto.

No processo que analisou a prorrogação da Malha Paulista¹³⁹, a Seinfra, em um primeiro momento, propôs que o Tribunal condicionasse a assinatura do termo aditivo a uma série de condições. A Corte assim fez, condicionando a assinatura à implementação de 28 determinações. No entanto, quando a prorrogação estava prestes a ser assinada, a Seinfra

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1946/2020**. (Plenário). Relator: Ministro Bruno Dantas, 29 de julho de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1946/2020**. (Plenário). Relator: Ministro Bruno Dantas, 29 de julho de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.876/2019**. (Plenário). Relator: Ministro Augusto Nardes, 27 de novembro de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

considerou que a agência não havia cumprido com suficiência as determinações do Tribunal e requereu a sustação cautelar do ato. O Relator, contrariamente, considerou cumpridas as determinações e não determinou a sustação do ato.

Já no caso da EFC e da EFVM, analisadas conjuntamente, a Seinfra foi expressamente contra a assinatura do aditivo, visto não estarem presentes os requisitos para a prorrogação antecipada. Na mesma ocasião, a SeinfraPortoFerrovia sugeriu que a Corte determinasse que o Ministério de Infraestrutura e a ANTT se abstivessem de prorrogar antecipadamente a concessão das ferrovias, em face da não demonstração da vantagem preconizada no art. 8º da Lei 13.448/2017, bem como determinar à ANTT que adotasse medidas com vistas a tratar as impropriedades identificadas e que apresentasse nova modelagem econômico-financeira e estudos técnicos prévios para a prorrogação. O Tribunal, no entanto, não suspendeu a assinatura do aditivo, mas condicionou a assinatura à implementação de 14 determinações.

Deixando à parte as considerações sobre a pertinência ou não das determinações do Tribunal, baseadas no art. 43, I¹⁴⁰, da LOTCU, nota-se que o TCU tem dado particular importância à fiscalização das prorrogações antecipadas, condicionando sua assinatura a uma série de determinações e formulando determinações e recomendações a serem realizadas após a assinatura.

Nesse sentido, a ANTT (e seus gestores) devem agir com a diligência necessária e, além de seguir à risca as disposições da Lei n. 13.448/2017, agir conforme os princípios que regem a Administração Pública, em especial a legalidade, a economicidade e a moralidade e buscar, sempre, a vantajosidade para o interesse público. Como bem disse o Ministro Bruno Dantas na ocasião do julgamento da prorrogação das concessões da EFC e da EFVM:

Não é papel do órgão de controle substituir a escolha do gestor público **se não há infração aos princípios da gestão pública**. É defender nosso papel sermos deferentes às escolhas, **em especial quando bem fundamentadas**. Não é questão de qualificação técnica, é de **legitimação constitucional**. Cabe ao Executivo fazer. **Se há alternativa que não viola as leis, devemos respeitar essa escolha.**

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal: I - determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal.

Lembre-se que o TCU tem a prerrogativa constitucional (art. 71, XIII, IX, X, XI e §§ 1º, 2º e 3º) e legal (art. 45 da LOTCU) de sustar atos e contratos administrativos eivados de ilegalidade e de sancionar os responsáveis.

4.1 O controle da discricionariedade do gestor nas prorrogações antecipadas

Preenchidos os pressupostos necessários e cumpridas as condições estabelecidas legalmente, realizados os estudos técnicos e considerados todos os princípios (explícitos e implícitos) da Administração Pública, poderá a ANTT elaborar o termo aditivo, com as novas obrigações e o novo prazo contratual.

No entanto, para que a celebração do aditivo seja válida, suas cláusulas devem, indispensavelmente, representar os motivos como fundamento da prorrogação, sob pena de nulidade da prorrogação. É a teoria dos motivos determinantes, adotada pelo TCU¹⁴¹ e pelo STJ, para quem “a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada”¹⁴².

Preenchidos esses requisitos e não eivado de nenhum vício de legalidade, o ato administrativo discricionário de prorrogar antecipadamente determinado contrato de concessão não pode ser objeto de interferências do controle externo, nem mesmo do TCU.

Mesmo que o TCU considere que a ANTT deveria reconsiderar suas escolhas, por entender que existem opções que, no seu próprio crivo de conveniência e oportunidade, sejam mais vantajosas ao interesse público, não pode o Tribunal determinar que sejam realizadas as alterações, caso ambas as soluções sejam legais, legítimas, eficientes e econômicas¹⁴³.

¹⁴¹ Tribunal de Contas da União. Acórdãos 435/2020; 599/2019; 203/2019; 2.987/2018, 2.916/2018, 51/2018 – todos do Plenário – entre outras decisões do Tribunal.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 20.565/MG.** (Quinta Turma). Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 15 de março de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21353714/agreg-no-recurso-extraordinario-re-573556-rs-stf/inteiro-teor-110339542>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁴³ VIEIRA, M. C. O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo.** Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 139.

Cabe ao TCU, mediante fundamentos técnicos bem embasados, apenas recomendar as providências que entende cabível, pois:¹⁴⁴

17. [...] o controle do TCU sobre os atos de regulação é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador.

18. A partir desta premissa, verificada qualquer violação de disposição legal expressa, em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular. Já, **no caso de ato discricionário praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas.**

19. Não é suprimida a competência do Tribunal para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que viciado em seus atributos, a exemplo da competência, da forma, da finalidade ou, ainda, inexistente o motivo determinante e declarado. Em tais hipóteses e se a irregularidade for grave, pode até mesmo determinar a anulação do ato.

Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁵, segundo o qual não cabe ao Judiciário analisar o mérito administrativo, mas apenas verificar a sua regularidade em relação às causas, aos motivos e às finalidades que os ensejam. Posicionamento confirmado também no caso de prorrogações antecipadas.¹⁴⁶ Isso porque o interesse público “inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”¹⁴⁷.

O respeito à decisão legal, legítima, eficiente, econômica e norteada pelo interesse público é essencial para o bom funcionamento da Administração Pública, prestigia o princípio da separação dos Poderes (autocontenção dos órgãos de controle) e demonstra deferência à discricionariedade técnica e à autonomia decisória conferidas às agências reguladoras¹⁴⁸.

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 602/2008**. (Plenário). Relator: Ministro Benjamin Zymler, 09 de abril de 2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 20432/DF**. Relator: Ministro Ari Pargendler, 24 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861674185/mandado-de-seguranca-ms-20432-df-2013-0305660-3/inteiro-teor-861674210?ref=serp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁴⁷ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. “Não será cabível que as políticas públicas, traduzidas em ações e omissões da agência, fiquem absolutamente imunes a qualquer tipo de controle externo. Ainda que se possa imaginar que a condução de determinados setores importará de autonomia de atuação mais intensa reconhecida a uma autarquia – tal como se passa, por exemplo, quanto a algumas facetas da competência do Banco Central do Brasil -, isso não pode significar a liberdade para adotar políticas públicas sem qualquer influência de outros órgãos”.

Trata-se da observância do princípio da deferência (*self-restraint*), que implica no respeito ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor na avaliação das circunstâncias fáticas que levaram à decisão. Essa contenção evita que o controlador se imiscua no papel de gestor e decida em seu lugar, conforme o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade.

O legislador, recentemente, por meio da Lei da Segurança Jurídica, reconheceu a sua importância e positivou o referido princípio no art. 22 da LINDB. Assim, na interpretação de normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (*caput*) e, nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato administrativo, devem consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente público.

O art. 24 da LINDB ainda prevê que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deve levar em conta as orientações gerais da época¹⁴⁹, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

A introdução das disposições acima visa afastar o fenômeno da “Administração Pública do medo”, no qual, diante da proliferação das possibilidades de responsabilização e da intervenção excessiva dos órgãos de controle, os gestores públicos deixam de atuar com a celeridade necessária ou mesmo deixam de realizar esses atos por medo de serem posteriormente punidos¹⁵⁰. Esse receio do administrador público tem travado a atuação administrativa discricionária e, conseqüentemente, a concretização das políticas públicas.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 ago. 2020. Art. 24, Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

¹⁵⁰ MOTTA, Fabrício. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Em relação às agências reguladoras, essa liberdade é ainda mais necessária, diante da natureza das suas atribuições e de sua inter-relação intrínseca com os setores econômicos e com o mercado. É o que esclarece Marques Neto¹⁵¹, para quem:

A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: **a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob o controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação.** Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, **pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado.**

Como bem pontuou o Ministro Bruno Dantas na relatoria da prorrogação da EFC e da EFVM, o exercício do poder de controle de atos regulatórios e relacionados à definição de políticas públicas encontra-se em uma tênue fronteira que demanda constante exercício de autocontenção do TCU, para que, no exercício de suas competências, evite o voluntarismo e respeite o legítimo espaço de discricionariedade do gestor e do regulador. Assim, em processos dessa natureza, o TCU deve primar por não se imiscuir de maneira imprópria no espaço discricionário assegurado ao gestor.

O reconhecimento desse espaço, contudo, **não significa que esse poder discricionário seja absoluto e, assim, imune ao controle.** A jurisprudência do TCU é no sentido de que ele pode **ser sindicado quanto aos seus requisitos, bem como aos critérios de juridicidade, mormente quando evidenciado que as decisões afrontam princípios a que se submete a Administração Pública, como os da motivação, da finalidade, da eficiência e da economicidade,** para citar alguns que frequentemente se relacionam à matéria discutida em processos de controle de contratos de parceria.

Especificamente no tocante ao tema da presente monografia, o *self-restraint* à decisão dos administradores confere a segurança jurídica e a flexibilidade necessárias à ANTT para prorrogar antecipadamente os contratos de concessão de forma célere, eficaz e adequada, como meio de efetivar a política pública de infraestrutura e gerar os efeitos micro e macroeconômicos desejados.

¹⁵¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95.

CONCLUSÃO

Na década de 1990, o Governo Federal, em meio à onda de desestatizações, considerou a concessão de rodovias e ferrovias à iniciativa privada como solução para atingir níveis adequados de prestação de serviço público de transportes terrestres e para desonerar o Estado de tal incumbência. Esse modelo passou a ser amplamente utilizado no âmbito Federal e Estadual, sendo, inclusive, a intenção do atual governo (2019-2022) conceder grande parte das rodovias federais.

Contudo, por conta da extensa duração dos contratos de concessão, percebeu-se que, com 15-20 anos de execução, os contratos e a prestação do serviço, em si, tornavam-se obsoletos. Um conjunto de novas tecnologias, práticas regulatórias e necessidades surgiu e esperar até o fim do contrato – mais 10-15 anos – para que os investimentos necessários sejam realizados e que as novas práticas regulatórias sejam introduzidas, significa postergar a boa prestação do serviço público e o crescimento econômico do país.

Em função disso, foi editada a Lei n. 13.448/17, que previu a possibilidade de se prorrogar antecipadamente contratos de concessão de rodovias e ferrovias, mediante termo aditivo ao contrato, com a previsão de novos investimentos e, até mesmo, de pagamento de valor adicional pela outorga.

Nesse sentido, primeiramente, discorreremos sobre arcabouço legal (constitucional e infraconstitucional) que levaram à edição da Lei.

Posteriormente, analisamos os elementos essenciais à prorrogação antecipada à luz da Lei n. 13.448/17 e conceituamos o instituto como o aditamento discricionário, - em caráter antecipado e excepcional-, do prazo de contratos de concessão de serviço público, em razão da necessidade da realização de investimentos imediatos, da implantação de novas tecnologias e da atualização de contratos de longa duração, por uma única vez, em vias de alcançar o melhor interesse público diante das demais alternativas possíveis.

Analizamos também a natureza jurídica da prorrogação antecipada, que pode ser considerada negócio jurídico administrativo, bilateral, sinalagmático, patrimonial, de efeito modificativo, a título oneroso, comutativo, formal e acessório¹⁵².

Mais adiante, foram examinados os pressupostos para a realização da prorrogação antecipada, a saber: a) expressa previsão legal e nos instrumentos convocatórios (edital e minuta de contrato); b) vigência do prazo de execução do contrato originário; c) não realização prorrogação anterior; d) prestação adequada do serviço ao longo da execução contratual; e) vantajosidade; f) consensualidade; g) qualificação no PPI.

Elencamos, ainda, as condições e os limites dos novos ajustes e discorremos sobre o procedimento prévio à assinatura do termo aditivo e acerca da competência para a realização de cada um dos atos necessários.

Já nos capítulos terceiro e quarto desta monografia, esmiuçamos as competências da ANTT, como Poder Concedente, e as possibilidades e os limites que a Lei n. 13.448/17 e o ordenamento jurídico, como um todo, exigem à atividade discricionária dos seus gestores, os quais devem observar os princípios da legalidade, da motivação, da finalidade, do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e da economicidade na decisão “de quando e como” prorrogar antecipadamente um contrato de concessão, na medida em que, para tanto, é afastado o dever de licitar e, conseqüentemente, é tolhido o direito de terceiros de participar de futura licitação e explorar o serviço concedido (princípio da competição).

Ao fim, discorremos brevemente sobre o controle externo exercido pelo TCU na análise dos termos aditivos que ensejam a prorrogação antecipada das concessões e sobre a sua necessária autocontenção dos órgãos de controle, em observância ao princípio da deferência e ao primado da realidade, especialmente quando a decisão do gestor público for legal, legítima, voltada ao interesse público e em conformidade com as circunstâncias do caso concreto

A partir do detido estudo do instituto da prorrogação antecipada à luz Lei n. 13.448/17 e das possibilidades abertas pela sua inauguração, chega-se à conclusão de que pode ser alternativa muito interessante para a continuidade e melhoria da prestação dos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário.

¹⁵² GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 130.

Em tempos de normalidade, desde que i) embasada em estudos técnicos robustos e adequados, ii) observadas as melhores práticas regulatórias e contratuais e iii) pautadas nos princípios da Gestão Pública e no primado da realidade, a prorrogação antecipada pode ser vantajosa à Administração Pública e à sociedade, especialmente para resolver defasagens tecnológicas e operacionais em concessões vitais aos interesses da comunidade e naquelas em que se tem prognóstico de pouca atratividade em licitação ao fim do prazo original ou em eventual relicitação.

Além das vantagens inerentes à prorrogação antecipada, o Poder Concedente pode ainda obter proveitos adicionais, a partir do condicionamento da assinatura à quitação, pela concessionária, das eventuais multas e das parcelas das receitas alternativas do contrato original ainda não pagas, à reparação dos danos decorrentes de processos administrativos sancionatórios e à resolução consensual de conflitos administrativos e judiciais entre a concessionária e o Poder Concedente¹⁵³. A prorrogação antecipada das concessões confere poder de barganha muito alto ao Concedente em relação à concessionária.

No contexto pós-pandemia de COVID-19, entendemos que o instituto pode ser de um trunfo para a retomada do crescimento do país. Isso porque a realização imediata de novos investimentos, principalmente no transporte ferroviário, aumentaria o potencial de exportação e a competitividade das commodities brasileiras. Em muitos casos, a continuidade da concessão nos exatos termos do contrato original trava o escoamento competitivo de produtos e impede que o país amplie sua capacidade de transporte de cargas. Vale lembrar que o Brasil ocupa a 71ª posição no ranking de competitividade global e a 78ª posição no quesito específico de infraestrutura¹⁵⁴ e que o custo logístico de exportação de soja – principal produto de exportação brasileiro – é quatro vezes superior ao da Argentina e dos Estados Unidos¹⁵⁵.

¹⁵³ Foi o que ocorreu na prorrogação antecipada da Malha Paulista, conforme a Deliberação nº 226, de 28 de abril de 2020, da Diretoria Colegiada da ANTT. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&tipo=DLB&numeroAto=00000226&seqAto=000&valorAno=2020&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=5415. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 1327/2020**. (Plenário). Relator: Ministro Vital do Rêgo, 27 de maio de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁵⁵ Dados de 2013 da Confederação de Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) apontam que o custo de transporte da soja no Brasil era de US\$ 92,00/tonelada, enquanto na Argentina era de US\$ 20,00 e nos EUA US\$ 23,00. Disponível em: https://www.cnabrasil.org.br/assets/arquivos/estudos/livrocompleto_infraestrutura_logistica_desafios_para_o_escoamento_dos_produtos_agropecuarios_0.07677600%201515000372.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

O instituto em discussão ainda precisa ser testado e ter seus efeitos analisados, para que sejam tiradas conclusões concretas sobre a sua efetividade, eficiência e economicidade, mas, a título de prognóstico, desde que bem implementada, a prorrogação antecipada é forma promissora de solucionar os entraves logísticos brasileiros.

Há de se ter em mente que até o momento foram aprovadas pelo TCU somente três prorrogações antecipadas de ferrovias e nenhuma de rodovias, sendo que em todas o Tribunal diagnosticou irregularidades e possibilidades de aprimoramento. Na Malha Paulista, após analisar as condições da prorrogação e analisar o termo aditivo, o TCU expediu 36 determinações e 19 recomendações à ANTT. Na EFC, expediu 15 determinações e 5 recomendações. Na EFVM, expediu 15 determinações e uma recomendação.

É nítida a evolução da qualidade da documentação apresentada pela ANTT da Malha Paulista para a EFC e EFVM, mas ainda restam muitas arestas para serem aparadas, tanto é que a Seinfra sugeriu ao TCU determinar que a ANTT e o Ministério de Infraestrutura se abstivessem da assinatura do aditivo por não restar demonstrada a vantajosidade da prorrogação antecipada, o que só não ocorreu pelo respeito da Corte ao princípio da deferência administrativa.

De modo a evitar entraves à assinatura dos aditivos ou sua posterior sustação e a prestigiar o interesse público, deve a ANTT, na figura de seus técnicos e gestores, além de observar estritamente as disposições normativas, devem dar especial atenção aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os quais, como foi demonstrado, têm o condão de legitimar as escolhas discricionárias da agência perante os órgãos de controle, mesmo na existência de controvérsias sobre sua adequação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTF. Associação Nacional dos Transportes Ferroviários. Informações Gerais. Disponível em: <https://www.antf.org.br/informacoes-gerais/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ANTT. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: http://www.antt.gov.br/salaImprensa/noticias/arquivos/2020/05/ANTT_e_Minfra_assinam_pr_orrogacao_do_contrato_da_Malha_Paulista.html. Acesso em: 20 ago. 2020.

ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 2. ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação. *In*: PEREIRA, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Direito da Infraestrutura**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Concessões e permissões do serviço público. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 10, n. 41, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto Federal n. 7.624, de 22 de novembro de 2011**. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.059, de 25 de maio de 2017**. Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos públicos federais de infraestrutura de transportes, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9059.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.676, de 2 de janeiro de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Infraestrutura. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57759473/do1e-2019-01-02-decreto-n-9-676-de-2-de-janeiro-de-2019-57759429. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transporte Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017. Altera as Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.666, Brasília, 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.987, Brasília, 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 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 Lei n. 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.863, 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 Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Lei n. 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 752, de 24 de novembro de 2016**. Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv752.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Portaria n. 399, de 17 de dezembro de 2015**. Divulga o Pacto pela Saúde 2005 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27075492_PORTARIA_N_399_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 4.975, de 18 de dezembro de 2015**. Estabelece procedimentos e diretrizes para a repactuação dos contratos de concessão de ferrovias no caso de pedido de prorrogação de prazo formulados por concessionária. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.editoramagister.com/legis_27075766_RESOLUCAO_N_4975_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 4.975, de 18 de dezembro de 2015**. Estabelece procedimentos e diretrizes para a repactuação dos contratos de concessão de ferrovias no caso de pedido de prorrogação de prazo formulados por concessionária. Disponível em: http://www.editoramagister.com/legis_27075766_RESOLUCAO_N_4975_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 5.810, de 3 de maio de 2018**. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Disponível em: http://www.antt.gov.br/textogeral/Regimento_Interno.html. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 967**. Prorrogação de contrato de concessão de ferrovia e serviço adequado. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=prorroga%E7%E3o&numero=967&pagina=2&base=INFO>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 34.203**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984502>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5991/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 25 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF**. Relator: Ministro Moreira Alves, 28 de março de 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729222385/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5991-df-distrito-federal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20432/DF**. Relator: Ministro Ari Pargendler, 24 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861674185/mandado-de-seguranca-ms-20432-df-2013-0305660-3/inteiro-teor-861674210?ref=serp>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 118/PR**. Relator: Aldir Passarinho, 25 de outubro de 1989. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905558/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-118-pr>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 365.368-7**. (Primeira Turma). Relator: Ricardo Lewandowski, 22 de maio de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905558/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-118-pr>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 573.556**. (Segunda Turma). Relator: Ministro Ares Britto, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21353714/agreg-no-recurso-extraordinario-re-573556-rs-stf/inteiro-teor-110339542>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 20.565/MG**. (Quinta Turma). Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 15 de março de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21353714/agreg-no-recurso-extraordinario-re-573556-rs-stf/inteiro-teor-110339542>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 524.881/CE**. (Segunda Turma). Relator: Ministra Eliana Calmon, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19323411/recurso-especial-resp-524811-ce-2003-0042093-7/inteiro-teor-19323412>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 111.1084/RJ**. (Segunda Turma). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 02 de junho de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864409430/recurso-especial-resp-1111084-rj-2008-0062857-7/inteiro-teor-864409432?ref=feed>. Acesso em 20 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 912.402/GO**. (Segunda Turma). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 06 de junho de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864409430/recurso-especial-resp-1111084-rj-2008-0062857-7/inteiro-teor-864409432?ref=feed>. Acesso em 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1327/2020** (Plenário). Relator: Ministro Vital do Rêgo, 27 de maio de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 602/2008**. (Plenário). Relator: Ministro Benjamin Zymler, 09 de abril de 2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe.

completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 1.247/2003.** (Plenário). Relator: Ministro
Ubiratan Aguiar, 27 de agosto de 2003. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe). Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.225/2015.** (Plenário). Relator: Ministro
José Múcio Monteiro, 9 de setembro de 2015. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe). Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 2.200/2015.** (Plenário). Relator: Ministra
Ana Arraes, 27 de agosto de 2003. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe). Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 2.876/2019.** (Plenário). Relator: Ministro
Augusto Nardes, 27 de novembro de 2019. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe). Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 2299/2005.** (Plenário). Relator: Ministro
Augusto Nardes, 13 de dezembro de 2019. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe). Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 1077/2015.** (Plenário). Relator: Ministro
Aroldo Cedraz, 06 de maio de 2015. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA
CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe). Acesso
em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Constas da União. **Acórdão n. 1946/2020.** (Plenário). Relator: Ministro
Bruno Dantas, 29 de julho de 2020. Disponível em:
[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-
completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA)

CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1327/2020**. (Plenário). Relator: Ministro Vital do Rêgo, 27 de maio de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01017320196/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMA%2520CORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6544dfb0-a1b0-11ea-8de6-31d6b6b39bbe. Acesso em: 20 ago. 2020.

BUGARIN, Paulo Soares. **Reflexões sobre o princípio constitucional da Economicidade e o papel do TCU**. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1224/1278>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

GARCIA, Flavio Amaral. Transporte rodoviário e complementar de passageiros: algumas controvérsias. *In*: GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre escolhas administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 29, n. 02, 2019.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. **Prorrogação por Interesse Público das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

INTOSAI. International Organization of Supreme Audit Institutions. **Guidelines on Central Concepts for Performance Auditing**. Viena, 2016. Disponível em: http://www.issai.org/en_us/site-issai/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. *In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

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

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAURER, Hartmur. *In*: FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. v. 3, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 12, n.46, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 49, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei n. 8.987/1995 (Parte Geral)**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. MILANO. Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de direito público da economia RDPE**, ano 9, n. 34, 2011.

MOTTA, Fabrício. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. O conceito de prorrogação aplicável às concessões de infraestruturas de transporte terrestre. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 39-68, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. 2018.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. Madrid: Editorial Cordillera, 2003.

PPI. O que é o Programa de Parcerias de Investimentos? Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>. Acesso em: 20 ago. 2020.

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

REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime jurídico dos contratos da Administração: atualização de acordo com a Lei n. 8.987, de 13.02.1995**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

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, 2016.

TÁCITO, Caio. **Moralidade administrativa**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991, pp. 37/44. In: BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da Economicidade e o papel do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**. p. 43. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1224/1278>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VALENTE, Fernanda. **Prorrogar contrato de concessão de ferrovias não afronta licitação, diz STF**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-20/prorrogar-contrato-concessao-ferrovias-nao-afronta-licitacao>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VIEIRA, M. C. O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.