

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PRAZO E PRORROGAÇÃO

Flavio Amaral Garcia*

Sumário - 1. Introdução - 2. A vedação de contratos administrativos com prazo indeterminado - 3. A importância do prazo e sua delimitação temporal na lei e no contrato - 4. A prorrogação do prazo nos contratos de infraestrutura duradouros e nas parcerias público-privadas: pressupostos, fundamentos e requisitos - 5. A prorrogação como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas - 6. A formalização da prorrogação do prazo - 7. Conclusão - 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Durante muito tempo, a prestação de serviços públicos e a gestão de infraestruturas foram tarefas executadas direta e predominantemente pelo Estado e por suas entidades. Essa era, por exemplo, uma realidade comum a vários países europeus e a países como o Brasil, ocupando o Estado um papel de significativa centralidade na consecução direta das mais variadas demandas e necessidades da coletividade.

Nas últimas décadas, o crescimento da participação privada nos setores de infraestrutura tem aumentado exponencialmente, ocupando espaços antes reservados ao Poder Público, que era, ao mesmo tempo, o principal investidor e operador desses serviços. Isso se deve, em grande medida, ao esgotamento do modelo de intervenção direta na economia, calcado na execução e gestão estatal dos serviços e infraestruturas públicas.

Setores vitais para o desenvolvimento econômico e social de um país, tais como energia (petróleo, gás e outras fontes renováveis), portos, telecomunicações, saneamento, transportes (nomeadamente aeroportuário, ferroviário, aquaviário e rodoviário), têm sido costumeiramente objeto de delegação para a iniciativa privada por meio de contratos administrativos, como é o caso, por exemplo, das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas, sem prejuízo de outros arranjos jurídicos e econômicos que, igualmente, prestam-se a viabilizar uma gestão privada de utilidades públicas.

A lógica econômica subjacente a esses contratos administrativos na área de infraestrutura é a de que o concessionário do serviço público ou o parceiro privado se responsabilize pelo aporte inicial dos investimentos necessários à execução do empreendimento, explore a sua gestão e dela extraia sua remuneração conforme a modelagem jurídica, econômica e financeira concebida e definida pelo Poder Público, que continua titular do serviço e proprietário da infraestrutura pública.

* Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra. Professor de Direito Administrativo da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Sócio do Escritório Juruena e Associados.

Aracionalidade que suporta a escolha pública por essas parcerias com a iniciativa privada em setores vitais da economia parte da premissa de que a alocação eficiente de recursos privados permitirá que os investimentos públicos sejam destinados para setores mais carentes e que não comportam atuação notadamente empresarial, como é o caso, por exemplo, dos segmentos da saúde, educação, habitação e segurança.

Independente da conformação jurídica ou mesmo do arranjo econômico que se confira ao contrato administrativo delegatório de utilidades públicas, a nota comum a todos é que, pela magnitude dos investimentos, *prazos extensos* integram a sua essência e a própria economia contratual ínsita a todos esses ajustes duradouros.

Sob tal perspectiva, o objetivo do presente estudo concentra-se, fundamentalmente, em investigar as questões que se relacionam com o *prazo* desses contratos, em especial das parcerias público-privadas, bem como os aspectos relacionados à sua *prorrogação*.

A importância do tema se relaciona com a circunstância de que essas relações contratuais públicas duradouras extrapolam os interesses apenas das partes contratantes. Como são contratos que viabilizam a prestação e a gestão de serviços e infraestruturas públicas,¹ há um inescapável interesse, direto da sociedade e dos usuários, a justificar que o prazo desses contratos bem como o cabimento e condições de suas eventuais prorrogações estejam em conformidade com a lei, com o Direito e com a racionalidade econômica indutora e maximizadora da eficiência.

2. A vedação de contratos administrativos com prazo indeterminado

A primeira premissa a ser fixada em relação aos prazos dos contratos de parceria público-privada é *não comportarem qualquer indeterminação* em relação a esse elemento do ajuste. É da sua natureza a determinação concreta e objetiva do lapso temporal no qual perdurarão os direitos e obrigações previamente acordados entre as partes. Alicerçam essa premissa os princípios da igualdade e da concorrência.²

Ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, orientados pela autonomia da vontade das partes, o ente público contratante não tem o mesmo grau de liberdade na escolha dos seus parceiros ou sociedades empresárias contratadas para a consecução dos mais variados objetos.³

¹ Os contratos de infraestrutura duradouros, nomeadamente, as concessões e parcerias público-privadas refletem escolhas que definem e cristalizam políticas públicas de longo prazo em determinados setores da economia. Daí a utilização da expressão “Governar por Contratos”. Sobre o tema ver GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat: l'action publique em question*. Paris: Presses de Sciences Po, 1999. Acentuando a contratualização da ação administrativa, ver CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-modern*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008. Sobre a estrutura regulatória desses contratos ver, entre outros, COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999; VINCENT-JONES, P. *The regulation of contractualisation in quase-markets for public services*. Public Law, 1999.

² Para Rodrigo Esteves de Oliveira é a partir do princípio da igualdade e da concorrência que se assenta a construção do mercado comum (OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública - I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 92).

³ Como alertava Enzo Roppo: “O primeiro ponto concretiza-se na circunstância de a verdadeira e própria estipulação do contrato representar apenas o acto final de uma série complexa de procedimentos administrativos preparatórios, que são necessários para a sua validade: a deliberação de concluir aquele contrato, assumida pelo órgão legitimado para formar e manifestar a vontade do ente, e eventualmente

Essa restrição da liberdade administrativa na formação dos seus vínculos contratuais é um valor constitucionalmente protegido em vários ordenamentos jurídicos⁴ e expressamente reconhecido no plano do Direito europeu como uma expressão do princípio da igualdade.⁵

A regra, portanto, é a realização de licitação pública com vistas a selecionar a proposta mais vantajosa ao ângulo do interesse público.⁶ É por seu intermédio que se concretizam valores de elevada carga axiológica como isonomia, transparência e moralidade, por conseguinte, configurando-se como um dos mais importantes mecanismos de consecução do interesse público, finalidade que norteia toda e qualquer atividade administrativa.

Nos contratos públicos, o princípio da concorrência impede a indeterminação e a perpetuação de vínculos com quaisquer operadores econômicos ou agentes privados e, assim, justifica a referência doutrinária ao *princípio da temporalidade* como dominante nas concessões de atividade pública.⁷

Dois fundamentos, ambos decorrentes do princípio da concorrência, autorizam essa conclusão: (i) o direito subjetivo dos agentes econômicos no acesso ao mercado público de contratação;⁸ (ii) o atendimento do interesse público, pois a eficiência e a economicidade são objetivamente aferíveis no processo de licitação e na escolha dos operadores econômicos, sendo correto pressupor a existência de um direito subjetivo

submetida ao aval de um órgão de controle, e depois a escolha do contraente, que só excepcionalmente é efectuada discricionariamente pelos representantes do ente público, sem qualquer formalidade particular (negociação privada), tendo lugar, em regra, segundo especiais processos fixados na lei para garantir que a escolha corresponde a critérios de correção, imparcialidade e conveniência” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 344).

⁴ No Brasil, a obrigatoriedade de realização de prévia licitação para as contratações públicas encontra-se expressa no art. 37, XXI e art. 175 da CF. Em Portugal, regra semelhante é encontrada no art. 1.º, 4, do Dec.-lei 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos.

⁵ Cláudia Viana esclarece: “Ainda que sem consagração expressa no Tratado CE, o princípio da igualdade constitui um princípio basilar da ordem jurídica comunitária, que foi formalmente inscrito no direito comunitário, com estatuto de direito fundamental, através da CDFUE, no art. 20, e, mais recentemente, no art. II-80º, do projeto do Tratado Constitucional da União Europeia”. E, mais a frente, complementa a autora: “O concurso público, aberto a todo e qualquer interessado em apresentar uma proposta, constitui o procedimento onde se alcança, na sua máxima expressão, o princípio da igualdade, enquanto igualdade de oportunidades para todos os operadores econômicos interessados em contratar” (VIANA, Cláudia. *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 111; 119).

⁶ Marcelo Caetano esclarece que “anunciada a intenção de se vincular contratualmente, a Administração não faz propostas de contrato, recebe-as” (CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1980. vol. 1, p. 595).

⁷ Lino Torgal assinala: “O princípio da temporalidade domina, na realidade, todo o regime das concessões de actividade pública”. É certo que, habitualmente, estamos perante contratos de duração relativamente longa. Porém, não há hoje concessões deste tipo com carácter perpétuo, pelo que tais concessões, ao atingirem o prazo nelas fixado, cessarão a sua vigência, correndo por conta do concessionário o risco de a duração estipulada não ser suficiente para obter “uma remuneração razoavelmente suficiente para amortizar investimentos, pagar a exploração e dar a expectativa de um lucro” (TORGAL, Lino. *Prorrogação do prazo de concessões de obras*. *Revista de Contratos Públicos*. n. 01, Coimbra: Cedipre, 2011. p. 221-222).

⁸ Miguel Assis Raimundo adverte que: “Todo o agente económico tem, deste ponto de vista, o direito de ser considerado como um cocontratante possível” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. p. 353).

da sociedade e dos usuários a que projetos e contratos estruturantes do interesse público a longo prazo, como é o caso das parcerias público-privadas, sejam meritariamente escolhidos por meio de processo administrativo público e transparente.

A *temporalidade dos prazos nos contratos* administrativos, e em especial nos contratos de infraestrutura duradouros, é uma decorrência lógica do princípio da concorrência, não sendo necessária, sequer, a expressa previsão legal.

Norma que disciplinasse em linha contrária, ou seja, admitindo a indeterminação desses prazos contratuais na seara do Direito Público, seria claramente inconstitucional, na exata medida em que criaria um privilégio injustificável e uma perpetuidade incompatível com o atendimento das necessidades da coletividade, que ficaria privada ao acesso a propostas e projetos que poderiam se revelar mais atraentes ao ângulo do interesse público.

No Direito Comunitário europeu foram editadas, recentemente, três Diretivas tratando do tema da contratação pública: a Diretiva 2014/23 (relativa à adjudicação de contratos de concessão), a Diretiva 2014/24 (relativa aos contratos públicos) e a Diretiva 2014/25 (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais).

Especificamente em relação à Diretiva 2014/23, que disciplinou sobre as concessões, o art. 18, n. 01, estabeleceu que *as concessões têm uma duração limitada, devendo a entidade adjudicante calcular a sua duração em função das obras ou serviços solicitados ao concessionário*.

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já havia afastado a possibilidade de contratações públicas com prazo indeterminado quando determinou que “a prática que consiste em celebrar um contrato por tempo (absolutamente) indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos”.⁹

No caso das Parcerias Público-Privadas brasileiras, o legislador optou por fixar prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos e mínimo de 05 (cinco) anos, a teor do disposto no art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004.¹⁰

3. A importância do prazo e sua delimitação temporal na lei e no contrato

O prazo é um dos elementos determinantes na conformação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de infraestrutura duradouros, em especial das parcerias público-privadas. A racionalidade desses contratos está diretamente ligada ao aporte privado de investimentos em serviços e infraestruturas públicas, com o operador econômico assumindo a sua gestão e exploração visando à busca do lucro justo, o que é inteiramente justificado em economias de mercado orientadas pelos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Delinear o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de infraestrutura duradouros é tarefa bem mais complexa do que nos demais contratos administrativos

⁹ Acórdão *Pressetext* do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19.06.2008, Proc. C-454/06, n. 74, p. 14.

¹⁰ “Art. 5.º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.”

(obras, serviços, fornecimento), eis que são muitas as variáveis que compõem a sua equação, a saber, o volume de investimentos, os riscos do negócio, os custos envolvidos (de oportunidade e administrativo), o fluxo de caixa do empreendimento e, no que interessa mais detidamente ao presente estudo, o prazo necessário para amortização dos aportes financeiros alocados ao projeto.

Por conseguinte, o prazo de cada contrato de parceria público-privada guarda relação direta e vinculada com as demais variáveis que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim, configurando um elemento que pode variar significativamente a depender da natureza do projeto, das escolhas públicas de ordem financeira, política, social e técnica, além das características intrínsecas de cada segmento econômico.

Apenas após os estudos técnicos e projeções econômicas realizadas em momento *ex ante* da contratação é que será possível definir, com exatidão, o prazo contratual *suficiente* que permita a viabilização econômica, técnica e financeira do projeto, com a fixação do lapso temporal necessário à amortização dos investimentos aportados pela sociedade empresária.

Modernamente, a tendência tem sido a de admitir com maior intensidade a participação dos operadores econômicos no diálogo e interação com o ente público durante a elaboração e concepção do projeto e dos estudos que serão objeto de futura licitação, o que permite, via reflexa, maior espaço para se manifestarem, também, acerca da razoabilidade e suficiência do prazo fixado. Mencione-se, a título de exemplo, o *Diálogo Concorrencial*, que já era acolhido pela revogada Directiva 2004/18 CE e que teve o seu âmbito de aplicação estendido com o advento da nova Directiva 2004/24 EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014.¹¹

O prazo nos contratos de infraestrutura duradouros não pode ser fixado aleatoriamente ou mesmo orientado por critérios que se afastem da equação dinamizada pelos vetores dos investimentos e custos alocados no projeto e o tempo necessário para sua amortização.

Desse aspecto advém a importância de que a definição do prazo seja objeto de motivação clara, congruente, racional e transparente, que permita aos operadores econômicos avaliarem a sua coerência e razoabilidade com os demais elementos que integram o núcleo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como viabilize, indistintamente, aos usuários, à coletividade e aos órgãos de controle interno e externo, a possibilidade de contribuir ou mesmo questionar a racionalidade na sua fixação.

Afinal, o que se põe em causa é a escolha de um projeto e de uma sociedade empresária que atuará na gestão de um serviço ou de uma infraestrutura pública na

¹¹ Mark Kirkby assevera o seguinte: “No caso do diálogo concorrencial as dificuldades que justificam a sua utilização revelam-se muito a montante da complexidade que é pressuposta do procedimento por negociação. Aqui, a entidade adjudicante nem sequer está em condições de definir a solução que lhe permitiria construir um caderno de encargos a submeter à concorrência, ou seja, não consegue sequer definir, com o mínimo de rigor, a prestação característica do objeto contratual. O diálogo concorrencial visa, em primeira linha, definir soluções para necessidades públicas em ordem a permitir o desenho de um projecto contratual a submeter à concorrência” (KIRKBY, Mark. O diálogo concorrencial. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 287). No Brasil, instituto similar é o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Sobre o tema ver: GARCIA, Flavio Amaral. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas – o procedimento de manifestação de interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 11, n. 42. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2013.

perspectiva de construção de uma relação duradoura que, se concebida em premissas equivocadas, tem grave potencial de ofensa ao interesse público presente e futuro, estendendo os seus efeitos danosos para outras gerações.¹²

A utilização da expressão *prazo suficiente*, aqui adotada, tem por objetivo sinalizar que o prazo precisa ser aquele estritamente necessário para assegurar o legítimo direito da contratada na amortização dos seus investimentos e na percepção do lucro justo.¹³

Uma nota importante a propósito do tema deve ser objeto de registro. Ao final do prazo de um contrato de infraestrutura duradouro, não há um direito subjetivo por parte do operador econômico a uma lucratividade certa, determinada ou mesmo garantida ou compulsoriamente assegurável pelo Poder Público.¹⁴ É da essência desses contratos de infraestrutura de longa duração a assunção de riscos pelo parceiro privado,¹⁵ sendo a sua *performance* e eficiência determinante na definição da sua maior ou menor lucratividade na gestão do negócio.

A *suficiência* do prazo nos contratos de infraestrutura duradouros é indispensável para afastar graves malefícios que podem decorrer de eventual equívoco ou imprecisão na sua fixação. Explica-se melhor.

Caso o prazo seja maior do que o estritamente necessário para a amortização dos investimentos, cria-se um privilégio injustificável para a sociedade empresária contratada, que passa a explorar o objeto com expectativas de obtenção de lucro que tornam o serviço ou mesmo a infraestrutura pública um veículo de maximização indevida dos seus ganhos.

O dimensionamento alongado do prazo também presta um desserviço ao

¹² Suzana Tavares da Silva alerta para o risco das gerações futuras serem afetados com endividamentos que decorram da proliferação de novos modelos de investimento público de bens e serviços duradouros, fundamentalmente as infraestruturas. SILVA, Suzana Tavares. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p.102.

¹³ Roberto Dromi, discorrendo sobre contratos de concessão, explicita entendimento sobre o prazo de todo aplicável à sistemática dos contratos de infraestrutura duradouros: “Como regla puede decirse que han de serlo por un lapso razonable, que permita la amortización de los capitales y la obtención de una razonable ganancia para el concesionario” (DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 444).

¹⁴ Como pondera Maurício Portugal Ribeiro: “É que ao garantir ao concessionário uma dada taxa interna de retorno, o Poder Público está estabilizando a rentabilidade do projeto para o concessionário, independentemente do maior ou menor sucesso do concessionário para gerenciar os riscos que lhe foram transferidos. Por exemplo, uma vez estabilizada a taxa interna de retorno do projeto, ele não tem qualquer incentivo para minimizar os seus custos, pois independentemente de quais sejam seus custos, o Poder Público lhe garantirá não só a cobertura desses custos, mas também uma margem suficiente para lhe dar a rentabilidade do projeto prevista no seu plano de negócios” (RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 118). Para aprofundamento sobre a taxa interna de retorno, ver: MARTINS, André. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a Taxa Interna de Rentabilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva econômica. *Revista de Contratos Públicos*, n. 03. Coimbra: Cedipre, 2011. p. 5-25.

¹⁵ Em Portugal, prescreve o art. 413 do Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Dec.-lei 18/2008, de 29.01 o seguinte: “Art. 413. O contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário”. Tratando da partilha de riscos nas parcerias público-privadas o Dec.-lei 111/2012, o art. 7.º prevê que os riscos devem estar claramente identificados nos contratos e repartidos de acordo com a respectiva capacidade das partes de gerir esses mesmos riscos. E na alínea b determina que: “b) o estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado”.

interesse público, eis que impede à sociedade e aos usuários acesso a um novo projeto e a competição entre novos operadores econômicos e entrantes no mercado. Clara, neste caso, a violação ao princípio da concorrência.

Pouco importa se a sociedade empresária estava cumprindo ou não de forma eficiente o contrato. Submetida à concorrência, a tendência é que a atual contratada formulasse proposta ainda mais vantajosa para continuar a explorar o serviço ou a infraestrutura pública. O prazo excessivo e descasado desproporcionalmente do volume de investimentos, estendendo além do razoável o vínculo com uma determinada sociedade empresária, afeta o direito subjetivo dos demais operadores econômicos no acesso às contratações públicas.

Não há dúvidas de que, em casos como esses, o maior equívoco é cometido pelo próprio Poder Público porque é, afinal, o responsável pelos estudos, projeções e definição do prazo. Acarreta-se, subsequentemente, um problema jurídico complexo no caso de posterior pretensão de desconstituição do vínculo: o contrato é um ato jurídico perfeito e, portanto, gerador de um efeito estabilizador entre as partes.¹⁶

O prazo *insuficiente*, ou seja, aquele que é inferior ao necessário para amortizar os investimentos alocados pelo particular, é, igualmente, causador de problemas que desatendem o interesse público, além de gerar graves ineficiências.

A consequência mais evidente é que, possivelmente, diante de um prazo que não assegure o retorno dos investimentos, os operadores econômicos não se interessem pelo projeto e não participem da licitação. Todo o esforço que envolve a realização de uma licitação na área de infraestrutura terá sido em vão. E essas licitações são dotadas de uma enorme complexidade, a começar pelos estudos técnicos, projeções econômicas e avaliações financeira e jurídica que podem ser de nenhuma valia caso ocorra um erro na dosagem do prazo.

Outro efeito perverso pode ser a participação de um operador econômico que, mesmo ciente da insuficiência do prazo, não elabore proposta séria e assuma o risco de executar o contrato, mas intencionada a pleitear, ulteriormente, reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, seja por aumento de tarifa, redução da qualidade na consecução do objeto ou qualquer outro método que pretenda recompor a economia do contrato nos trilhos.

Em casos assim, é enorme a probabilidade de a execução do contrato ser permanentemente conturbada, permeada por conflitos entre as partes,¹⁷ com

¹⁶ Para José Alberto González, o princípio da estabilidade é um consectário do princípio da força vinculativa dos contratos e “traduz a máxima *pacta sunt servanda*, a qual significa, encarando-a pela negativa, que o contrato só pode ser modificado ou extinto (através de resolução, revogação, rescisão, denúncia etc.) quando: a lei excepcionalmente conceda semelhante direito a alguma das partes; o próprio contrato o reconheça a algum dos intervenientes” (GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2012. vol. 2, p. 30).

¹⁷ Como bem observa João Amaral e Almeida: “Com efeito, a figura das propostas anômalas nasce da verificação de que não raramente os concorrentes, com o objectivo de se tornarem adjudicatários, apresentam propostas bastante vantajosas para a entidade adjudicante, mas que, por não serem propostas sérias, provocam a posteriori, durante a fase da execução do contrato, atrasos ou suspensões ou até abandono dos trabalhos ou dos serviços, entregas de produtos com defeitos (que as mais das vezes não conseguem ser imediatamente detectados), pedidos de revisão de preços ou invocação de maior onerosidade na execução, utilização de materiais menos eficientes ou adequados, utilização de mão de obra ilícita, desrespeito por normas sobre segurança, etc. E tudo isso afinal são expedientes utilizados pelo adjudicatário com o objetivo de recuperar a diferença entre o preço proposto e o de mercado; e

afastamento dos pressupostos de solidariedade, boa-fé e confiança recíproca que devem nortear *relações contratuais duradouras e relacionais*¹⁸ (do qual a PPP é um exemplo), mormente aquelas que tutelam interesses públicos primários, como é o caso dos serviços e infraestruturas, em que deve prevalecer a lógica da parceria e da colaboração entre a entidade estatal e o operador econômico, sendo que este, conquanto movido pela busca do lucro justo, assume compromisso também com a satisfação de um interesse público.

Certo é que a *fixação de prazos é matéria tipicamente contratual e não legal*. Admitir que o legislador estipule estrita e objetivamente o prazo de um determinado contrato, implica em violação ao princípio da separação dos poderes, e isso interfere indevidamente na gestão privativa do Poder Executivo na administração material dos interesses públicos.

O que remanesce para o campo da lei é a possibilidade de prever *prazos máximos e mínimos para determinados tipos contratuais* (como expressamente previsto no art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004), limitando a discricionariedade do gestor à luz da realidade de cada segmento econômico. Mas a definição, em cada caso concreto, do prazo contratual é matéria reservada ao Poder Executivo e às entidades que integram a Administração Pública, a quem cabe ponderar acerca dos aspectos técnicos, econômicos, financeiros, políticos e sociais que conformam o seu espaço de ação discricionário.

A fixação legal de prazos máximos para contratos de infraestrutura duradouros é, em certa medida, uma concretização do princípio da concorrência. Trata-se de clara determinação do Poder Legislativo direcionada ao Poder Executivo no sentido de que, de tempos em tempos – mesmo em contratos que, pela sua essência, reclamem prazos longos – é necessário ir ao mercado na busca de soluções e propostas mais vantajosas para o interesse público, dessa maneira, viabilizando igualmente o acesso das contratações públicas para os demais operadores econômicos.¹⁹

utilizados quase sempre num ambiente de relacionamento deteriorado ou até de pré-rotura com a entidade adjudicante que culmina com o endosso a esta da responsabilidade pela situação, dando origem, muitos vezes, a um contencioso longo e penoso que é o terreno ideal do pretexto para o abandono contratual” (ALMEIDA, João Amaral. As propostas de preço anormalmente baixo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública – III*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 89-90).

¹⁸ Esses valores e princípios assumiram maior expressão nos contratos duradouros com o advento da Teoria dos Contratos Relacionais. Ronaldo Porto Macedo Junior explica que essa teoria deve grande contributo a Ian Macneil e que se estrutura a partir da premissa de que nos contratos de longa duração é impossível especificar todas as obrigações das partes e prever todas as contingências futuras, sendo indispensável uma flexibilidade para suportar o inacabamento contratual natural que decorrem dessas relações. A base de relações duradouras é, então, a solidariedade, confiança e colaboração recíproca, comportamentos que devem pautar a relação duradoura estabelecida entre as partes. Os interesses não seriam necessariamente antagônicos, mas dependentes reciprocamente de uma permanente cooperação. É possível extrair elementos e fundamentos da referida teoria para os contratos de infraestrutura duradouros, em especial pela indispensável atuação colaborativa e inspirada na confiança e na boa-fé que deve orientar o comportamento do ente público e do concessionário/parceiro privado. Sobre a Teoria dos Contratos Relacionais, ver: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006; e ARAÚJO, Fernando. Op. cit.

¹⁹ Maria João Estorinho assinala que: “Como *medidas amigas da concorrência em matéria de contratos públicos*, é possível apontar, entre outras: a imposição de medidas de transparência e publicidade relativamente aos procedimentos adjudicatários; a preferência por concursos públicos e leilões abertos ao maior número de candidatos; a preferência por critérios de adjudicação baseados no preço mais baixo; a não permissão de prazos demasiado longos das concessões; a colaboração das entidades adjudicantes

A determinação de prazos máximos e mínimos, contudo, pode, também, não ser obrigatoriamente imposta pelo legislador. Existe uma margem de discricionariedade legislativa no tratamento da matéria. No Direito português, por exemplo, a diretriz mais importante referente à fixação dos prazos é a sua correta correlação com a amortização dos investimentos,²⁰ fato que confere à entidade adjudicante liberdade na sua delimitação a partir dos encargos e investimentos que serão exigidos dos operadores econômicos.

No plano do Direito Comunitário Europeu admite-se, ainda, que o prazo seja considerado um *critério de adjudicação do contrato*.²¹ Em outros termos, pode a entidade adjudicante optar por não fixar o prazo no caderno de encargos e transferir a sua definição para os operadores econômicos que, nas suas respectivas propostas, indicarão o prazo necessário para executar o objeto contratual, o que indica ser aquele lapso temporal apresentado na proposta como o necessário para amortização dos investimentos.

4. A prorrogação do prazo nos contratos de infraestrutura duradouros e nas parcerias público-privadas: pressupostos, fundamentos e requisitos

O conceito tradicional de prorrogação nos contratos administrativos pressupõe a extensão do prazo de vigência de um contrato originariamente fixado pelas partes por um determinado período.²² Trata-se de conceito teórico comum aos ramos do Direito Privado e do Direito Público e que decorre, a rigor, de um senso comum e prático da própria Teoria Geral dos Contratos.

Como também é comum a ambos os ramos do Direito a constatação de que as circunstâncias que orbitavam ao tempo da celebração do contrato não

necessariamente se mantêm inalteradas durante a sua execução. O Direito Civil²³ e o Direito Administrativo,²⁴ cada um ao seu modo, reconhecem e lidam com a circunstância de que alterações supervenientes podem surgir e disciplinam as suas possíveis consequências.

Especificamente no que se refere aos contratos submetidos a um regime de Direito Público, a mutabilidade decorre, também, do dinamismo do interesse público, sendo essa uma característica que permeia e qualifica a relação contratual e que caracteriza, historicamente, o regime jurídico dos contratos administrativos.²⁵ Modernamente, a mutabilidade encontra amparo também na *incompletude do contrato*,²⁶ a partir das contribuições das teorias advindas da *Economic Analysis of Law*.

Nos contratos de infraestrutura duradouros, *a certeza que advém da mudança*²⁷ é

²³ Inocêncio Galvão Telles esclarece que a alteração das circunstâncias assumiu clara relevância jurídica a partir do século XII, com as escolas dos Glosadores e Pós-Glosadores, com a afirmação da chamada *cláusula rebus sic stantibus*, própria dos contratos de longa duração. Aduz que por força da referida cláusula, os contratos somente se manteriam em vigor se perdurassem o estado de coisas na época da celebração. No Direito Português, a possibilidade de resolução ou modificação do contrato por alteração de circunstância encontra previsão expressa no art. 437 do CC. No Brasil, o tema é tratado no art. 473 do CC (TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 335-353). No plano dos contratos internacionais de investimentos e nos de investigação tecnológica, é muito comum a presença da *cláusula de hardship*, que impõe uma obrigação para as partes de renegociação do contrato a partir da ocorrência de uma circunstância superveniente e não coberta pela matriz de risco. Ver sobre o tema, ANDRADE, José Carlos Vieira; MARCOS, Rui de Figueiredo (coords.). *Direito do petróleo*. Coimbra: Universidades de Coimbra, 2013. Ainda sobre renegociação dos contratos públicos, ver HUALDE, Alejandro Pérez. *Renegociación de contratos públicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

²⁴ No Direito Administrativo, a teoria da imprevisão construída a partir da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, reflete a mesma ideia de adequação das circunstâncias a nova realidade. Os arts. 332 e 335 do Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Dec.-lei 18/2008, de 29 de janeiro reconhecem a ambos os contratantes o direito de resolução do contrato diante de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. No plano do Direito Comunitário Europeu, as recentes Diretivas sobre contratação pública disciplinaram mais detidamente sobre a modificação dos contratos durante o período de sua vigência. Ver, sobre o tema, o art. 43 da Diretiva 2014/23 (relativa à adjudicação de contratos de concessão), o art. 72 da Diretiva 2014/24 (relativa aos contratos públicos) e o art. 89 da Diretiva 2014/25 (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais).

²⁵ Sobre o tema ver: HOEPPFNER, Hélène. *La Modification Du Contrat Administratif*. Paris: LGDJ, 2009. Em matéria de concessões de serviços públicos, a mutabilidade é reconhecida no princípio da adaptação às necessidades, expressamente previsto no art. 429, alínea c, do Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Dec.-lei 18/2008, de 29 de janeiro. Jorge Andrade da Silva comenta: “O princípio da adaptação às necessidades tem a ver não apenas com a prestação do serviço de modo permanente e contínuo, como também com a sua prestação nas melhores condições para os respectivos utentes, o que implicará certamente uma permanente ação de atualização e adaptação à evolução das circunstâncias” (SILVA, Jorge Andrade. *Código dos contratos públicos*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 863).

²⁶ Na forma anotada por Nuno Cunha Rodrigues: “Com efeito, a detenção, pela administração pública, do poder de modificação unilateral não é um resultado de uma lógica de prossecução do interesse público ou de uma relação desigual, mas também a expressão de uma radical incompletude do contrato constituindo assim uma resposta eficaz a incerteza característica de um conjunto de transações” (RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 74).

²⁷ Egon Bockmann Moreira pondera que: “Nestes tempos pós-modernos é adequado afirmar que a segurança contratual advém da certeza da mudança. A estabilidade dos contratos de longo prazo não decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/plasticidade contratual. Este aparente contrassenso é essencial nos contratos públicos de longo prazo, sobretudo naqueles que se destinam a ser instrumentos de governo” (MOREIRA, Egon Bockman. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 17).

no detetar de eventuais práticas restritivas; a atribuição de poderes efetivos a autoridades imparciais em matéria de concorrência; a previsão de sanções para infratores (incluindo, por exemplo, a inibição de participação em concursos posteriores)” (sem grifos no original) (ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 371-372).

²⁰ Confira-se, a propósito, o disposto no art. 410 do Código dos Contratos Públicos, instituído pelo Dec.-lei 18/2008: “Art. 410 – Prazo. 1 – O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário. 2 – Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é de 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista”. Claramente se percebe que o prazo de 30 (trinta) anos é residual e aplicável apenas na falta de expressa estipulação contratual. No plano do Direito europeu, a mesma lógica foi acolhida no art. 18 da recentíssima Directiva 2014/23 UE do Parlamento Europeu e Conselho de 26.02.2014, a denominada Directiva Concessão, que determina que “para as concessões de prazo superior a cinco anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos.”

²¹ É o que consta expressamente no “Considerando” n. 52 da Diretiva 2014/23, que disciplina sobre as concessões. Confira-se o trecho: “A duração máxima da concessão deverá ser indicada na documentação relativa à concessão, a menos que seja utilizada como critério de adjudicação do contrato.”

²² Por todos, veja-se a conceituação de Pedro Gonçalves: “A prorrogação do contrato de concessão consiste no prolongamento da sua vigência que determina o protelamento do termo de concessão” (GONÇALVES, Pedro Costa. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 328).

inexorável. Esses contratos são, naturalmente, mais suscetíveis às alterações econômicas, financeiras, tecnológicas, políticas e sociais do que os demais contratos que envolvam objetos não tão complexos, como obra, serviços ou fornecimento de bens.²⁸

O fundamento e pressuposto valorativo da intrínseca mutabilidade que norteia as contratações administrativas – e que se faz presente com maior intensidade nos contratos de infraestrutura duradouros – é o atendimento ao interesse público, que, por natureza, não é rígido, estático ou mesmo inerte. O interesse público se interliga e entrelaça-se com a economia, com a política, com as finanças, com os avanços tecnológicos e com tudo o mais que conforma o entorno fático do contrato.

Consequentemente, reconhecer a mutabilidade e o dinamismo das alterações e modificações que podem e certamente surgirão durante a execução de um contrato de longo prazo é o primeiro passo para concebê-lo a partir das bases e parâmetros corretos, dessa maneira, prevendo os mecanismos que possam ajustá-los à realidade cambiante.

Essa premissa é fundamental para compreender a prorrogação dos contratos de infraestrutura duradouros. Ora bem, executado o contrato nas bases originais, o consectário lógico é que, ao final do prazo, os investimentos tenham sido amortizados.

Ocorre, todavia, que, em se tratando de uma concessão de serviço público ou mesmo de uma parceria público-privada em setores sensíveis de infraestrutura, como aeroportos, portos, rodovias, telecomunicações, energia e saneamento, a probabilidade maior – para não dizer absoluta – é a inversa, ou seja, variações econômicas, tecnológicas, financeiras e políticas obrigarão a releitura daquela equação, cuja consequência pode ser a realização de ajustes na tarifa, nos investimentos, nos custos, nas obrigações assumidas pelas partes e, no que interessa ao presente estudo, no prazo.

Tornar o prazo inflexível e, portanto, improrrogável é uma opção posta à disposição do legislador ou mesmo do gestor público quando conforma a relação contratual. Contudo, no tocante a contratos de infraestrutura duradouros, a improrrogabilidade – embora lícita – pode causar dificuldades e transtornos durante a execução contratual. O reconhecimento do pressuposto da mutabilidade milita a favor da previsão de cláusulas mais flexíveis, a saber, que confirmam às partes maior espaço para ajustes e adequações que decorram das prováveis alterações de circunstâncias que incidirão na relação contratual.

Em matéria de *prazo*, a previsão de *prorrogação* é uma dessas *válvulas de escape* que podem viabilizar futuros ajustes no lapso temporal do contrato que decorram, por exemplo, de expansões necessárias ao objeto do contrato ou mesmo novos investimentos para adequar a prestação do serviço ou gestão da infraestrutura a demandas e ocorrências supervenientes.

A circunstância de o instrumento convocatório da licitação e o contrato, eventualmente, admitirem a prorrogação não implica que a extensão do prazo seja obrigatória ou mesmo se torne a regra nos contratos de infraestrutura duradouros.

²⁸ Na feliz síntese de Antônio Moreira Barbosa de Melo: “A este propósito é oportuno, por fim, lembrar que os contratos administrativos duradouros, como de resto muitos contratos privados (v.g. entre empresas), são entidades normativas eminentemente dinâmicas, no sentido de que organizam as relações entre os contraentes no âmbito do seu objeto, ficando abertos a uma execução criativa ou implementação por meio de sucessivos e contínuos arranjos, ajustamentos ou protocolos, consoante o aconselhar a evolução do estado das coisas no respectivo mundo” (MELO, Antônio Moreira Barbosa. *A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público*. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 20).

A autonomia da vontade das partes, ao contrário do que ocorre no Direito Privado,²⁹ é limitada pelo princípio da concorrência, que impõe como regra a realização de procedimento licitatório. Claramente, a decisão de prorrogação do prazo de um contrato de infraestrutura duradouro tem o efeito de postergar a concretização do *valor concorrência*, impondo ao gestor o dever de demonstrar que está amparado em razões de interesse público que justifiquem, à luz das especificidades da situação concreta, alongar o prazo inicialmente ajustado.

A decisão que prorroga o prazo de um contrato de infraestrutura de longa duração é fruto de uma ponderação realizada pelo gestor,³⁰ que considerou estar concretizado o interesse público por intermédio da prorrogação do prazo e não pela cessação do contrato e imediata instauração de uma licitação pública, o que produz como consequência imediata o diferimento quanto à operacionalização do princípio da concorrência.

Não se vislumbra uma prevalência absoluta do princípio da concorrência sobre outros valores ou interesses públicos, mormente quando se trata da prorrogação de prazo em contratos de infraestrutura duradouros, que estruturam projetos de elevado interesse público. Podem entrar em confronto com a concorrência princípios como a universalização e continuidade do serviço público ou mesmo a modicidade tarifária, a justificar que a ponderação se realize a partir das circunstâncias e elementos fáticos, sem uma prévia sobreposição valorativa de um princípio sobre o outro.³¹

O que ora se sustenta é que essa decisão (prorrogação ou realização de nova licitação) submeta-se a uma racionalidade jurídica que imponha ao ente público e

²⁹ A autonomia é destacada por Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho: “O contrato é, antes de mais nada, um negócio jurídico bilateral; com esta amplitude, entende-se poder ele visar a produção de todo e qualquer efeito de direito, não estando pois confinado a um ou alguns dos ramos do direito privado, nem sequer ao direito privado; e acrescenta-se (não já em rigor como elemento da noção de contrato, mas como princípio basilar do seu regime) que lhe é conatural, com aquela mesma amplitude, uma ideia de autonomia, incompatível pois com qualquer regra de tipicidade ou de determinação heterónoma do conteúdo respectivo” (COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho. *Contrato. Evolução do conceito no direito português*. Separata do vol. LXIV (1988) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 6-7).

³⁰ Na lição de Canotilho: “A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de *bens em concreto*. Não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça casuística, impressionística ou de sentimentos. Precisamente por isso, é que o *método do balancing não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito nem uma justificação da solução do conflito através da ponderação*. (...) Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini) à criação de uma *hierarquia axiológica móvel* entre princípios conflituantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um peso ou valor maior ou menor entre os princípios. *Móvel*, porque se trata de uma *relação de valor instável*, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso” (sem grifos no original) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1238-1239; p. 1241).

³¹ Apresentando uma visão crítica acerca da prevalência absoluta do princípio da concorrência nessas hipóteses de ponderação, confira-se o entendimento de João Pacheco de Amorim: “Sublinhe-se, por fim, e à luz do que se tem vindo a explicitar, a ilegitimidade da recente moda ou tendência de alguma opinião doutrinária e jurisprudencial lusa ‘mais papista do que o Papa’ (leia-se, do que o Tribunal de Justiça da União Europeia), no sentido de dispensar esta imprescindível ponderação, pela colocação a priori de todo o peso no lado da proteção do princípio da concorrência, em sistemático detrimento dos demais princípios que se apresentam em concurso com aquele, nomeadamente dos princípios da prossecução do interesse público e do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares” (AMORIM, João Pacheco. O princípio da temporalidade dos contratos públicos. considerações sobre a duração máxima dos contratos e respectiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública – IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 64).

seus gestores a busca da *melhor solução* segundo os critérios de imparcialidade, proporcionalidade e justiça, desse modo, não podendo formar a sua vontade a partir de voluntarismos subjetivistas que resvalam para o arbítrio.³²

Decisão que prorroga o prazo de contratos de infraestrutura duradouros apresenta repercussões diretas nos interesses juridicamente protegidos dos demais operadores econômicos que atuam no mercado e que se qualificam como possíveis novos entrantes.³³ Também os usuários e a sociedade (que pode atuar representada pelo Ministério Público) são legitimados em avaliar a razoabilidade da opção administrativa, mormente por se tratar de serviço ou infraestrutura pública que afeta diretamente os seus interesses.³⁴

O que parece fora de dúvida é a obrigatoriedade do instrumento convocatório da licitação e o contrato estabelecerem expressamente a possibilidade do prazo contratual ser prorrogado. A fixação da *regra do jogo* é indispensável para dar concretude ao princípio da igualdade, de modo a permitir que todos os operadores econômicos tenham ciência de que, futuramente, o prazo do contrato poderá ser prorrogado e sob que condições e requisitos.

A *contrario sensu*, é suposto concluir que a omissão do instrumento convocatório da licitação e nas cláusulas do contrato administrativo sobre o tema da prorrogação implica em uma vedação tácita à sua admissão.³⁵

No Direito brasileiro, por exemplo, em razão da sua importância, a prorrogação do prazo constitui cláusula essencial no contrato de concessão de serviço público e

³² Conforme José Carlos Vieira de Andrade: "O órgão administrativo está obrigado a escolher a melhor solução para a realização do interesse público de acordo com princípios jurídicos de actuação, pelo que o exercício do poder discricionário é também uma actividade materialmente jurídica: o agente não pode determinar-se pelo seu arbítrio ou pelas suas emoções, estando submetido a um princípio de racionalidade; tem de respeitar e assegurar a realização dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, independentemente da sua concretização legal; tem de deliberar, no procedimento interno de formação da sua vontade, segundo critérios de imparcialidade, de justiça, de igualdade de tratamento, e, inclusive, de proporcionalidade" (ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 374).

³³ Nos Estados Unidos da América, essa atuação foi denominada pelo *Gouvernement Accounting Office* como *Private Attorneys General*, figura aproximada de um Ministério Público Privado ou de Advogados Privados Gerais. GORDON, Daniel I. In *The Beginning: the Earliest Bid Protests Filed with the US General Accounting Office*. *Law Review*, vol. 5. p. 147-164, 2004.

³⁴ Discorrendo sobre a posição assumida pelos usuários e terceiros na relação jurídica firmada entre Administração-concessionário, Alejandro Pérez Hualde esclarece que a atuação deste tem um "carácter protagónico, en cuanto a los derechos que invisten, que reconocen su origen en normas de rango constitucional y legal, y que les permite exigir comportamientos determinados tanto a la Administración concedente como al concesionario. Esta exigencia radica, según el Consejo de Estado francés, en que 'todo monopolio que impone al público obliga a quien se beneficia del monopolio (esto es, a quien gestiona) a proporcionar al público los servicios que este hubiera obtenido de la libre concurrencia'" (HUALDE, Alejandro Pérez. *El concesionario de servicios públicos privatizados*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 19).

³⁵ Laurent Richer parece admitir a possibilidade da previsão de uma cláusula de "recondução tácita" no contrato administrativo – leia-se, verdadeira prorrogação –, se tal cláusula não ferir o princípio da concorrência: "Le renouvellement du contrat résulte parfois d'une clause de tacite reconduction. Une telle clause est par exemple possible en matière de marchés publics sauf si la tacite reconduction entraîne une violation des règles de mise en concurrence" (RICHER, Laurent. *Les contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 1991. p. 96).

de obra pública,³⁶ aplicável às modalidades contratuais de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa), por força do mencionado art. 5.º, I, da Lei 11.079/2004.

Complexa é a questão de avaliar *como* a prorrogação será efetivada e instrumentalizada. Afasta-se, *a priori*, o entendimento de que bastariam cláusulas genéricas e subjetivas que apenas autorizassem a futura prorrogação do prazo.³⁷ Cláusula dessa natureza conferiria uma excessiva discricionariedade ao gestor, não revelando ao mercado e à sociedade sinais mínimos das condições, requisitos e circunstâncias que poderiam, futuramente, excepcionar a regra da concorrência.

Mas, de outro lado, uma cláusula excessivamente detalhada, que amarrasse previamente todas as situações que poderiam autorizar a prorrogação, não se coadunaria com a necessária *flexibilidade* antes referida e que decorre da *mutabilidade de relações duradouras*, como é aquela estabelecida entre o ente público e a sociedade empresária nos contratos de infraestrutura.

O entendimento sustentado no presente estudo é no sentido de que alguma margem de espaço discricionário deve ser reservada às partes, considerando a premissa de que nem tudo é previsível, muito menos quando se trata de relação jurídica que se prolonga no tempo. A lógica é semelhante a da matriz de riscos. Existem riscos que podem ser mapeados, mas outros tantos poderão surgir em decorrência de fatos e situações absolutamente imprevisíveis para as partes quando da celebração do contrato.

Portanto, aquelas situações que podem ser razoavelmente consideradas como possíveis causas da prorrogação, à época da licitação, podem e devem ser inseridas no instrumento convocatório e na minuta do contrato, até como forma de conferir transparência à ação administrativa e viabilizar o controle externo da sociedade, dos operadores econômicos e dos órgãos institucionalmente competentes para o exercício do controle.

Em suma, a proposta é que a cláusula de prorrogação do prazo seja orientada por uma *flexibilidade moderada*, conciliando condições e pressupostos objetivos, com uma reserva de espaço discricionário e negociado para as partes reavaliarem o tema à luz das circunstâncias e fatos supervenientes.

No Brasil, o STF vem intervenindo a prorrogação como mera *expectativa de direito*, o que significa dizer, *a contrario sensu*, que o particular não pode invocar um pretense direito adquirido à extensão do prazo contratual. Essa é a orientação que tem prevalecido para os contratos administrativos³⁸ e para os contratos de trabalho por

³⁶ O art. 23, XII, da Lei 8.987/1995 prescreve o seguinte: "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XII – às condições para prorrogação do contrato". Parece equivocado interpretar que o dispositivo impõe que necessariamente o contrato tenha que ser prorrogado. Acolher essa linha de argumentação seria vulnerar o princípio da separação dos poderes. Abona-se a interpretação de que o legislador pretendeu que o tema da prorrogação fosse objeto de disciplina contratual, ainda que para explicitar a sua improrrogabilidade.

³⁷ É como pensa Marçal Justen Filho: "Mantém-se a interpretação anterior, no sentido da inconstitucionalidade da previsão genérica e abstrata, introduzida aprioristicamente no edital, propiciando a prorrogação do prazo de concessão. Essa solução deve ser reputada como inconstitucional, não sendo albergada sequer pela alusão explícita existente no art. 175, parágrafo único, I" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 268).

³⁸ "Mandado de segurança. Acórdão do Tribunal de Contas da União, que determinou a não prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo. Violação das garantias do contraditório e da ampla defesa não configurada. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado

tempo determinado,³⁹ o que indica uma orientação uniforme conquanto direcionada a tipos contratuais distintos.

Por conseguinte, se a prorrogação não passa de uma expectativa de direito, o particular não deve considerá-la como evento futuro e certo no momento em que elabora e apresenta sua proposta no processo de licitação.

Entretanto, variações poderão ser admitidas a esse entendimento, a depender das circunstâncias das leis setoriais disciplinadoras da prorrogação e da forma como a cláusula contratual foi elaborada.⁴⁰ É o caso, por exemplo, das *prorrogações premiais*, a saber, quando a própria entidade adjudicante voluntariamente impõe limites à sua discricionariedade e se autovincula para assegurar eventual extensão do prazo do contrato quando atendidos requisitos objetivos que atestem desempenho excepcional do contratado. A extensão do prazo é, nessa hipótese, utilizada para a finalidade específica de funcionar como um mecanismo de incrementar a *performance* do contratado na busca por atingimento de metas e resultados previamente determinados.

Evidente que conformação contratual dessa natureza deve ser objeto de motivação razoável e proporcional, de modo a demonstrar que a extensão do prazo (e em que medida) é um meio adequado para induzir a eficiência. Afinal, prorrogação dessa natureza difere para momento posterior a concretização do princípio da concorrência. Mas o fato é que se o contratado comprovar o atendimento de todas as condições contratuais para receber o prêmio (no caso a extensão do prazo), não pode o ente público simplesmente deixar de prorrogar o contrato. Caso o faça, sem justo motivo, o contratado deverá ser indenizado.

A essa altura, fácil perceber a importância da avaliação do desempenho da sociedade empresária contratada, que, entre outras consequências,⁴¹ pode ser determinante para fins de futura prorrogação do prazo do contrato.

Para tanto, indispensável que o contrato seja dotado de ferramentas e mecanismos de permanente fiscalização e avaliação da *performance* da sociedade empresária. Essa avaliação deve ser periódica (não apenas ao fim do contrato) e dialógica, de modo a permitir que o contratado se manifeste acerca do juízo de valor que o ente público está a fazer da sua atuação no cumprimento das obrigações legais e contratuais, abrindo o espaço necessário para exposição das razões e motivos justificadores das suas condutas e comportamentos.

com o Poder Público. *Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública*. (...). 3. Segurança denegada" (MS 26.250. Tribunal Pleno, j. 17.02.2010, rel. Min. Ayres Britto, DJe 11.03.2010).

³⁹ Confira-se: "Agravo regimental em recurso extraordinário. Direito administrativo. Contrato de trabalho por prazo determinado. Prorrogação. Impossibilidade. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público, mas simples expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada na lei. 2. Agravo regimental desprovido" (RE 573556 AgR, 2.ª T., j. 14.02.2012, rel. Min. Ayres Britto, Acórdão Eletrônico DJe 06.03.2012).

⁴⁰ Entendendo que a prorrogação pode ser um direito adquirido ver: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração dos contratos de concessão. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, ano 1, n. 8, p. 220-227. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2004.

⁴¹ Outra consequência é a própria vinculação da remuneração do concessionário ao seu desempenho, conforme expressamente previsto no art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004. Sobre o tema ver: SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário. Concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 236-241.

5. A prorrogação como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro nas Parcerias Público-Privadas

Uma espécie de prorrogação que merece exame mais detido é aquela que se qualifica como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste estudo, já se mencionou que as parcerias público-privadas apresentam variáveis econômicas e financeiras bem mais complexas e sofisticadas do que as dos demais contratos administrativos.

É em razão de tal aspecto que o equilíbrio econômico-financeiro em relações dessa natureza não é estático, mas dinâmico e sujeito a constantes reavaliações entre as partes que, necessariamente, devem pautar os seus comportamentos a partir da boa-fé e da confiança⁴² para manter a *justiça do contrato*.⁴³

Contudo, em ajustes de longa duração, também, as causas mais comuns de *perturbação do equilíbrio* originariamente estabelecido pelas partes são: (i) as alterações unilaterais impostas pelo ente público, decorrentes das prerrogativas e exorbitâncias que derivam da relação assimétrica com o particular, e (ii) ocorrência de situações e circunstâncias supervenientes e anormais e não cobertas pelos riscos próprios do contrato.

Vários são os *mecanismos* que podem recompor a economia original do contrato. Sem a pretensão de elaborar uma listagem exaustiva, cabe mencionar a indenização à parte lesada, o aumento da tarifa cobrada dos usuários do serviço público, a reavaliação das obrigações impostas aos contratantes e, no que interessa ao presente estudo, a prorrogação do prazo contratual.

A avaliação para escolha do mecanismo mais adequado a recompor o equilíbrio econômico-financeiro é matéria de índole discricionária, com o indispensável exame dos aspectos fáticos e das especificidades da situação concreta. A depender da causa e da sua correlação direta e imediata com um dos mecanismos de recomposição, o próprio contrato pode definir previamente o instrumento mais adequado a ser adotado.

É pressuposto da utilização da prorrogação do prazo contratual como mecanismo de recomposição das bases originais do contrato que o próprio contratado não tenha dado causa ao desequilíbrio econômico-financeiro. Afinal, a ninguém é dado o direito de extrair proveito da sua própria torpeza (*nemo turpitudinem suam allegare potest*).

A discricionariedade na escolha do mecanismo mais adequado de recomposição do reequilíbrio deve se pautar pela observância dos *princípios da proporcionalidade*,

⁴² Conforme observa Antônio Menezes Cordeiro: "Os gestores envolvidos em reequilíbrios financeiros de contratos públicos devem – até por imperativo legal: veja-se a nova redação do art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais - assegurar os interesses dos acionistas, dos trabalhadores e dos stakeholders da empresa. E é a confiança de todos estes intervenientes que gera a teia hoje necessária para quaisquer investimentos sérios. A ligação entre o contrato público e a realidade econômica torna-se incontornável". (CORDEIRO, Antônio Menezes. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. *Contratos Públicos, Cadernos O Direito* 2:112).

⁴³ Karl Larenz explica: "A regulação contratual é sempre, na verdade, uma regulação justa, na medida em que tenha sido acordada pelos interessados livremente, sem coação; mas, na medida em que deixa espaço para uma interpretação, esta há de realizar-se com vistas à medida da *justiça contratual* aqui possível." Grifos não são do original (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 423).

da transparência e da motivação. Exposto em outros termos, deve-se demonstrar que a solução adotada é a menos onerosa comparativamente com as demais, ponderando custos e benefícios, bem como as diversas variáveis que estão em jogo.

A balança do equilíbrio pode pender para quaisquer das partes, mas, de fato, o mais comum, no plano das contratações públicas, são situações que geram necessidade de recomposição da economia original do contrato a favor do contratado. Até porque, como examinado, as alterações unilaterais impostas pelos entes públicos constituem a causa mais frequente. Nestes casos, o custo para reequilibrar o equilíbrio e restabelecer a *justiça contratual* a favor do contratado pode recair sobre os contribuintes (no caso de compensações ou indenizações) ou mesmo sobre os usuários (no caso de aumento de tarifa).

A prorrogação do prazo, ao ângulo estritamente econômico, apresenta a vantagem, em relação às demais, de não onerar diretamente tanto contribuintes quanto usuários. Permite-se atenuar os efeitos de eventuais desequilíbrios ou descompassos que afetaram a execução contratual e a relação comutativa entre as partes apenas com o prolongamento do prazo. Mesmo assim, parece complexo estabelecer em termos abstratos que a prorrogação do contrato será, *a priori*, o meio menos oneroso e, portanto, mais adequado se comparado com os demais (compensações e tarifas) por não afetar diretamente contribuintes e usuários.⁴⁴

Ora bem, ainda que a prorrogação não implique em aporte direto de recursos públicos ou onerosidade de tarifas para os usuários, a extensão do prazo contratual incide em uma postergação na concretização do princípio da concorrência. Por isso não se pode definir, *a priori*, um mecanismo de reequilíbrio que deva ser preferencialmente utilizável em detrimento dos demais.

Cada contrato ou mesmo situação de desequilíbrio pode resultar na adoção de soluções ou instrumentos distintos para a sua recomposição, a depender de variáveis econômicas, financeiras, jurídicas e mesmo técnicas que reclamarão uma avaliação casuística e discricionária do gestor.⁴⁵ Essa decisão deverá ser devidamente motivada e transparente e sujeitar-se-á ao controle de juridicidade a partir dos princípios da igualdade, eficiência e proporcionalidade.

O direito positivo pode ou não disciplinar na lei a prorrogação como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. No caso de Portugal, existe previsão expressa no Código de Contratos Públicos.⁴⁶ No Brasil, ao menos nos marcos legais

⁴⁴ Outro é o entendimento de Lino Torgal que, ressaltando a necessária ponderação dos dados de cada caso concreto, vislumbra, numa óptica jurídica, a preferência relativa pela via da prorrogação do prazo (TORGAL, Lino. Op. cit., p. 256).

⁴⁵ Essa é a opinião de Luis Roberto Barroso: “Pressupondo a legitimidade da alteração que causou o desequilíbrio, o administrador poderá então fazer uma avaliação discricionária de como reequilibrar o ajuste e, havendo cláusula contratual que autoriza a extensão ou prorrogação do prazo, não há óbice a que esse mecanismo seja utilizado. Os dados jurídicos a serem considerados nesse particular – e que poderão ser objeto de algum controle, sobretudo na hipótese de decisões claramente desproporcionais – são o interesse dos usuários, a modicidade das tarifas e a proporcionalidade em sentido estrito” (BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 4, n. 15, p. 127. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2006).

⁴⁶ Confira-se o disposto no art. 282 Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Dec.-lei 18/2008, de 29 de janeiro: “Art. 282. Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato: (...) 3. A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efetuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da

mais genéricos, não consta disposição similar, o que não tem afastado, na prática, a utilização da prorrogação do prazo como um legítimo instrumento de recompor a economia original dos contratos.⁴⁷

6. A formalização da prorrogação do prazo

A prorrogação do prazo nas parcerias público-privada é instrumentalizada por meio de *termo aditivo*, a saber, acordo firmado consensualmente entre as partes e que tem por objetivo prolongar o lapso temporal inicialmente ajustado.

Os aspectos procedimentais e o conteúdo material para que a prorrogação se efetive devem estar previstos expressamente no contrato. São exemplos o prazo de antecedência com que o contratado deve requerer a prorrogação, a demonstração do cumprimento das suas obrigações, o prazo para o ente público se manifestar sobre o pedido, os novos investimentos que o contratado se obrigará a realizar, a ausência de infrações consideradas graves ou gravíssimas que podem impedir a extensão do prazo, a necessária apresentação de estudo prévio da viabilidade econômico-financeira da prorrogação, o índice de desempenho mínimo do parceiro privado durante a execução do contrato, bem como o grau de vinculação do ente público quando todos os requisitos e condições fixadas são cumpridas.

Cada contrato deve, à luz das opções discricionárias e das necessidades administrativas, modelar e disciplinar concretamente as condições que autorizarão a prorrogação. Cláusulas excessivamente vagas e que apenas reproduzem a lei devem ser evitadas.

Ponto *incontesté* é que 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.⁴⁸ Trata-se de *ato bilateral e convencional* que assegura ao contratado o direito de não permanecer no vínculo contratual além daquele prazo originariamente fixado, salvo por expressa vontade própria.

Mas não basta a formalização por mero termo aditivo. Em se tratando de uma decisão que interfere com a alocação de recursos públicos, com projetos de interesse direto da coletividade e dos usuários e que estende a participação de um determinado

prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contratante público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato”.

⁴⁷ Sobre o tema, ver: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessão de Serviço Público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas. Princípio da Atualidade. Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 22, p. 123. São Paulo: Malheiros, 1998; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 301; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos. Casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 266.

⁴⁸ Assinala Luís Cabral de Moncada que: “Com efeito, a vontade das partes é condição de validade do contrato administrativo e não apenas requisito legal para prática de um acto administrativo ou condição de eficácia de um acto administrativo. O contrato administrativo é uma espécie do género contrato e esta figura é comum ao direito privado e ao público. A liberdade contratual subdivide-se em liberdade de celebração do contrato e em liberdade de conformação do respectivo conteúdo. Nenhuma delas é posta em causa pelo regime legal do contrato administrativo” (MONCADA, Luís Cabral. *Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo*. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 29-30).

parceiro privado na execução de um projeto estruturante de um interesse público, o *dever de fundamentação e motivação* é pressuposto de sua validade.

A fundamentação deve ser *clara, congruente e suficiente*,⁴⁹ fruto de um procedimento disciplinado na própria cláusula do contrato administrativo que confira *racionalidade e transparência ao processo decisório*. É preciso, por exemplo, que a avaliação sobre a extensão ou não do prazo contratual seja objeto de uma antecedência mínima, sob pena da decisão ser tomada em regime de urgência, sem a observância de tempo razoável para ponderação de todas as variáveis em jogo.

Como decorrência da transparência, o procedimento da prorrogação, a ser previsto no contrato, precisa ser instruído com os documentos que embasem a decisão final da autoridade competente, como manifestações dos órgãos técnicos, delimitação motivada do novo período de extensão do prazo e a sua compatibilidade direta com a amortização dos investimentos, avaliação do desempenho global do concessionário ou parceiro privado e o cumprimento das suas obrigações, a explicitação das causas que justificam a opção pela prorrogação do prazo, manifestações e requerimentos da sociedade empresária contratada e, ainda, o exame jurídico do órgão competente, a quem cabe avaliar a juridicidade da decisão administrativa a partir dos parâmetros contratuais e da moldura normativa aplicável.

A boa governança e a administração de resultados impostas aos gestores⁵⁰ produzem como consectário lógico o dever de que as informações e o processo decisório no plano administrativo sejam abertos e transparentes,⁵¹ de modo a facilitar e viabilizar o controle externo dos cidadãos, assim, caminhando para a concretização de uma *Administração Pública Democrática*,⁵² que incremente a legitimidade da tomada de decisão governamental.

Por todas essas razões é que parece incompatível cogitar, nas parcerias público-privada, o cabimento da *prorrogação tácita*, na qual a ausência de manifestação de vontade das partes, ao final do prazo contratual, seria bastante para estendê-lo.⁵³ O

⁴⁹ Sobre o tema, ver: ANDRADE, José Carlos Vieira. *O dever da fundamentação...* cit. Ver também: CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. Lisboa: Âncora, 2013.

⁵⁰ A busca pelo resultado deve orientar todo o processo de formulação da política pública. Sobre o tema ver: CORSO, Guido. Il risultato nella teoria dell' azione amministrativa. In: IMMORDINO, Maria; POLICE, Aristide (a cura di). *Principio di legalità e amministrazione di risultati: Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 97. Ver também: SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell' amministrazione di risultato*. Napoli: Scientifica, 2003. E, ainda: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁵¹ Pedro Gonçalves alerta que: "no nosso tempo, a boa governação do sistema administrativo impõe a garantia da máxima acessibilidade à informação detida pela Administração Pública. Mas não só isso: o valor da transparência assume-se também como um componente estrutural da organização administrativa, no sentido de que cada unidade da administração deve adotar uma estratégia ativa de abertura, de informação e de transparência; não se pede apenas à administração que, em posição passiva, assegure aos interessados o acesso à informação e aos dados que detém, mas que, além disso, promova uma política de informação aberta e transparente que facilite a função de controle pelos cidadãos" (Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 11, n. 42, p. 141-169. Belo Horizonte, abr.-jun. 2013).

⁵² Sobre o tema, ver: CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-modern*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008. Ver também: FREITAS, Daniela Bandeira; VALLE, Vanice Regina Lirio (coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁵³ No Direito Brasileiro, a Lei 8.666/1993 – que fixa normas gerais sobre contratação pública – determina expressamente no seu art. 57, § 2.º, que toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

déficit de transparência e fundamentação que a extensão silenciosa do prazo contratual acarretaria, aliado à ilegítima limitação do exercício de controle externo, torna a prorrogação tácita inconciliável com projetos estruturantes do interesse público.⁵⁴

Por derradeiro, importa anotar que a prorrogação do prazo, assim como a sua fixação originária, instrumentaliza-se por meio de manifestação consensual de vontade do ente público e do contratado, via termo aditivo e jamais por lei. Não cabe ao Poder Legislativo praticar atos de gestão que interfiram em competências materialmente atribuíveis ao Poder Executivo e seu aparelho administrativo, sob pena de violação do princípio de separação de poderes, prorrogando contratos por instrumentos legislativos.⁵⁵

7. Conclusão

O prazo é elemento essencial no estudo dos contratos. Nas parcerias público-privadas a sua importância assume enorme relevo, eis que, como se procurou demonstrar, são ajustes estruturantes de interesses públicos que repercutem diretamente nos interesses da sociedade e dos usuários.

Ao contrário do que ocorre com os contratos regidos pelo Direito Privado, não se admite no regime de Direito Público contratos com prazo indeterminado. Do mesmo modo, a sua fixação não é aleatória, senão que vinculada à necessária amortização dos investimentos alocados pelo operador econômico.

O prazo deve ser, na concepção adotada no presente estudo, *suficiente*, eis que se superior ao necessário cria favorecimentos indesejáveis ao operador econômico e vulnera o princípio da concorrência e, no caso de ser inferior, inviabiliza uma competição séria, com riscos de contratação de aventureiros que poderão não executar o contrato na forma concebida ou pleitear constantes reequilíbrios.

Para tanto, fundamental que o prazo seja objeto de motivação clara e transparente pela entidade adjudicante e guarde coerência com os demais aspectos econômicos e financeiros que informam a contratação pública.

O diálogo com o mercado e com a sociedade revela-se como uma tendência contemporânea na formação dos contratos públicos, a permitir maior espaço para que os operadores econômicos possam ponderar, sugerir, contribuir ou mesmo criticar

⁵⁴ Na mesma linha, entendendo vedada a prorrogação tácita menciona-se o entendimento de TORRALBA, Lino. Op. cit., p. 242; e de MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132. Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de prorrogação tácita nos contratos administrativos veja-se o entendimento de Pedro Gonçalves: "Situação diferente da que estamos a supor é aquela em que, nos termos do regime jurídico da concessão, o contrato é suscetível de prorrogação; nessa eventualidade, o acto que faz cessar os efeitos do contrato de concessão pode não ser a verificação de um termo, mas a sua denúncia (acto que manifesta a vontade de não prorrogar o contrato) por qualquer das partes; a ausência de denúncia tem como efeito a prorrogação (tácita) do contrato" (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos* cit., p. 328). Também admitindo a prorrogação tácita: AMORIM, João Pacheco. Op. cit., p. 31.

⁵⁵ Exemplo dessa patologia vem ocorrendo no Brasil, em especial, no segmento do serviço postal. Adotou-se a opção pela extensão dos serviços por meio de franquias. Sucede que esses contratos vêm sendo sistematicamente prorrogados pelo Poder Legislativo, perpetuando os atuais contratados no negócio e impedindo a realização de nova licitação. Veja-se, a propósito, a prorrogação levada a efeito nas franquias pela Lei 9.648/1998, Lei 10.577/2002, Lei 11.668/2008 e Lei 12.400/2011. A ausência de concorrência no setor é objeto da ADIn 4.155/2008 que tramita no STF.

os aspectos jurídicos, técnicos, econômicos e financeiros do processo de contratação pública, o que alcança, também, eventual delimitação do prazo fixado pela entidade adjudicante. Aliás, a depender da modelagem do edital de licitação, poderá o próprio prazo ser um critério de adjudicação para escolha da proposta mais vantajosa, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

A prorrogação do prazo em contratos com prazos naturalmente extensos – como são os contratos que delegam a prestação de serviços e a gestão de infraestruturas públicas – é tema da maior importância, a merecer prudente regulação no contrato.

Há direta conexão entre a prorrogação do prazo com a mutabilidade que informa esses contratos, eis que constantemente sujeitos a variantes políticas, econômicas, financeiras, sociais e técnicas. Fixar *ex ante* a impossibilidade de prorrogação é uma opção possível, mas não recomendável diante da natural incompletude desses contratos duradouros, cuja única certeza é a que advém da mudança. Daí a importância da prorrogação ser disciplinada no contrato a partir de critérios de razoabilidade e prudência.

Questões como o cabimento da prorrogação, as condições objetivas e subjetivas autorizadoras da prorrogação, a extensão do prazo como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devem constar do edital (caderno de encargos) e do contrato, a fim de viabilizar a todos os operadores econômicos que participem da disputa saber *se e em que termos* será admitida a prorrogação do contrato.

É claro que sempre remanescerá um espaço de discricionariedade para que as partes avaliem, à luz das circunstâncias e do momento de definir se o prazo comporta ou não extensão, se a prorrogação se revela como a opção que melhor concretiza o interesse público. Salvo nos casos em que a própria entidade adjudicante se autovincula, a prorrogação gera apenas uma expectativa de direito e não um direito adquirido para o operador econômico.

Também a lei – geral ou setorial – pode delimitar prazos máximos e mínimos ou mesmo conformar abstratamente as condições de prorrogação a depender do tipo contratual. O que não pode, contudo, é o legislador avançar em seara reservada a administração pública e delimitar o prazo do contrato ou funcionar como instrumento de prorrogação, hipótese em que restará violado o princípio da separação dos poderes, conquanto a gestão do contrato se qualifica como uma típica função administrativa.

Enfim, o prazo e as condições de prorrogação nas parcerias público-privada são temas que transcendem o simples interesse das partes contratantes, eis que se confrontam com outros valores e princípios, como é o caso da concorrência e do próprio interesse público, o que põe em causa questões complexas e polêmicas como as que foram abordadas no presente estudo.

Daí a importância de uma regulação contratual que assegure a necessária motivação, transparência e racionalidade nas decisões que envolvam a definição do prazo e sua eventual prorrogação, permitindo o saudável controle externo acerca da sua juridicidade. É a partir de uma boa governação e gestão do contrato que se poderá concretizar e materializar o interesse público, sem descuidar dos legítimos interesses daqueles que não figuram necessariamente como parte no contrato, mas que são, igualmente, protegidos pelo ordenamento jurídico.

Os contratos estruturantes de relevantes interesses públicos – como são, por exemplo, as concessões e parcerias público-privadas – realizam o direito e valores

fundamentais para a sociedade e para os indivíduos. Desconsiderar a importância do prazo e da prorrogação nesses contratos ou dar-lhes tratamento inadequado pode ter como grave consequência o efeito inverso: a não realização do direito...

8. Referências bibliográficas

- ALMEIDA, João Amaral. As propostas de preço anormalmente baixo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – III*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- AMORIM, João Pacheco. O princípio da temporalidade dos contratos públicos. Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respectiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública – IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira; MARCOS, Rui de Figueiredo (coords.). *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Direito do petróleo*. Coimbra: Universidades de Coimbra, 2013.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 4. n. 15. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2006.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1980. vol. 1.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. Lisboa: Âncora, 2013.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho. *Contrato. Evolução do conceito no direito português*. Separata do vol. LXIV (1988) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. Subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. *Contratos Públicos. Cadernos O Direito*. ano. 20. n. 2. Coimbra: Almedina, 2007.

- CORSO, Guido. Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa. In: IMMORDINO, Maria; POLICE, Aristide (a cura di). *Principio di legalità e amministrazione di risultati: Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2013.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração dos Contratos de Concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 1. n. 8. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2004.
- FREITAS, Daniela Bandeira; VALLE, Vanice Regina Lirio (coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena. *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela administração (e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício)*. Lisboa: AAFDL, 2007.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat: l'action publique em question*. Paris: Presses de Sciences Po, 1999.
- GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos. Casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- _____. A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas – o procedimento de manifestação de interesse. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 11. n. 42. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2013.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da *new public governance*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 11. n. 42. Belo Horizonte, abr.-jun. 2013.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2012. vol. 2.
- GORDON, Daniel I. In the Beginning: the Earliest Bid Protests Filed with the US General Accounting Office. *Law Review*. vol. 5, 2004.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HOEFFNER, Hélène. *La Modification Du Contrat Administratif*. Paris: LGDJ, 2009.
- HUALDE, Alejandro Pérez. *El concesionario de servicios públicos privatizados*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- _____. *Renegociación de Contratos Públicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- IMMORDINO, Maria. L'attività contrattuale della p.a. In: SCOCA, Franco Gaetano. *Direito Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- KIRKBY, Mark. O Diálogo Concorrencial. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relation contract Law. *Northwestern University Law Review*. vol. 72. n. 6, 1988.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessão de Serviço Público: dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas. Princípio da Atualidade. Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 22. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações Programa 2010/2011 Apontamentos*. 3. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011.
- MARTINS, André. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva econômica. *Revista de Contratos Públicos*. n. 03. Coimbra: Cedipre, 2011.

MELO, Antônio Moreira Barbosa. A ideia de contrato no centro do universo jurídico público. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

MONCADA, Luís Cabral. *Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo*. Lisboa: Quid Juris, 2012.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, Abril de 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

_____. *Direito das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Wolter Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Ed., maio 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RICHER, Laurent. *Les contrats administratifs*. Paris: Dalloz, 1991.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2013.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário. Concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Jorge Andrade. *Código dos contratos públicos*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, Suzana Tavares. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*. Napoli: Scientifica, 2003.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras. *Revista de Contratos Públicos*. n. 01. Coimbra: Cedipre, 2011.

VIANA, Cláudia. *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

VINCENT-JONES, P. *The regulation of contractualisation in quasi-markets for public services*. Public Law, 1999.