Proc. nº E-12/003/490/2013

Lei Estadual nº 2.831/1997. Pleito de reequilíbrio econômico-financeiro por parte da concessionária no bojo da 3ª revisão quinquenal do contrato. Dilação do prazo contratual já utilizada anteriormente por conta de desequilíbrio contratual constatado em revisão quinquenal prévia. Dúvidas da agência reguladora em relação ao instituto da prorrogação do contrato. Permissão legal para uma única prorrogação contratual. Diferenças entre a prorrogação contratual e a dilação do prazo do contrato.

I – Relatório

Trata-se de processo administrativo que versa sobre a 3ª Revisão Quinquenal (2008/2013) a ser promovida no Contrato de Concessão nº 03/96, firmado entre o Estado do Rio de Janeiro, os municípios de Araruama, Saquarema e Silva Jardim e a Concessionária Águas de Juturnaíba S.A. – CAJ, cujo objeto consiste na concessão, ao referido particular, dos serviços, obras e operação dos sistemas de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto nas citadas localidades.

O presente processo restou inaugurado por meio do Ofício CAJ – 358/13, formulado pelo Sr. Carlos Alberto Vieira Gontijo, Superintendente da CAJ ao Conselheiro Presidente da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Energia do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, para fins de prestação de informações e solicitação de entrega da Proposta¹ da Concessionária ao Conselho da citada autarquia até a primeira quinzena de dezembro de 2013, conforme se verifica à fl. 05. Em sequência, conforme consta nos autos, à fl. 21, houve nova requisição para que o encaminhamento da referida proposição fosse realizada até o último dia de março de 2014.

Em atenção às fls. 52/59, a CAJ apresentou a Proposta referente à 3ª Revisão Quinquenal, a qual destaca a existência de um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão em apreço, bem como obras realizadas ao longo da relação. Para isto, a citada Concessionária, baseada no estudo e fórmula da Fundação Getúlio Vargas – FGV (utilizada na 2ª Revisão Quinquenal), e destacou que a Taxa Interna de Retorno – TIR estava abaixo do necessário² e que deveria ser reajustada.

¹ Apenas para fins de compreensão, a proposta da CAJ era de que houvesse uma prorrogação contratual com o intuito de restabelecer o equilíbrio contratual e que tal fosse passível de apresentação até a segunda quinzena de dezembro de 2013, uma vez que tal período permitiria uma melhor apuração do fluxo de caixa do quinquênio 2008-2013. Em solicitação posterior, houve nova requisição, embasada nos mesmos motivos, para que tal entrega fosse feita até o último dia de março de 2014.

² Segundo alegado, a TIR original do contrato seria de 20,06%. Contudo, com a edição da Deliberação AGENERSA 585/2010, tal taxa restou reduzida para 11,37%.

Nesse cenário, sugeriu: a) *“realinhamento tarifário de 24,92% a ser aplicado a partir de janeiro de 2015 em cinco parcelas anuais, iguais e sucessivas de 4,55%; e b) extensão do prazo em mais 10 anos”*. Por fim, restaram anexados diversos documentos comprobatórios – tais como fluxos de caixa, demonstrações financeiras e de resultados, estatuto social, atas de Assembleia de Acionistas, dentre outros (fls. 60/692) – ao presente processo administrativo, conforme lista de anexos constante à fl. 54.

Às fls. 703/726, consta Plano de Trabalho (Produto 1) realizado pela FGV. Contudo, a citada Fundação verificou a ausência de documentos pertinentes para uma análise completa (fl. 735) e, por essa razão, tal documentação restou requerida à CAJ, a qual apresentou como resposta as mídias anexadas em fls. 746 e 753.

Após a complementação de documentos, a FGV apresentou o Relatório Técnico 1 (Produto 2), às fls. 755/838, o qual concluiu, em apertada síntese, que *“(…) Apesar do avanço da taxa de cobertura, muito se tem a fazer para o atingimento da universalização pretendida, a médio e longo prazo”*.

Em reunião, o Grupo de Trabalho sobre o Relatório Técnico mencionado acima, às fls. 842/843, entendeu que a ausência de documentação encaminhada pela CAJ prejudicou o andamento dos estudos e, por isso, sugeriu que restasse declarada a suspensão dos prazos contratuais para a conclusão das avaliações da 3ª Revisão Quinquenal, bem como conceder prazo à delegatária para prestação das informações complementares, mas sem haver paralisação dos trabalhos.

Diante da solicitação mencionada acima, a CAJ encaminhou nova mídia (fls. 850/852) para instrução dos autos. Contudo, não restaram suficientes para uma análise completa, conforme destacado pelo Relatório Técnico 1 – 2ª Versão (Produto 2), às fls. 854/937, realizado pela FGV. Em consequência, em nova reunião do Grupo de Trabalho, às fls. 938/941, este reiterou as recomendações esposadas em sua primeira manifestação.

Às fls. 1.036/1.152, verifica-se o Relatório Técnico 2 (Produto 3), o qual concluiu que, *“em termos gerais a infraestrutura atual está compatível com o cumprimento das metas contratuais e com a evolução da demanda, excetuando-se os problemas inerentes ao sub dimensionamento da macro adução de água tratada, que ocasiona problemas de sazonalidade nas extremidades do sistema, notadamente em algumas áreas do município de Saquarema, onde a Concessionária programou para o próximo quinquênio a realização de investimentos para sua adequação e expansão”*. Além disso, pontuou que a Concessionária conseguiu reduzir índices de inadimplência e de consumo de energia, bem como restaram apresentados planos de contingência e emergência.

Adiante, em novo estudo apresentado pela FGV – Relatório Técnico 3/ parte 2 (Produto 4) –, às fls. 1.190/1.316, que destacou em sua conclusão o seguinte: *“A FGV sugere que essa prorrogação não fique condicionada apenas à prestação do serviço adequado, mas, também, ao restabelecimento da equação econômico-financeira inicial do contrato, prática já adotada em outros processos semelhantes de revisão de contratos de concessão. Considerando que a capacidade de pagamento da*

população é limitada para absorver impactos tarifários significativos e que pelo princípio de modicidade tarifária, os mesmos poderá ser escalonadas ou ainda combinados com a prorrogação de prazo contratual, sugere-se que o reajuste tarifário anual a ser autorizado não extrapole o valor percentual obtido pela taxa de inflação medida pelo IPCA dos últimos 12 (doze) meses, que foi de 8,1286% (março 2015)”.

Em seguimento, após avaliações específicas sobre os estudos anexados pela FGV, em manifestação conclusiva (Relatório Técnico), às fls. 1.355/1.382, o Grupo de Trabalho apresentou sugestão de reajustamento linear, que perfaz 25,4857% (vinte e cinco inteiros, quatro mil, oitocentos e cinquenta e sete milésimos por cento). Contudo, em manifestação, às fls. 1.385/1.386, a CAJ sugeriu que, em prol da modicidade e do gradualismo tarifário, tal realinhamento fosse fracionado em cinco parcelas anuais e sucessivas, sendo aplicadas concomitantemente com os reajustes inflacionários anuais de tarifa, combinado com a prorrogação do contrato de concessão pelo período adicional de 10 (dez) anos.

A Procuradoria da AGENERSA, em sua manifestação jurídica, às fls. 1.391/1.427, sugeriu *“a adoção da melhor simulação para a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a que permita, a um só tempo, o acesso aos serviços públicos à luz da modicidade tarifária, objetivando-se assim a fixação de tarifas justas e razoáveis”*. Além disso, apresentou as seguintes recomendações:

- Acompanhamento contínuo formalizado em processo regulatório específico para tal finalidade, bem como aferição regular da possível apropriação de ganhos financeiros com o uso de geradores;
- Adoção de medidas necessárias com o objetivo de eliminar o equívoco apontado pela FGV – duplicidade do valor de R\$ 37.701,00;
- Abertura de PA específico para, *“num primeiro momento, apurar a necessidade efetiva das intervenções recomendadas pela FGV e sua correlação com os possíveis benefícios sociais que poderão ser proporcionados, ponderando-se, ainda, à luz do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão”*;
- Abertura de processo regulatório específico para atender a mesma finalidade do item anterior;
- Abertura de processo regulatório objetivando estudar as ações necessárias à implementação eficiente do programa de redução de perdas, observando-se as recomendações feitas pela FGV;

- Adoção da metodologia sugerida pela FGV c/c abertura de processo regulatório com o objetivo de estabelecer os indicadores técnicos mencionados;
- Abertura de processo regulatório para adoção de ações, atividades que possibilitem a maximização do acesso a serviços públicos de saneamento básico;
- Abertura de processo regulatório com a finalidade de traçar as diretrizes necessárias para a formulação do Plano de Contas pela Concessionária, sem prejuízo da adoção das sugestões apresentadas pela FGV;
- Criação de metodologia de cálculo do Fator X e sua aplicação na tarifa mediante abertura de processo específico para tal fim; e
- Necessidade de avaliação por parte da AGENERSA a respeito das possibilidades legítimas de se reequilibrar o ajuste, atendo-se as viabilidades ou não de cada uma delas no contexto fático em questão, bem como anuência do Poder Concedente.

Às fls. 1.443/1.448, a CAJ apresentou manifestação, a qual apresentou elucidacões referentes aos pontos apresentados pela Procuradoria da AGENERSA e do 1º Adendo ao Relatório Final realizado pelo Grupo de Trabalho (fls. 1428/1432), principalmente no que tange ao *“entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo da concessão como instrumento para produzir a recomposição da adequação econômico-financeiro original”*.

Em atenção às fls. 1.453/1.616, verifica-se Relatório completo dos autos emitido pela Conselheiro-Presidente-Relator da AGENERSA, o qual fez dos autos conclusos para apreciação em julgamento em Sessão Regulatória Extraordinária. Em sequência, às fls. 1.624/1.751, restou anexado Voto, que, em suas Considerações Finais, destacou a aprovação da atualização tarifária em cinco parcelas anuais de 4,34% (quatro inteiros e trinta e quatro centésimos por cento) e prorrogação do instrumento contratual em 120 (cento e vinte) meses, bem como elencou outras propostas para consolidação da proposta implementada.

Em vista do Voto exarado, deu-se origem à Deliberação AGENERSA nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, conforme se verifica às fls. 1.752/1.753.

Às fls. 1.784/1.792, a CAJ destacou em sua manifestação (CAJ – 635/15) que, *“analisando o fluxo de caixa apresentado na Deliberação AGENERSA nº 2.616, publicada em Diário Oficial em 25/08/2015, observou que o mesmo é divergente ao fluxo de caixa aprovado pelo Conselho da AGENERSA, conforme o pleito da Concessionária, pareceres da Consultoria e conclusões do Grupo de Trabalho, com a aplicação da prorrogação de prazo contratual por mais 120 (cento e vinte) meses a contar de 2037 (40º ano inicial do contrato)”*.

Em vista da manifestação citada acima, a área técnica da AGENERSA (CAPET), à fl. 1.813, informou que “os dados colacionados na correspondência CAJ foram extraídos dos trabalhos do GT, não havendo necessidade de novas intervenções”. Em sequência, à fl. 1.817, a Procuradoria da referida Agência declarou estar de acordo com o entendimento firmado pela referida área e decidiu pelo prosseguimento dos autos para a Relatoria.

Ao encerrar essa primeira etapa, a área técnica mencionada acima (CAPET), à fl. 1819, declarou que o realinhamento tarifário foi previamente delimitado, conforme art. 5º da Deliberação AGENERSA 2.616/16, mas sua aplicabilidade prática depende de formulação prévia da CAJ, a ser submetida à homologação do Conselho Diretor. Em função disso, tal procedimento já foi aplicado por ocasião da entrada em vigor da 1ª parcela de realinhamento. Contudo, tal pleito da Concessionária restou analisado no processo administrativo nº E-12/003.517/2015. Destacou, ainda, que “como ainda serão adotadas mais 4 parcelas de realinhamento, entendeu-se que o procedimento deva ser mantido, na forma do referido ato normativo, o que ensejaria o arquivamento dos autos.

Dois anos e meio após a edição do ato deliberativo mencionado acima, a AGENERSA, por meio do Ofício AGERNSA/PRESI nº 098/2018, solicitou pronunciamento “quanto à compatibilidade jurídica do art. 7º da Deliberação AGERNSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, com o art. 3º da Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 2017”.

Em atendimento ao requerido no Ofício AGENERSA mencionado acima, a Concessionária, por meio do Ofício CAJ – 175/18, às fls. 1.839/1.855, declarou o seguinte narrativa principal:

“Ao cotejar a matéria tratada no artigo 7º da Deliberação AGERNSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015 com a matéria disposta no artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, é possível constatar que uma não guarda qualquer similitude com a outra, posto que: (i) enquanto a questão versada no preceptivo insito na epígrafada Deliberação trata de *modus operandi* de aplicação dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, dentre eles a ampliação do prazo concessório conjugado ou não com o aumento da tarifa, o qual, aliás, consubstanciou-se em estudo multidisciplinar da lavra da conceituada Fundação Getúlio Vargas – FGV; ii) o art. 3º da sobredita Lei Estadual trata da prorrogação de prazo por previsão contratual, nos termos do inciso XII do art. 23 da Lei Federal 8.987/95. Vê-se que um instrumento não se confunde, não se equipara, não se *equivale e nem se compara com o outro, por trazerem em si naturezas distintas e bem diversas um do outro*”.

Além disso, a CAJ, em complemento, acrescentou que o ato é legítimo e legal e que a extensão mencionada visa a não causar impactos na tarifa praticada, bem como a não onerar os cofres públicos. Assinalou, ainda, que, para fins de promover o equilíbrio contratual, tal adiamento faria com que a “*Concessionária terá que suportar um prazo maior para que o retorno do investimento que poderia reaver em prazo menor; o que significa dizer que a concessionária trabalhará mais tempo para o retorno do empreendimento, do que teria que trabalhar para o retorno previsto originalmente no prazo inicialmente fixado*”.

Perante os argumentos trazidos pela Concessionária, a Procuradoria da AGENERSA, às fls. 1.858/1.860, firmou o seguinte posicionamento:

“Ocorre que, segundo o art. 3, Lei n° 2.831, de 13 de novembro de 2017 (sic), ‘o prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço’. Aplicando-se a presente dicção legal ao caso em espeque, salta aos olhos que a Concessionária Águas de Juturnaíba já foi contemplada com o instituto da prorrogação – 7° Termo Aditivo – , não cabendo, pois, falar em nova, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, que prescreve aos administradores observância fiel aos postulados democráticos, sob pena de inversão à ordem jurídica.

Por mais que concorram interpretações diversas e, até mesmo, defensáveis pelo prisma da juridicidade à luz do cumprimento rigoroso de diversas condicionantes (Parecer FMMM n° 13/2015), é certo elo prisma da legalidade estrita que as condições ditas pelo Instrumento Concessivo, as quais seguem o mesmo sentido prescrito na lei retromencionada, devem ser interpretadas, não somente segundo os princípios licitatórios, como também sob a legalidade estrita. (...)”

Ainda sobre a manifestação da Procuradoria da AGENERSA, cumpre acrescentar que esta concluiu que “*na esteira das argumentações colacionadas no corpo da presente promoção jurídica, esta Procuradoria considera prejudicada a dicção do art. 7°, Deliberação AGENERSA n° 2.616, de 13 de agosto de 2015, atraindo o manejo da autotutela. Trata-se de entendimento garantista e defensável à luz do interesse coletivo e dos direitos fundamentais. Em decorrência, a retificação que se sugere justificará revisão acurada pela CAPET em relação aos efeitos do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, sob a rigorosa recomendação de*

que ‘a tarifa não pode ultrapassar um teto que coloque em risco a generalidade que se busca atingir com a prestação do serviço’.

Às fls. 1.867/1.908, verifica-se manifestação da Concessionária (Ofício CAJ 225-18 e 232-18), em considerações finais, destacou que o entendimento da Procuradoria da AGENERSA não deveria prosperar e, em conclusão, reafirmou o seguinte:

“A ampliação do prazo contratual é um expediente necessário para evitar agravar os usuários com o aumento de tarifas que ultrapassem o limite da modicidade. Em tal caso, não está a simples ideia de estender um vínculo para além do termo inicialmente previsto apenas porque a relação se apresenta satisfatória. Antes, tal evento se propõe como fórmula concebida para, ao atender a um dever jurídico inafastável, qual seja, o de promover a revisão tarifária em conjunto com a ampliação do prazo concessório, imperiosas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, evitando sua repercussão sobre os usuários do serviço.

(...)

No caso em tela, está mais do que evidenciado e caracterizado que não se está se tratando de prorrogação, mas sim de ampliação do prazo concessório, como instrumento legítimo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com único objetivo de reequilibrar o sinalagma original.

Em suma, por todas as razões de fato e de direito acima expendidas, não há sustentação jurídica plausível para aplicação do artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831/97 e muito menos sobredito artigo força para impedir a Deliberação AGENERSA 2.616/2015, ainda que com erro de nomenclatura expressa no seu art. 7º, por que não será, como de fato não é isso que irá transmutar o ato jurídico de ampliação, como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em prorrogação de que trata o inciso XII do artigo 23 da Lei 8.987/95, por estar claro e evidente que o instituto aplicado no processo administrativo em epígrafe, foi a ampliação do prazo de concessão como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não se confundindo em nada com o instituto da prorrogação”.

Ao fim da explanação, como pedido, a Concessionária solicitou o aguardo da concretização do Parecer a ser exarado pelo eminente jurista Eros Roberto Grau para ser anexado aos autos, como forma de subsidiar suas alegações, bem como a

manutenção da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616/15, com a correção do erro material de nomenclatura de modo a trocar a expressão “*prorrogação*” por “*ampliação*” ou “*extensão*” do prazo, como fator de reequilíbrio econômico-financeiro.

Em novas considerações finais (Ofício CAJ 345-18), às fls. 1.925/1.976, a Concessionária apresentou as manifestações dos doutores Eros Roberto Grau e Ellen Gracie, as quais podem ser sintetizadas com os seguintes argumentos:

No caso do jurista Eros Roberto Grau, este respondeu os quesitos formulados na consulta da seguinte maneira:

i. “*a ampliação do prazo de um contrato de concessão é um instrumento válido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*”;

ii. a ampliação do prazo de concessão para fins de reequilíbrio contratual e a prorrogação contratual previsto no inciso XII do art. 23 da Lei Federal nº 8.987/1995 não se confundem;

iii. “*a extensão (ampliação) do prazo de um contrato de concessão decorre da necessária recomposição de preço de sua duração decorre do quanto tenha sido avençada no contrato, relativamente às condições para tanto, nos termos do disposto no inciso XII do art. 23 da lei federal nº 8.987/95*”;

iv. “*a ampliação do prazo como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão de serviço público não causa dano de nenhuma ordem ao erário público, pois decorre repito --- de um dever ao qual a Administração é submissa; a Administração não é onerada, no sentido de suportar algum dano, quando cumpre o dever da necessária recomposição de preço avençado em contratos administrativos*”;

v. “*o art. 3º da lei estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, não constitui óbice legal que impeça a aplicação da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, no que tange à ampliação do prazo concessório como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; ademais, retornando ao quanto linhas afirmei, essa lei dispõe não a respeito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas a prorrogação do prazo de duração contratual*”; e

vi. existência de equívoco quanto à edição da Lei nº 2.831, uma vez que esta restou publicada em 1997 e não em 2017, como afirmado no Ofício 098/2018 encaminhado à Concessionária.

Em manifestação, a jurista Ellen Gracie apresentou os seguintes argumentos:

- i) tendo em vista a omissão da Lei Federal nº 8.987/1995, quanto ao prazo máximo admissível da concessão, restou ao legislador estadual a incumbência de estipular o prazo mínimo e máximo da vigência dos referidos contratos, uma vez que, por conseguir avaliar a duração necessária para estabelecimento de um equilíbrio econômico-financeiro, o poder de fixar o período específico de duração é do Poder Concedente;
- ii) a referida lei federal e a lei estadual nº 2.831/1997 limitam apenas parâmetros para renovação do contrato e não para ampliação do prazo como objetivo de reequilíbrio;
- iii) a prorrogação implica em estender uma relação nos mesmos moldes, diferentemente da renovação, que consiste em uma nova relação jurídica entre as partes, ainda que em termos semelhantes;
- iv) o art. 23, XII, da citada Lei Federal não definiu os limites da prorrogação por estes serem submetidos a parâmetros econômicos caso a caso;
- v) o rompimento da equação financeira em um contrato de longo prazo e complexo pode acarretar em judicialização da questão, o que poderia implicar em desembolso de recursos dos cofres públicos, além de colocar em risco a própria prestação do serviço público;
- vi) não há como prever a evolução da demanda ao longo do tempo (o ritmo de expansão e a exigência de investimentos para atender a esse fim), daí a previsão legal de realinhamentos periódicos;
- vii) dentre as medidas de reequilíbrio, a ampliação do prazo contratual passa a ser a medida que melhor atende ao interesse público;
- viii) *“A ampliação do prazo será constitucional e legítima especialmente quando as demais alternativas para se alcançar o equilíbrio acarretariam sacrifícios irreparáveis às finanças públicas (desembolso de recursos públicos) ou aos interesses dos usuários (aumento insuportável da tarifa)”* e que tal solução, por ser exclusivamente econômica, está inserida no âmbito da competência discricionária da Administração Pública, a qual é a única a conseguir avaliar a conveniência e oportunidade para a tomada de decisão;

ix) *“O artigo 175 da CF/88 destaca que a outorga de concessão de serviço público ao setor privado deverá ser precedida de procedimento licitatório. Já o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional determina que a lei disporá sobre o caráter especial do contrato e de sua prorrogação. Assim, se por um lado a Constituição exige procedimento licitatório prévio à outorga de concessões, por outro admite a sua prorrogação sem realizado do procedimento de seleção.”;*

x) as extensões de prazo, para efeito de reequilíbrio contratual não podem ser consideradas como instrumento de frustração de novas licitações ou de dano ao Erário por presumir que tal busca de equilíbrio impeça do Estado licitar. Tal pensamento não é possível, uma vez que o devido balanceamento do contrato precede à qualquer pretensão de realização de nova licitação, uma vez que esta só ocorrerá após o encerramento definitivo do instrumento contratual firmado; e

xi) citação de julgados, às fls. 1.948/1.949.

Em oportunidade seguinte, a Concessionária juntou Parecer de José dos Santos Carvalho Filho (fls. 2.039/2.071) e aditamento do parecer do i. Eros Roberto Grau (fls. 2.072/2.088).

Na primeira manifestação, o professor José dos Santos Carvalho Filho seguiu a mesma linha do entendimento firmado por Eros Grau e Ellen Gracie, no seguinte sentido:

i) *“a ampliação do prazo do contrato de concessão espelha instrumento válido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”;*

ii) *“o art. 3º da Lei Estadual nº 2.831/1997 não oferece qualquer óbice legal que possa impedir a aplicação da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616/2015, no que se refere à ampliação do prazo concessório como ferramenta de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”;*

iii) *“(…) a Deliberação 585/2009, que ampliou o prazo contratual em 180 (cento e oitenta) dias não tem idoneidade jurídica para frustrar a extensão adotada na deliberação 2.616/2015 em 120 (cento e vinte) dias, tendo em vista que, como já mencionado, dados técnicos justificaram, na 2ª e 3ª Revisões, a conveniência de adotar esse instrumento, com o objetivo, entre outros, de evitar a onerosidade excessiva da*

tarifa”, bem como possuem a mesma finalidade, qual seja, busca de reequilíbrio contratual;

iv) “(...) o fato de constar nas Deliberações a expressão ‘prorrogação’ não desnatura a essência e a natureza do ato de extensão temporal para efeito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”;

v) a expressão “prorrogação” retrata, na verdade, hipótese de extensão temporal do contrato, sem inauguração de nova relação contratual, como ocorreria no caso da efetiva prorrogação; e

vi) “A lei n° 2.831/1997 cuida especificamente da prorrogação/renovação, e em sua disciplina optou por estabelecer restrições quanto ao número e ao limite de prazo da prorrogação nas concessões. No que toca ao número de prorrogações, o objetivo consiste em impedir que se eternize o contrato, ao passo que no que concerne ao limite temporal o legislador pretendeu que a prorrogação simulasse uma continuidade indefinida do contrato”.

Quanto ao referido aditamento do jurista Eros Roberto Grau, tal restou elaborado em função do sentido da expressão “prorrogação” constante nas Deliberações AGENERSA mencionadas anteriormente e na Lei estadual n° 2.831/1997. Em vista disso cumpre destacar que tal entendimento firmado restou semelhante ao esposado pelo Professor José dos Santos Carvalho Filho.

Às fls. 2.102/2.145, a CAJ (Ofício 648/18), informou sobre a anexação do aditamento de Parecer da ex-Ministra Ellen Gracie (fls. 2.103/2.145), a qual manteve a mesma linha do destacado em sua manifestação anterior, acrescentando as respostas à questão da utilização da expressão “prorrogação” nas Deliberações referidas acima e eventual comparação com a disposição da Lei estadual n° 2.831/1997.

Em nova manifestação, a Procuradoria da AGERNERSA (Promoção FMMM n° 17/2018, às fls. 2.149/2.154, manteve seu posicionamento e, tendo em vista a cautela que o caso requer e a pluralidade de entendimentos, sugeriu o encaminhamento da questão à d. Procuradoria Geral do Estado para apreciação do tema.

Após a sugestão da Procuradoria da AGENERSA, verificou-se às fls. 2.158/2.201, nova manifestação da CAJ (Ofício CAJ 868-18), a qual reforçou os entendimentos firmados pelos juristas mencionados anteriormente, bem como solicitou, ao final, a manutenção da Deliberação AGENERSA/CD n° 2.616/2015 e retificação da expressão “prorrogação” do seu bojo para a celebração do devido Termo Aditivo.

Diante da situação exposta, o Conselheiro-Presidente-Relator da AGENERSA apresentou Relatório (fls. 2.203/2.231) ao Conselho Diretor da referida Autarquia e, a partir do Voto exarado (fls. 2.232/2.238), deu-se origem à Deliberação AGENERSA n° 3.626, de 29 de novembro de 2018, a qual decidiu pelo encaminhamento dos autos à d. Procuradoria Geral do Estado, notificação da decisão ao Poder Concedente, obstar qualquer decisão sobre 4ª Revisão Quinquenal até o deslinde da presente questão e que o Grupo de Trabalho que atua sobre o tema apresente alternativas de solução para a presente demanda caso não concretização da prorrogação ora discutida.

Em Voto em Separado, às fls. 2.245/2.247, o Conselheiro Relator destacou que não há razão de determinação de que seja procedida eventual devolução de valores à Delegatária por não ser possível afirmar que há desequilíbrio contratual na atual fase. Para isto, seria necessária uma análise para apurar a conjuntura técnica da relação para fins de apuração da existência ou não de equilíbrio.

Por fim, o presente processo restou encaminhado a esta Assessoria Jurídica para exame e manifestação sobre o tema em apreço.

É o Relatório.

BREVE SÍNTESE DO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

Não constitui nenhum ineditismo a constatação de que os contratos administrativos fundam-se com a lógica de equilíbrio econômico-financeiro. Classicamente, sob a ótica inicial da Lei federal n° 8.666/1993, o referido fenômeno pode ser entendido como “*a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração*”³.

Talvez o que seja menos difundido é o fato de que o conceito acima delineado corresponde a uma equação econômico-financeira de feição *estática*. Isso porque, considerado o tipo de relação contratual que se costuma construir sob a égide da lei geral de licitações, as equações econômico-financeiras, nesses arranjos, tendem a uma menor mutabilidade. Há, nessa linha, uma estabilidade da equação, esta que é encarada sob uma ideia de *identidade* entre as condições da proposta e a execução do contrato⁴.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 289.

⁴ No mesmo sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 263, maio/ago. 2013 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96955>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

Mais recentemente, no entanto, essa definição precisou ser contextualizada ao novo cenário no qual se desenvolvem tanto as concessões ditas “comuns” quanto as parcerias público-privadas – PPPs. A complexidade das contratações públicas tornou-se grande demais para o invólucro, há muito obsoleto, da Lei federal nº 8.666/1993, que passa tanto por um processo de esvaziamento interno quanto externo⁵.

Trata-se de reflexo natural da própria evolução das delegações contratuais para a prestação de serviços públicos na atualidade. O conceito de equilíbrio econômico-financeiro pensado, unicamente, sob o prisma da Lei Geral de Licitações precisou ceder espaço aos marcos regulatórios mais modernos – como as já aludidas concessões comuns e PPPs; o RDC; o Estatuto das Estatais etc. –, desenvolvidos para contratos mais longos e/ou complexos, que precisam ser equacionados com outros arranjos de tempo e remuneração.

Nesse sentido, o equilíbrio econômico-financeiro passa a ser compreendido levando-se em consideração outras variáveis, além da lógica binária encargo/remuneração, passando a incluir o montante estimado de investimento; o fluxo de caixa projetado; o cronograma de desembolsos; as variações de receita; e o custo de remuneração do capital, dentre outras. Ainda, as novas lógicas de financiamento para empreendimentos de infraestrutura, como o *project finance*, também exigem o desenvolvimento um novo olhar sobre o equilíbrio entre as partes nos contratos administrativos⁶.

Dito isto, já é possível aludir ao fato de que, nesses marcos regulatórios mais modernos, a equação econômico-financeira assume uma orientação mais *dinâmica*. A estabilidade cede lugar à lógica de equivalência e a perenidade é substituída pela lógica da variabilidade. O dinamismo e a mutabilidade do mercado, da economia e de diversas outras variáveis que orbitam em torno das relações jurídicas travadas entre Estado e particular são absorvidas pelos contratos administrativos, e deles passam a fazer parte, erigindo a incompletude como característica marcante desses ajustes contemporâneos⁷.

⁵ O dito esvaziamento interno se refere ao fato de haver uma tendência ao acúmulo de novas hipóteses de dispensa de licitação, conforme artigo 24 da analisada lei. Já o esvaziamento externo advém da criação de novos marcos regulatórios para as contratações públicas, como o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei federal nº 12.462/2011) ou o pregão (Lei federal nº 10.520/2002), além de procedimentos de contratação específicos em agências reguladoras, como a ANATEL, o que acaba por diminuir o âmbito de incidência da lei geral.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Informação Legislativa, v. 159, p. 194- 195, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/884/R159-14.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

⁷ O autor, em conjunto com Patrícia Sampaio, já teve a oportunidade de se manifestar com o tema em artigo doutrinário. Naquela ocasião, aludiu-se ao fato de ser impossível tornar qualquer contrato completamente previsível. Nesse sentido, defendeu-se a ideia de que os contratos administrativos deveriam considerar de maneira mais objetiva as perturbações que possam vir a ocorrer, oriundas de ambientes extremamente sensíveis a mudanças, e possa a elas se adaptarem. É sob tal ótica que se sustentou que, mais importante do que perseguir uma completude total – algo impossível de se alcançar na prática –, os contratos administrativos devem ser resilientes, isto é, capazes de se adaptarem às contingências supervenientes, reestabilizando-se, ao mesmo tempo em que preservam os princípios da Administração Pública que os informam (Cf. SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago Cardoso. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. In: *Revista de direito da procuradoria geral*: edição especial: administração pública, risco e segurança jurídica, 2014, pp. 312-313).

Por conseguinte, uma vez que o macro instituto do equilíbrio econômico-financeiro precisou ser repensado diante dos novos desafios que se postam diante da Administração Pública, é natural que as variáveis que o compõe também tenham de passar por mudanças. Nesse sentido, as diversas categorias e mecanismos contratuais que materializam esse dito equilíbrio entre as partes sofreram releituras e assumiram papéis outros em relação às suas concepções anteriores, quando elaborados a partir do enquadramento da Lei Geral de Licitações.

É sob esse contexto transformador do instituto do equilíbrio econômico-financeiro que se precisa discutir, no presente opinamento, as limitações à prorrogação contratual previstas na Lei estadual nº 2.831/1997.

O advento de novos marcos regulatórios, pensados para a estruturação de contratos complexos que se protraem no tempo durante um longo lapso temporal, sobretudo nas concessões de serviço público, que ora aqui se discutem, moldou uma prática administrativa na qual os ajustes precisam ser pensados caso a caso. Cada contrato de concessão terá peculiaridades próprias, com mecanismos mais ou menos aptos a promover o reequilíbrio econômico-financeiro, diferentes peculiaridades tarifárias, rentabilidades, taxas internas de retorno – TIR, prazos para a amortização dos investimentos realizados pelo concessionário, etc.

É com isso em mente que se passa a discutir a impropriedade de um lapso temporal estanque, ou melhor, regras genéricas e impositivas, previstas pelo legislador estadual, a uma categoria contratual em que, cada vez mais, se tem a mutabilidade e o alto número de variáveis como características essenciais.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.

Peculiaridades do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão. Impossibilidade de adoção de uma lógica estanque

A principal característica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é o dinamismo. O longo prazo do contrato de concessão não é capaz de conviver com uma lógica estática de reequilíbrio contratual. A viabilidade do negócio requer flexibilidade e sensibilidade às mudanças ocorridas ao longo da avença⁸.

E é preciso destacar, desde já, que a concessão é um instituto multidisciplinar. Ela não se limita à sua faceta jurídica. Há, simultaneamente, uma acepção, de cunho mais jurídico, que a define como mecanismo viabilizador das atividades prestacionais do Estado – leia-se serviços públicos – e outra acepção,

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira IN: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro – contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. p. 149.

de perfil mais econômico, em que o instituto assume um caráter de investimento a ser realizado por um agente de mercado.

Em relação aos serviços públicos, as concessões compõem o ferramental, o arcabouço jurídico, do qual dispõe o Estado para viabilizar o modelo de fornecimento de utilidades públicas em consonância com o modelo prestacional escolhido pela ordem constitucional vigente, qual seja, a prestação de tais serviços não somente por via direta, o que passou a ser exceção, mas – principalmente – por via indireta, por meio de delegações negociais, instrumentalizadas por contratos administrativos – vide artigo 175 da Constituição Federal⁹.

Já em relação à acepção econômica do instituto, a ideia é que, sob a ótica do concessionário, a concessão de serviço público é, sobretudo, um investimento. A concessão é, pois, uma prática comercial de mercado orientada à obtenção de lucro.

Uma vez que se trata de investimento, a concessão precisa se mostrar como um negócio rentável, uma prática econômica viável – “o negócio precisa *ficar de pé*”, possuir “*bancabilidade*”, empregando o jargão usualmente adotado, sob pena de esvaziamento do interesse do agente privado em assumir a prestação do serviço público a ser concedido.

A viabilidade desse negócio passa pelo equilíbrio econômico-financeiro. Mais que isso: a viabilidade do negócio é pensada, também, em um momento anterior à concessão propriamente dita. Isso porque ela pressupõe uma cadeia de negócios jurídicos, indo da contratação de empréstimos voltados a financiar o empreendimento à consecução de obras de infraestrutura, perpassando pela assunção das mais diversas obrigações, com o intuito de possibilitar o exercício da atividade delegada ao particular.

Esse é o contexto em que trabalha o atual modelo de prestação de serviços públicos. E tal modelo decorre, dentre outros fatores, da escolha constitucional feita em 1988. O ponto merece aprofundamento para melhor aclarar as questões aqui discutidas.

⁹ 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. Vale rememorar, pois oportuno, que essa permissão a que alude o dispositivo constitucional foi “contratualizada”, conforme artigo 40 da Lei federal nº 8.987/1995, *in verbis*: Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

O atual modelo constitucional de prestação de serviços públicos e a lógica econômica inerente ao financiamento das concessões

A nova ordem constitucional trouxe consigo, por intermédio do artigo 175 da Constituição Federal, um modelo de prestação de serviços públicos calcado em delegações negociais – que compreende tanto as concessões da Lei Federal nº 8.987/1995 quanto as parcerias público-privadas da Lei Federal nº 11.079/2004.

E diversos fatores jurídicos, políticos e econômicos justificam a adoção desse modelo. A crise fiscal em que a Administração Pública brasileira mergulhou no final da década de 1980, aliada à abertura ao capital estrangeiro no início da década de 1990, em que o Estado passava a adotar visões governamentais mais próximas da ideologia liberal – que, no plano internacional, desde a década de 1970, sobretudo nos Estados Unidos e no Reino Unido propagavam a superação do *Welfare State* – carream o Brasil à, paulatinamente, abandonar a ideia de prestação direta e ostensiva de serviços públicos pelo Estado.

A lógica de prestação direta, do Estado executor, foi, então, substituída. O Poder Público teve de encontrar outra forma de assegurar o dever constitucional correlato às atividades prestacionais a ele impostas. E a forma escolhida foi a parceria com a iniciativa privada.

A escolha é facilmente perceptível pela leitura do artigo 174 da Carta Federal, no qual se diz, expressamente, que o Estado, a partir de então, assume o papel de “agente normativo e regulador”, focando-se nas atividades de “fiscalização, incentivo e planejamento” – o que, diga-se de passagem, deu ensejo à criação das agências reguladoras. Complementando essa ideia, o já citado artigo 175 da mesma Carta estipula que “[i]ncumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. E, pelos motivos já citados, a ótica de prestação pela via concessória prevaleceu.

Em outras palavras, o Estado se demitiu da função de prestador direto das atividades prestacionais a ele incumbidas, por conta de inúmeros motivos – sobretudo econômico-fiscais – e, ao aliar-se com a iniciativa privada, transferiu aos agentes de mercado a execução dos serviços públicos à população – embora a titularidade destes se mantivesse, ainda, com o ente estatal.

Um novo modelo de prestação de serviços públicos precisaria de novos marcos legais. Era preciso dar funcionalidade e sustento jurídico à escolha do constituinte originário. E daí veio, inicialmente, a já citada Lei federal nº 8.987/1995, posteriormente complementada pela Lei federal nº 9.074/1995 e, subsequentemente, outros diplomas, dentre os quais merece destaque a também citada Lei federal nº 11.079/2004.

A própria lógica dos serviços públicos em si, enquanto atividades econômicas *lato sensu*, precisaria, também, ser repensada. Um novo modelo, com novos prestadores de serviços, por óbvio, assumiria uma nova lógica tanto

econômica quanto jurídica. E essa novel perspectiva necessitaria ser condizente não só com as necessidades da Administração Pública, mas também com as dos concessionários.

E um dos mais importantes reflexos dessa ascendência do particular enquanto protagonista das atividades concessórias é que o enfoque meramente jurídico da concessão se tornou insuficiente para compreender o fenômeno da prestação do serviço público. Sobretudo, a faceta puramente jurídica não era capaz de lidar com as questões mais prementes do particular. Era, portanto, preciso conjugar uma lógica econômica aos mecanismos de contratação pública, que já não atendiam as demandas sociais, jurídicas e econômicas contemporâneas.

Nessa linha de pensamento, cada vez mais se abraça a ideia de que a concessão de serviço público – incluídas aí as PPPs – assumem, também, e, principalmente, sob a ótica do particular, um aspecto de investimento. Trata-se de investimento no sentido de verdadeiro empreendimento econômico por um agente de mercado – que, não se pode ignorar, intenta sempre o lucro –, com riscos, características e peculiaridades próprios e, frise-se, suscetível de avaliações de custo-benefício, de viabilidade e de rentabilidade.

Ao passo que se trata de um investimento, dentre tantos outros acessível aos agentes de mercado, é preciso que a concessão de serviço público se mostre como um empreendimento atrativo ao particular. Deve tratar-se de investimento com o qual esse particular possa concretizar o seu intuito de lucratividade. Mas, para que assim ocorra, é necessário que a concessão seja rentável, viável, segura, enfim, um investimento razoavelmente interessante sob a ótica de um investidor a ponto de encorajá-lo a escolher a concessão em detrimento de muitas outras oportunidades na quais ele poderia aplicar o seu capital, assim como seu tempo e seu esforço.

E, em tal contexto, é esperado que o particular se sinta repellido por uma avaliação negativa dos riscos a serem assumidos em uma relação concessória com o Poder Público.

Existem riscos que são inerentes à relação com o Poder Concedente e à prestação do serviço público assumido. Tome-se como exemplo o risco do concessionário quanto ao fluxo de recebíveis formado pelas tarifas a serem pagas pelos usuários do serviço prestado ou quanto à amortização do investimento realizado para a implantação da concessão. Outro ponto a se considerar é a inegável dificuldade, por parte do concessionário, de executar judicialmente o parceiro público, seja por conta do sistema dos precatórios – gerador de notório desinteresse em investimentos estatais por parte dos agentes de mercado – ou pela impenhorabilidade de bens públicos. Ainda nessa linha, não se pode esquecer a volatilidade do crédito público em um contexto de ausências de garantias efetivas por parte do Estado, dentre tantas outras.

Além dos riscos apresentados, existe também a questão do financiamento do concessionário, fator cuja importância vem crescendo de maneira inquestionável no mercado de infraestrutura nacional.

Por se tratar de investimento de grande monta, normalmente atrelado à implantação de uma grande infraestrutura a ser utilizada para prestar o serviço, a concessão de serviço público, seja na modalidade da Lei Federal nº 8.987/1995, seja na forma de PPP, requer um grande aporte de capital em sua fase inicial, principalmente quando essa infraestrutura precisa ser erigida do zero (projetos *greenfield*). E, justamente pela magnitude de tal monta, o concessionário não pode cobrir todo esse gasto sozinho. Não há como exigir tamanha quantidade de capital de qualquer agente de mercado¹⁰. Em outras palavras, é preciso que esse particular seja financiado.

Uma vez obtido o financiamento de uma instituição financeira, esta, como é de se esperar, exigirá garantias de adimplimento. E tais garantias, como de praxe nas operações de crédito, são proporcionais ao risco de inadimplência.

Nessa ordem de ideias, é possível dizer que a instituição financeira precifica o risco do empreendimento. E o faz levando diversas variáveis em consideração¹¹, dentre elas, destacam-se os já citados riscos inerentes às contratações públicas.

Levando-se em consideração o histórico, nada surpreendente, de inadimplência dos entes federados, combinado com as exorbitâncias típicas dos contratos administrativos, a contratação com o Poder Público costuma ser cara, mais cara, em regra, do que a contratação com um particular. E esse encarecimento se reflete no custo do financiamento. O risco de inadimplência do parceiro público acarreta no aumento do risco de inadimplência do concessionário financiado o que, em última instância, leva à instituição financeira a demandar garantias sólidas e a cobrar altos juros pelo capital cedido, dado o elevado risco do empréstimo concedido.

¹⁰ Nem seria interessante, a se pensar em estruturas ótimas de capital, o que pode ser demonstrado a partir da utilização de métodos como WACC, sem falar em efeitos como “*tax shield*”, derivados de algum grau de endividamento.

¹¹ A esse respeito, é prudente dizer que o sistema de garantias públicas das concessões públicas ainda é caracterizado por sua extrema fragilidade, não servindo para transmitir segurança nem aos concessionários, nem aos financiadores. Em relação às PPPs, por exemplo, apesar de haver previsão legal expressa de garantias no artigo 8º da Lei Federal nº 11.079/2004, grande parte desses mecanismos quase sempre não se mostra viável em razão de sua indisponibilidade financeira (isto é, os entes federativos já alocaram essas fontes para o custeio de outras despesas) ou ainda por conta do alto custo econômico a eles atrelado. Alguns deles, inclusive, se mostram pouco atrativos ao setor privado, devido à insegurança jurídica em relação à forma como são constituídos. Outros se mostram, inclusive, inviáveis dado que não afastam a aplicação do sistema de precatórios, inibindo investimentos particulares (Cf. MEDEIROS, Rafael Randerson Correa de. *Garantias públicas no âmbito das parcerias público-privadas: uma análise sob a ótica do financiador*. *Revista de contratos públicos*: RCP, Belo Horizonte, ano 7, n. 12, p. 125-162, set/fev. 2018, pp. 145-146). Em relação às concessões regidas pela lei geral, a Lei Federal nº 8.987/1995, o panorama é, de certa forma, pior, pois o particular conta apenas com o fluxo de recebíveis oriundo das tarifas pagas pelos particulares usuários do serviço, não podendo contar com a contraprestação pecuniária do Poder Público (embora seja possível defender a possibilidade concessões subsidiadas – nesse sentido, ver Parecer TCA 03/2013). Com isso, além de ter uma fonte de renda a menos, o concessionário fica ainda mais exposto ao risco de baixa demanda pelo serviço prestado – risco esse que será precificado na obtenção de seu empréstimo, tornando seu investimento ainda mais caro.

Consequentemente, a certeza da qual dispõe o particular em relação não só a rentabilidade do empreendimento assumido com a concessão do serviço público, mas quanto ao cumprimento, por parte do parceiro público, de suas obrigações contratuais refletem no custo total do investimento assumido pelo agente de mercado.

Rentabilidade do negócio, adimplemento das obrigações por parte do parceiro público e estimativa de retorno do investimento são temas afetos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. E, como visto, a temática assume importantes desdobramentos práticos que, se incompreendidos ou mesmo ignorados em razão de um certo *voluntarismo jurídico*, podem até levar ao insucesso do empreendimento, resultando, em último caso, no prejuízo quanto ao acesso a serviços públicos essenciais pela população – além do efeito nefasto para as contratações públicas tendo em vista o incentivo negativo dado pelo Estado aos agentes de mercado.

Dessa forma, o contexto atual das contratações públicas, de modo inquestionável, exige um resguardo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O sucesso dos empreendimentos atrelados às concessões e a continuidade – dir-se-ia, a própria existência – do modelo de prestação de serviços públicos depende, em grande monta, da garantia de um modelo de equilíbrio contratual apto a viabilizar a atividade do particular, não só sob o aspecto jurídico, mas também sob o econômico. Mais: apto a assegurar a atratividade de tais contratos públicos de modo a permitir a delegação desses serviços pela Administração Pública a agentes de mercado mais capazes de prestá-los.

Explicado o atual modelo de prestação de serviço público, e o contexto no qual este se insere, assim como a importância da temática do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário, agora, verificar quais são os mecanismos de que dispõe o Estado para manter e assegurar esse dito equilíbrio nas contratações públicas, ou, no mais das vezes, restaurá-lo, promovendo o reequilíbrio do contrato. É o que se passa a fazer.

MECANISMOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

Identificação do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É oportuno rememorar, ainda que por meio de breve síntese, os principais pontos da discussão atinente ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois é em torno dela que serão desenvolvidos os tópicos subsequentes.

A questão se inicia com o envio de proposta da concessionária a respeito de uma 3ª Revisão Quinquenal do contrato tendo em vista a superveniência de desequilíbrio econômico-financeiro. Os mecanismos sugeridos pela concessionária, a serem utilizados para fins de reequilíbrio contratual, seriam o

acréscimo de 10 (dez) anos na duração do prazo do contrato cumulado com o reajuste tarifário, este diluído em 5 (cinco) anos.

Segundo o particular, essa solução seria a mais adequada para promover o reequilíbrio econômico-financeiro e preservar ao máximo a modicidade tarifária, assegurando, na medida do possível, o amplo acesso da população ao serviço.

A proposta apresentada se baseou em estudos técnicos elaborados pela FGV, conforme fls. 1.355/1.382, instituição essa que também desenvolveu os estudos e fórmulas utilizadas para reequilibrar o contrato concessório à época da 2ª Revisão Quinquenal, instrumentalizada por meio do 7º termo aditivo ao ajuste, em que, em consonância com o artigo 11¹² da Deliberação AGENERSA nº 585/2010, ensejou o acréscimo de 180 meses à duração do contrato e, conforme artigo 6º¹³ da mesma deliberação, deu azo ao reajuste tarifário.

A Procuradoria da AGENERSA, a seu turno, em fls. 1.391/1.427, sugeriu que se observasse *“a adoção da melhor simulação para a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a que permita, a um só tempo, o acesso aos serviços públicos à luz da modicidade tarifária, objetivando-se assim a fixação de tarifas justas e razoáveis”*.

Em vista disso, a Agência exarou a Deliberação AGENERSA nº 2.616, às fls. 1.752/1.756, com a aprovação do reajuste tarifário de 5 (cinco) parcelas anuais de 4,34% anuais, a ser aplicado a partir de 1 de janeiro de 2016; a prorrogação do contrato por mais 120 meses a contar de 2037 (40º ano do contrato); a aprovação da utilização, na 3ª revisão quinquenal, da estrutura tarifária utilizada na revisão imediatamente anterior; dentre outros aspectos.

Ocorre que, após dois anos e meio da 3ª revisão quinquenal, a própria presidência da AGENERSA solicitou pronunciamento “quanto à compatibilidade jurídica do art. 7º da Deliberação AGERNSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, com o art. 3º da Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997”.

A dúvida surgiu pelo fato de o *caput* do artigo 3º da Lei estadual nº 2.831/1997 se valer da expressão “por uma só vez”, o que impediria uma nova prorrogação do contrato vez que, anteriormente, a concessionária já se valeu de uma prorrogação por 120 meses, quando da 2ª Revisão Quinquenal, oportunidade na qual, conforme

¹² Art. 11 - Autorizar a prorrogação do Contrato de Concessão, destinada a assegurar a continuidade e a qualidade do serviço público e do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em mais 180 (cento e oitenta) meses a contar do tricentésimo mês da ordem de serviço inicial do Contrato, em consonância com o uso parcial do disposto na cláusula oitava do Contrato de Concessão, cláusula esta que permanece em vigor, remetendo aos poderes concedentes, os quais possuem a competência exclusiva para conceder, firmar Contratos e aditivos contratuais.

¹³ Art. 6º - Aprovar o reajustamento tarifário total de 24,75% (vinte e quatro inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) em parcelas como segue: alteração de 4,522 % (quatro inteiros e quinhentos e vinte e dois milésimos por cento) sobre a tarifa de água a partir de trinta dias após a publicação da presente Deliberação e mais quatro parcelas de 4,522% (quatro inteiros e quinhentos e vinte e dois milésimos por cento) cada, sendo a primeira a partir de 01.12.2010, a segunda a partir de 01.12.2011, a terceira a partir de 01.12.2012 e a última a partir de 01.12.2013.

relatado acima, já havia sido identificado um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato.

A esse respeito, pronunciou-se a AGENERSA, por meio de seu Parecer nº 13/2015 – FMMM, às fls. 1.391/1.427, no sentido de sugerir a adoção da melhor simulação para a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de modo a contemplar, simultaneamente, tanto o acesso aos serviços públicos pela população quanto à modicidade tarifária, além de sugerir outras medidas, conforme exposto no relatório do presente opinamento.

Revisitado o tema pela AGENERSA, por meio da Promoção nº 17/2018 – FMMM, às fls. 2.149/2.154, sugeriu-se a análise da questão pela D. PGE/RJ tendo em vista a restrição da lei estadual em relação às prorrogações nos contratos de concessão – permissão legal para se prorrogar o contrato apenas uma vez, conforme *caput* do artigo 3º da Lei estadual nº 2.831/1997.

Dessa forma, os pontos cruciais que precisam ser abordados para o deslinde da questão são: o instituto da prorrogação contratual nas concessões de serviço público; a possibilidade de utilizar tal instituto como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro; bem como a adequabilidade da utilização do instituto no presente caso concreto. É o que se faz a partir de agora.

O instituto da prorrogação do contrato administrativo. Distinção entre gênero e espécie. Necessidade de aprofundamento da cisão: separação entre prorrogação e extensão.

Existem várias técnicas que podem ser adotadas pelo Estado para que se promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O aludido objetivo poderia ser alcançado, por exemplo, por meio de reajuste tarifário, solução que inspira cuidado, pois os contratos de concessão de serviço público são informados, a todo instante, pelo princípio da modicidade tarifária, a fim de assegurar a maior acessibilidade possível da população ao serviço prestado.

Outra forma seria a possibilidade de o particular auferir receitas ancilares, não relacionadas diretamente à prestação do serviço público em si, mas capazes de aumentar a lucratividade total do concessionário em relação ao empreendimento realizado.

Aliás, afigura-se oportuno dizer, tendo em vista a temática aqui debatida, que o próprio conceito de reequilíbrio econômico-financeiro é, muitas vezes, mal compreendido já que essa expressão utilizada para designar a disparidade entre a distribuição de riscos e encargos nas contratações públicas pode levar à compreensão, equivocada, de que o desequilíbrio econômico e o desequilíbrio

financeiro correspondem ao mesmo fenômeno¹⁴ ou, ainda, que eles necessariamente precisam coexistir.

De fato, não é absurdo defender a existência de certo nível de hibridismo entre esses dois tipos de desequilíbrio, em determinadas situações concretas – como a que está sendo abordada no presente parecer. No entanto, eles preservam características suficientes para serem considerados autônomos entre si. E, por se referirem a determinadas realidades fáticas particulares, cada um deles demandará um mecanismo próprio para o restabelecimento da equivalência dos riscos e obrigações originalmente estipulados entre as partes.

Ao abordar o tema, Maurício Portugal esclarece que, em numerosas situações, os reequilíbrios contratuais podem se dar de maneira incompleta. Explica o autor que existem situações nas quais o reequilíbrio econômico pode ser contemplado sem que o financeiro o seja e vice-versa, o que, em última análise, acarreta a permanência da deturpação na distribuição de riscos estipulada na equação econômico-financeira prevista originalmente na proposta já que o reequilíbrio não foi alcançado por completo¹⁵.

Explorar, a fundo, todos os pormenores dos tipos de reequilíbrio atinentes aos contratos de concessão extrapola os limites do presente opinamento. Contudo, as ideias acima explanadas se mostram úteis para evidenciar o fato de que o fenômeno do (re)equilíbrio econômico-financeiro é complexo e comporta várias nuances, tanto fáticas quanto jurídicas e econômicas.

E o reflexo dessa realidade, no ordenamento jurídico, é a criação – e a necessidade – de um conjunto de mecanismos e ferramentas voltados a atender cada situação específica a fim de restabelecer a equação outrora divulgada à época da proposta. É dizer: do mesmo jeito que existe uma pluralidade de espécies de

¹⁴ O desequilíbrio financeiro incide sobre o fluxo de caixa da parte. Há uma desorganização nas finanças por conta das consequências de um evento imprevisto cujo risco não foi por ela assumido – exemplo seria a ocorrência de um acontecimento inesperado que enseja o dispêndio de capital para ser remediado. Caso a parte que custeie o saneamento da situação imprevista não tenha se comprometido previamente para assumir esse risco haverá uma descapitalização indevida de uma das partes do contrato, em decorrência da transferência indevida de riscos no âmbito do contrato. Diversos desdobramentos graves podem advir desse cenário, como a assunção de empréstimos, pela parte que arcou indevidamente com o risco, para manter suas atividades, o que encarece o custo em relação ao investimento praticado (custo esse, repise-se, não assumido quando veiculada a proposta e pactuado o ajuste concessório). Já o risco econômico tem a ver com a rentabilidade do investimento realizado. É o retorno projetado para o investimento realizado e, quando esse retorno não se dá como planejado – com base na equação outrora veiculada na proposta –, por conta dos reflexos de um evento cujo risco (econômico) não foi assumido pela parte, há o chamado desequilíbrio econômico. Em breve síntese, o desequilíbrio financeiro liga-se ao conceito de liquidez, ao passo que o desequilíbrio econômico diz respeito à solvência. De maneira pioneira no Brasil, remete-se ao artigo seminal de Maurício Portugal Ribeiro: RIBEIRO Maurício Portugal. *Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico)*. Disponível em: < <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/reequilíbrios-incompletos.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Op. Cit.*

desequilíbrios, é preciso haver, também, uma pluralidade de mecanismos aptos a corrigi-los, com características, funcionamentos e peculiaridades próprias.

Essa multiplicidade de fatores que se aglutinam no fenômeno do reequilíbrio econômico-financeiro foi notada no caso concreto em questão. A conclusão advém do fato de que tal reequilíbrio pretende ser alcançado por intermédio de dois mecanismos cumulados: o reajuste tarifário, diluído ao longo de 5 (cinco) anos, que guarda maior correlação com o aspecto financeiro da equação, e a prorrogação do prazo do contrato, que, por sua vez, mostra maior correlação com o aspecto econômico.

Para fins do caso concreto aqui discutido, assume especial importância o mecanismo até então nomeado como prorrogação do contrato. Tratar-se-ia de mecanismo apto a promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por possibilitar ao particular fruir, por maior tempo, do serviço público concedido, angariando receita e viabilizando a amortização do capital investido – e, por via de consequência, assegurando, em conjunto com o reajuste tarifário diluído no tempo, a rentabilidade esperada do investimento (leia-se: taxa interna de retorno).

Em uma primeira acepção, poder-se-ia dizer que se trata de instituto polissêmico. Essa dita prorrogação teria a capacidade de assumir múltiplas feições. Ao sabor do contexto, e, em cada caso específico, uma ou outra acepção do instituto ganharia realce. Do gênero prorrogação, bifurcar-se-iam, conseqüentemente, duas espécies que não se confundem.

Uma delas, a prorrogação orientada pela conveniência e oportunidade da Administração Pública, ganharia aplicabilidade quando o vínculo contratual, já extinto, fosse renovado com o particular, afastando-se, excepcionalmente, a licitação, para fins de melhor atendimento do interesse público; a outra, que aqui ganha destaque, seria a prorrogação do contrato voltada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato que se evidenciou desequilibrado. Tratar-se-ia de prorrogação do pacto antes de sua extinção, alongando-se o vínculo entre Estado e particular para que se alcançasse uma justiça contratual substantiva, e não meramente formal ou abstrata.

Acontece que essa dicotomia do instituto da prorrogação, pensada sob a lógica de gênero e espécie se mostra insuficiente para o deslinde do caso concreto aqui discutido. É porque, na realidade, a diferenciação há de ser mais profunda. Para além de um conflito entre espécies do mesmo gênero, o problema que aqui se aborda é, na verdade, do desalinho no manejo **de dois institutos que não podem ser tidos como sinônimos, quais sejam, a prorrogação do contrato de concessão e a dilação ou extensão do prazo contratual.**

A diferenciação dos institutos citados, assim como as corretas hipóteses de utilização de cada um deles, consubstancia o ponto principal deste parecer. Com isso em mente, passa-se a uma análise mais detida desses mecanismos, com destaque para aquele voltado ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A possibilidade de *dilatar* o contrato para promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público.

O objetivo central do presente tópico é demonstrar que a prorrogação orientada pela conveniência e oportunidade não é a mesma coisa que a *dilação do prazo* contratual (apenas a tecnicamente nomeada como prorrogação) pensada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

A prorrogação pensada sob a ótica de discricionariedade se dá após a extinção do contrato. Exaurido o pacto entre as partes, a Administração, ao verificar a vantajosidade na renovação do vínculo, forma um novo ajuste com o concessionário, afastando-se do procedimento licitatório.

A prorrogação para fins de equilíbrio econômico-financeiro se baseia em outros pressupostos. Não há, aqui, extinção do vínculo contratual. Essa prorrogação se dá antes mesmo da extinção do vínculo entre Poder Público e particular. É o motivo é o reequilíbrio de uma relação que ainda está se desenrolando.

Explica-se melhor. Desde o início de uma concessão – incluídas aí as PPPs – o particular faz, como exposto no tópico atinente à lógica das concessões, um prognóstico dos riscos do negócio de acordo com as características e particularidades do serviço público aberto à delegação, com base nas informações prestadas pela Administração Pública, tendo como maior exemplo o edital de licitação e anexos, assim como da rentabilidade do empreendimento, do lucro que julga ser possível obter, com os parâmetros até então publicizados pelo ente. Essa equação econômico-financeira divulgada ao mercado é o que leva o particular a aceitar ou não o negócio proposto. E, uma vez divulgada as variáveis que permitem a estruturação da equação econômico-financeira, é *dever* da Administração Pública mantê-las, preservando e atualizando o compartilhamento de riscos pactuado originalmente.

Esse dever tem fundamento em normativo acima da lei. Trata-se de verdadeira garantia constitucionalmente assegurada no artigo 37, XXI da Constituição da República.

Some-se, ainda, a tal previsão a impossibilidade de a Administração se valer do patrimônio privado por meio de uma lógica confiscatória ou atuação predatória. Nesse sentido, uma interpretação ampla do artigo 5º, XXIV, da CRFB/88, que ressalva o direito à justa e prévia indenização pela perda da propriedade em face de procedimentos expropriatórios, também se mostra apto a garantir a qualquer particular uma contraprestação equivalente ao bem – este também encarado em sentido amplo, englobando não só bens materiais, mas também os imateriais e, ainda, força de trabalho, tempo posto à disposição etc. –, advindo do patrimônio de um sujeito privado e transferido ao Estado para que este concretize seus objetivos.

É desse contexto que advém os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. O intuito deles é assegurar a

equação econômica entre as partes inicialmente divulgada, ao particular, pelo Poder Público, equação essa que ensejou, reafirme-se, o interesse do privado em negociar com o Estado e que embasou todo o prognóstico de viabilidade do negócio, rentabilidade, viabilidade do empreendimento, assunção de riscos, de financiamentos e demais variáveis relacionadas ao contrato firmado.

Nessa ordem de ideias, se, por exemplo, a demanda de usuários para um dado serviço público concedido diminui e a obtenção de receitas do concessionário, por consequência, esse particular tem o direito de pleitear, em face da Administração, o reequilíbrio da equação econômico-financeira originalmente prevista, *desde que, é claro, esse risco tenha sido assumido pela Administração Pública*.

E desse cenário exsurge a prolongação do vínculo como método para reequilibrar o contrato. Trata-se de prover o particular de maior tempo para explorar o serviço público concedido, permitindo que ele possa auferir renda em um lapso temporal extra, a fim de amortizar os investimentos realizados e custos suportados excepcionalmente e alcançar a rentabilidade vislumbrada, ao mesmo tempo em que se evita, na medida do possível, o encarecimento do acesso ao serviço por conta de aumentos tarifários.

Contanto, e vale a pena frisar mais uma vez, que os fatores que causaram o referido desequilíbrio não tenham sido atribuídos, como risco, ao concessionário.

O tema da viabilidade jurídica da prorrogação do vínculo contratual como forma de mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro já foi abordado tanto pela doutrina especializada em concessões de serviço público, quanto nos autos, conforme exposto no relatório do presente opinamento, tendo sido objeto de numerosos pareceres¹⁶.

Em âmbito doutrinário, Carlos Ari Sunfeld, ao abordar a questão, atenta para o fato de que a prorrogação difere da chamada *dilação do prazo contratual*. Não se trata, para o renomado administrativista, de duas espécies de um gênero, mas, verdadeiramente, de dois institutos completamente independentes. Enquanto a primeira guarda relação com a discricionariedade, manifestada após o encerramento do contrato de concessão, a *dilação do prazo* é instituto que se manifesta em um mesmo contrato, dilargando o prazo de sua existência, expandindo-o no tempo para propiciar o reequilíbrio econômico-financeiro ao prover o concessionário de lapso temporal adicional para a exploração do serviço concedido.

Nas palavras do citado jurista¹⁷:

A dilação do prazo não se confunde conceitualmente com a prorrogação ou renovação da concessão, que ocorre com base na pura e simples conveniência das partes, desde que admitida

¹⁶ Importante observar que os ilustres pareceristas Eros Roberto Grau e Ellen Grace Northfleet aditaram as suas manifestações.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 69-70.

previamente no contrato e no edital (ver art. 175, parágrafo único, I, da CF/1988 e o art. 23, XII, da Lei 8.987/1995). A *prorrogação* ou *renovação* da concessão é medida consensual, aceita pelo Estado com base em poder discricionário, conferido constitucionalmente (art. 175, parágrafo único, I, da CF/1988). Destina-se a manter o serviço público em mãos de quem tenha demonstrado capacidade e idoneidade para dele cuidar, evitando os riscos de uma transição desastrosa para um novo prestador. Sua justificativa é, portanto, o interesse público, não o direito de o concessionário completar a amortização do capital investido. Embora se devam respeitar os termos e condições oriundos da licitação e do contrato original, a prorrogação é quase um *contrato derivado*, com relativa autonomia.

Já a *dilatação do prazo* do contrato é medida de compensação econômica provocada por situação de desequilíbrio efetivamente comprovada. O prazo a ser estendido deve corresponder precisamente ao necessário para alcançar o equilíbrio. Não é elemento livre, ou pré-fixado contratualmente ou no edital. A dilatação deve corresponder a uma realidade de fato (econômica) efetivamente demonstrada. Em resumo, nesse caso o prazo do contrato se dilata, ocorrendo prolongamento da mesma relação jurídica, que ganha mais tempo como forma de equilibrar a equação econômica fixada em sua origem. Essa extensão do prazo original da concessão não depende de autorização prévia do edital e do contrato para a prorrogação, pois efetivamente não se trata disso. Depende, sim, da ocorrência de sua causa motivadora: o acréscimo dos ônus da concessionária, com o consequente desequilíbrio econômico-financeiro (destaques no original).

Existem, por conseguinte, para o autor referido, dois institutos jurídicos autônomos, independentes, que não se confundem. Uma coisa é a prorrogação do contrato de concessão, outra coisa é a dilatação do prazo desse contrato. São instrumentos diferentes cujo uso depende de premissas, de pressupostos fáticos, diferentes.

No mesmo sentido caminharam os pareceristas que atuaram no presente processo administrativo. Em relação às manifestações presentes nos autos, os doutrinadores convergiram em relação às ideias até aqui apresentadas em torno da diferenciação do instituto da prorrogação dos contratos nas relações concessórias, como manifestação de discricionariedade administrativa, com o mecanismo voltado reequilíbrio da equação econômico-financeira.

Todos os pareceristas que se manifestaram no processo desenvolveram o raciocínio referente à diferenciação da prorrogação do contrato enquanto

manifestação da discricionariedade da Administração, ensejando a criação de uma nova relação contratual, daquele mecanismo, apenas impropriamente designado como prorrogação, voltado para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, apto a preservar uma relação contratual já existente, sem desaguar na criação de novo vínculo jurídico.

Insiste-se. Há argumentos bem fundamentados – e condizentes com o pensamento de Carlos Ari Sundfeld, acima exposto, ou seja, intensificando a dicotomia apresentada em tópico anterior sobre o mecanismo da prorrogação dos contratos –, que reafirmam a autonomia dos institutos, sendo, na verdade, a prorrogação algo diferente da dilação, extensão ou ampliação do contrato.

É de se destacar, na linha de pensamento até então apresentada, que a prorrogação do contrato concessório por manifestação de discricionariedade administrativa e a *dilação do prazo* do contrato para fins de reequilíbrio econômico-financeiro (ou outras expressões a esta equivalente) são tão díspares que os todos os juristas mencionados neste opinamento entendem ser necessária a diferenciação entre dois institutos independentes, voltados para dois cenários fáticos diversos, sendo insuficiente a mera expansão da ideia de prorrogação enquanto gênero apta a se subdividir em duas espécies.

José dos Santos Carvalho Filho em sua manifestação, por exemplo, alude ao fato de que a prorrogação do contrato ostenta natureza jurídica diversa da ampliação afeta a fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁸, às fls. 2055 dos autos.

Eros Roberto Grau caminha no mesmo sentido. Expõe o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, às fls. 2013, que “a *dilação do prazo contratual* para o fim de compensar situação de desequilíbrio econômico não se confunde com a *prorrogação de prazo do contrato*”¹⁹. Nessa linha de raciocínio, argumenta o parecerista que o instituto da dilação seria decorrência de um *dever* que vincula a Administração Pública; já a prorrogação seria dotada de *caráter obrigacional*²⁰.

Ellen Gracie Northfleet converge para raciocínio idêntico. Sustenta a também ex-ministra do Supremo Tribunal Federal, às fls. 1995/1996, que a prorrogação, com fins de renovação do contrato, ganha lugar quando o objetivo das partes é o de instaurar nova relação jurídica, mantendo-se os mesmos sujeitos e um objeto jurídico semelhante, depois de exaurido o prazo de vigência previsto no contrato

¹⁸ Diz o referido parecerista, no item 69 de sua manifestação: “O motivo [da eventual confusão entre a prorrogação e a ampliação do prazo do contrato], decerto, descansa no fato de que, em ambos os mecanismos, está presente o fato **tempo** em sua dimensão ampliativa. Entretanto, tais institutos não se confundem e, como já destacado, diferem no que tange a seus fundamentos e finalidades. Na verdade, *cuida-se de figuras dotadas de natureza jurídica diversa*” (destaque nosso). Ainda nesse sentido, mostra-se oportuna a seguinte manifestação do parecerista, no item 75 de seu parecer, às fls. 2056: “As expressões vocabulares, como é sabido por todos quantos se dedicam aos estudos hermenêuticos das normas jurídicas, nem sempre traduzem com precisão a ideia semântica que inspirou a criação da norma, e, por tal razão, cumpre ao intérprete socorrer-se de outros métodos para alcançar a verdadeira *ratio* normativa.

¹⁹ Conforme item 02 de seu parecer (destaque no original).

²⁰ Idem.

original. Trata-se do instituto denominado pela Lei federal nº 8.987/95, em seu artigo 23, XII, como “*prorrogação dos contratos de concessão*”²¹⁻²².

Já o aditamento, para fins de ampliação do prazo, se destina a impedir o término do vínculo, transferindo o termo fatal do contrato para o futuro. Essa ampliação consubstancia alternativa usualmente adotada para impedir que o reequilíbrio contratual se dê sob a forma de considerável aumento de tarifa²³.

Concorda-se com o pensamento exposto pelos ilustres pareceristas, conforme se depreende dos argumentos até agora desenvolvidos no presente opinamento.

Reforça-se o ponto: a prorrogação, pensada sob a ótica da discricionariedade, visa renovar um vínculo jurídico que se exauriu. Trata-se de hipótese na qual a Administração, por haver uma maior vantajosidade na renovação do contrato, afasta o procedimento licitatório, reavivando aquele vínculo jurídico com o mesmo contratante originário, não submetendo a outorga do título habilitante a um novo procedimento licitatório²⁴.

Por outro lado, a dilação do prazo – pensada enquanto mecanismo de reequilíbrio contratual – visa estender um contrato ainda existente para que o particular possa, por um maior lapso temporal, explorar o serviço concedido a fim de auferir renda a ponto de afastar o desequilíbrio superveniente, retornando o ajuste à equação econômico-financeira existente à época da proposta.

E, vale dizer, mesmo importantes vozes doutrinárias, dissonantes em relação a esse entendimento, mudaram de posicionamento para admitir a “prorrogação” do prazo contratual (compreenda-se dilação) como forma de perseguir o reequilíbrio econômico-financeiro.

Veja-se que Marçal Justen Filho, citado pela i. Procuradoria da Agerensa em apoio ao posicionamento ali defendido, revisitou sua compreensão do tema. O autor, ao abordar a temática sob a realidade atual – em que nem sempre será possível reajustar a tarifa sem ferir o princípio da modicidade tarifária e acarretar a diminuição do acesso da população ao serviço público concedido ou, ainda, a impossibilidade de os entes federativos concedentes pagarem indenizações ao concessionário com os recursos dos cofres públicos – e, também, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, alterou o seu entendimento para “*aceitar a solução da prorrogação [entenda-se dilação] do prazo de concessão como instrumento para produzir a recomposição da equação econômico-financeira original*”²⁵.

Nesse sentido, o receio da AGENERSA, em relação a uma nova prorrogação – na realidade, dilação, conforme explanado por Carlos Ari Sunfeld, cujo

²¹ Cabe dizer que os demais pareceristas também fazem essa observação.

²² Conforme itens 52 e 53 do parecer.

²³ Conforme itens 52 e 53 do parecer.

²⁴ Sobre os requisitos para prorrogação, ver Parecer TCA 07/2017.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003-2004, pp. 405-406. IN: NORTHFLEET, Ellen Grace. *Op. Cit.* p. 24.

entendimento aqui se adota –, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (ou ampliação, aditamento ou extensão, nas denominações utilizadas pelos pareceristas) não tem o condão de afrontar o artigo 3º da Lei estadual nº 2.831/1997.

E isso porque as restrições apontadas no *caput* do citado artigo não se referem à dilação do prazo contratual com fins ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao restabelecimento da equação originária, quando da proposta formatada pela Administração Pública.

Refere-se o citado dispositivo, única e tão somente, à prorrogação enquanto manifestação da discricionariedade do gestor, ou seja, para a renovação de um vínculo contratual já exaurido, nada tendo a ver com o tema da restauração de equilíbrio contratual.

E há nos autos demonstrações inequívocas quanto ao intuito de manejar o instituto da *dilação* – e não da prorrogação, nos moldes aqui explicados – como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato concessório. A esse respeito, veja-se a Deliberação AGENERSA nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, em fls. 1.752/1.753, que, em seu artigo 7º, dispõe:

Art. 7º. Prorrogar o prazo do Contrato de Concessão, por mais 120 (cento e vinte) meses a contar de 2037 (40º ano inicial do contrato), conforme pleito da Concessionária, pareceres da Consultoria e conclusões do Grupo de Trabalho, contribuindo para a modicidade tarifária do pleito.

Conforme ressaltado por José dos Santos Carvalho Filho, a previsão de uso da “prorrogação” do prazo contratual (leia-se dilação, ampliação ou extensão) com fins de resguardar a modicidade tarifária já denota o intuito da concessionária de perseguir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato preservando-se, o máximo possível, o acesso da população ao serviço prestado.

E desde o início dos autos o que se discute é o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Conforme o ofício CAJ 198/14, às fls. 52 e seguintes, o presente processo administrativo foi inaugurado por conta solução proposta, pela concessionária, para o desequilíbrio econômico-financeiro encontrado no contrato.

Em relação a esse desequilíbrio, depreende-se, por consequência lógica, ter sido ele reconhecido pela AGENERSA quando, por intermédio de sua procuradoria, manifestou-se, às fls. 1391/1427 para sugerir “a adoção da melhor simulação para a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, culminando na já aludida Deliberação AGENERSA nº 2.616/2015, cujo artigo 7º, como visto, adota expressamente a prorrogação contratual como uma das estratégias adequadas para reequilibrar o contrato e preservar a modicidade tarifária.

Ao passo que o reequilíbrio econômico-financeiro assume a natureza jurídica de garantias do particular, prevista constitucionalmente conforme o já citado artigo 37, XXI da Constituição Federal, não se mostra razoável impedir a prorrogação contratual aqui pleiteada – que, reafirme-se, não é a prorrogação pautada em mera discricionariedade.

Dessa forma, demonstrado o propósito inequívoco de prorrogação do prazo contratual pra fins de reequilíbrio econômico-financeiro (ampliação do prazo contratual); o reconhecimento por parte da agência reguladora responsável pelo setor de que tal mecanismo se mostra propício a preservar, na medida do possível, a modicidade tarifária; e, ainda, por todos os motivos até aqui expostos, a diferenciação do instituto aqui abordado em relação à prorrogação contratual calcada na discricionariedade administrativa, tem-se que o artigo 3º da Lei estadual nº 2.831/1997 não está, de maneira alguma, sendo descumprido.

Adequação do mecanismo da *dilação* contratual para fins de equilíbrio econômico-financeiro para o caso concreto específico.

Muitas vezes, no entanto, os mecanismos de reequilíbrio devem ser compatibilizados com as características típicas do serviço público. Nesse sentido, se o aumento da tarifa é um possível mecanismo para a restauração da equação econômica e financeira do contrato, nem sempre poderá ele ser efetivado uma vez que os serviços públicos trabalham sob a lógica do princípio da modicidade tarifária que, em regra, contribui para o aspecto do amplo acesso da população a tais atividades prestacionais.

Nessa ordem de ideias, mais do que perseguir e assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é preciso, também, que se utilize um mecanismo condizente com a situação *in concreto* em relação ao serviço público subjacente ao ajuste que se visa reequilibrar. E há demonstração cabal nos autos, consoante todos os opinamento técnicos, aos quais nos remetemos, de que o instrumento de reequilíbrio mais adequado ao caso em tela é a prorrogação do contrato.

Além dos pareceres já abordados, constam os estudos técnicos da FGV que, após sucessivos relatórios e complementações de documentos, constataram o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ciente do problema, a AGENERSA, em diálogo com a concessionária, exarou a multicitada Deliberação AGENERSA nº 2.616/2015 em que ratificou, de forma explícita, a sua concordância com a estratégia de ampliação do prazo contratual cumulada com o reajuste tarifário em cinco parcelas anuais, a partir de 1º de janeiro de 2016, conforme artigo 5º do referido expediente.

Ao passo que a própria agência reguladora, após numerosas demonstrações de efetivo desequilíbrio entre as partes e constatando – e ratificando – que a estratégia de ampliação do prazo contratual enseja a melhor maneira de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato, ao mesmo tempo em que se preserva o

princípio da modicidade tarifária, não há espaço para desconsiderar a adequabilidade da solução adotada.

Assim, tem-se que a *dilação* do prazo contratual, apenas equivocadamente denominada como “prorrogação”, para fins do intentado reequilíbrio, mostra-se como mecanismo adequado para materializar os fins perseguidos não só pelo agente privado, mas pelo próprio Estado e, por conseguinte, à luz de todos argumentos até aqui mencionados, não merece ser afastada.

Precedente em relação à *dilação do prazo* contratual nas concessões de serviço público do Estado do Rio de Janeiro. O caso Via Lagos.

Importante, por fim, ressaltar que o manejo do instituto da *dilação do prazo* do contrato de concessão, por mais de uma vez, não constitui prática inédita no Estado do Rio de Janeiro.

Na concessão relativa à rodovia denominada “Via Lagos”, instrumentalizada pelo contrato de concessão nº 43/1996, a prática de *dilação do prazo* do contrato foi utilizada por mais de uma vez para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

É o que se observa da análise dos oitavo e décimo termos aditivos do contrato supracitado, que, respectivamente, dilargaram o prazo de concessão do serviço público concedido em 15 (quinze) anos e, em seguida, por mais 10 (dez) anos, ambas as vezes para fins de atendimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Observa-se do oitavo termo aditivo, em sua cláusula primeira, o seguinte texto:

CLÁUSULA PRIMEIRA – A partir de 13 de janeiro de 2012, fica acrescido PARÁGRAFO ÚNICO na Cláusula OITAVA – DO PRAZO DA CONCESSÃO, com a seguinte redação:

PARÁGRAFO ÚNICO

O prazo da concessão fica prorrogado por 15 (quinze) anos a contar de 13 de janeiro de 2022, ficando o término do prazo contratual definido para 12 de janeiro de 2037.

Como se vê muito claramente, o oitavo termo aditivo do contrato de concessão da Via Lagos teve como intuito, dentre outros que aqui não assumem qualquer importância, a modificação da cláusula oitava do contrato de concessão nº 43/1996, acrescentando a ela um parágrafo único, prevendo a citada *dilação* do

prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. A redação original da cláusula era composta somente por seu *caput*, com o seguinte teor:

O prazo da Concessão é de 25 (vinte e cinco) anos, contados a partir da Ordem de início expedida pelo DER-RJ. É admitida a prorrogação do prazo da Concessão, desde que haja interesse público expresso através da anuência do PODER CONCEDENTE e haja interesse da CONCESSIONÁRIA.

Em relação ao décimo termo aditivo, em sua cláusula primeira, observa nova *dilação* uma vez que a cláusula oitava do contrato de concessão nº 43/1996 foi novamente modificada. Desta vez, transformou-se o outrora parágrafo único em parágrafo primeiro e adicionou-se um parágrafo segundo, este último no qual se previu a nova *dilação* de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. *In verbis*:

CLÁUSULA PRIMEIRA – Fica alterada a Cláusula OITAVA – DO PRAZO DE CONCESSÃO para modificar a denominação de Parágrafo Único para Parágrafo Primeiro e para acrescentar o Parágrafo Segundo, com a seguinte redação:

PARÁGRAFO SEGUNDO

O prazo de Concessão fica prorrogado por 10 (dez) anos a contar de 13 de janeiro de 2037, com término do prazo contratual definido para 12 de janeiro de 2047.

Vê-se, com muita clareza, que não só a *dilação*, apenas atecnicamente denominada no contrato supracitado como prorrogação, desde há muito configura mecanismo de reequilíbrio contratual como, também, já fora utilizado por mais de uma vez no âmbito de um mesmo contratual, sem configurar qualquer ofensa à legislação estadual de concessões de serviços públicos.

Portanto, tem-se não só a possibilidade de, sob a égide da Lei estadual nº 2.831/1997, dilatar-se o prazo de um contrato de concessão para reequilibrá-lo, como, a solução não se mostra inédita, existindo até precedentes no Estado do Rio de Janeiro nesse sentido.

Conclusão.

Pelo exposto, conclui-se que:

(i) A prorrogação do contrato de concessão é instituto diverso da *dilação do prazo* do contrato de concessão. A primeira compreende manifestação da discricionariedade administrativa por meio da qual se pactua um novo contrato com o mesmo particular, após o término de contrato de concessão prévio; já a segunda compreende mecanismos que se manifesta durante um contrato de concessão, que não se extingue, mas, ao contrário, se protraí no tempo por lapso temporal diverso daquele previsto originalmente a fim de possibilitar a restauração da equação econômico-financeira veiculada à época da proposta de delegação do serviço público;

(ii) O *caput* do artigo 3º da Lei estadual nº 2.831/1997 não se refere à hipótese de *dilação do prazo* do contrato de concessão, voltada para viabilizar o reequilíbrio econômico-financeiro da relação concessória firmada entre o poder concedente e o concessionário, mas tão somente ao instituto da prorrogação do contrato de concessão;

(iii) Por se referir, apenas, à prorrogação do contrato de concessão, a limitação contida no *caput* do artigo 3º da citada lei (prorrogação por apenas uma vez) **não** tem o condão de inviabilizar o manejo de nova *dilação de prazo* para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, ainda que tal instituto já tenha sido utilizado previamente para remediar situação prévia também relacionado ao desequilíbrio;

(iv) A prática de *dilação do prazo* para fins de reequilíbrio contratual encontra, inclusive, precedentes em âmbito estadual, conforme observado no contrato de concessão nº 43/1996, referente à concessão rodoviária da “Via Lagos”; e

(v) Afigura-se possível o manejo do instituto da *dilação de prazo* do contrato, cumulada com reajuste tarifário diferido no tempo, para possibilitar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre o Poder Concedente e o concessionário sem qualquer vilipêndio à ordem jurídica.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 04 de abril de 2019.

THIAGO CARDOSO ARAÚJO
Procurador do Estado

VISTO

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

VISTO. Por estar de acordo, **aprovo** o Parecer TCA nº 06/2019, da lavra do Assessor-Chefe da ASJUR/SEDEGER, Procurador do Estado Dr. **THIAGO CARDOSO ARAÚJO** (fls. 2283 a 2326), igualmente chancelado pela Promoção nº 02/2019-ABVOR/PG-08, da lavra da Procuradora do Estado Dra. **ALICE VORONOFF**.

Cinge-se a controvérsia suscitada no expediente a respeito da compatibilidade da dilação contratual, com vistas a permitir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com o disposto no artigo 3º da Lei estadual nº 2.831 de 1997, o qual dispõe que “*o prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço*”.

Como bem assentado pelos ilustres Pareceristas, tal dilação não se confunde com a prorrogação ordinária, tratada pelo dispositivo legal. Com efeito, o poder concedente, no âmbito da sua discricionariedade técnica e mediante processo de revisão, dispõe de diversas alternativas para recompor a equação financeira do contrato (e.g., majoração da tarifa; oferta de subsídios; redução de encargos do concessionário), dentre as quais se inclui a extensão do termo final do contrato.

A prorrogação ordinária, tratada pelo artigo 3º da Lei estadual nº 2.831, de 1997, cuida de hipótese diversa. Nesta, o Poder Concedente, em atividade parcialmente vinculada e atendidos os requisitos previstos em lei para tanto (dentre os quais, no Estado do Rio de Janeiro, a limitação a uma única prorrogação contratual), tem a opção de promover novo procedimento licitatório ou celebrar novo contrato de concessão com o mesmo concessionário.

Nítida, portanto, a distinção entre os institutos, o que enseja tratamento jurídico diverso, a afastar a limitação imposta pelo referido artigo *à dilação contratual*, a qual não está limitada – salvo disposição contratual ou legal em sentido diverso – à uma única extensão.

À d. PG-02, para liberação superior.

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2019.

FLAVIO DE ARAÚJO WILLEMAN
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos (PG-08)

VISTO

Visto. **Aprovo** o Parecer TCA nº 06/2019, da lavra do Procurador do Estado **THIAGO CARDOSO ARAÚJO**, que ocupava, à época, o cargo do Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Geração de Emprego e Renda e a Promoção nº 02/2019-ABVOR/PG-08, da lavra da Procuradora do Estado **ALICE VORONOFF**, ambos placitados no Visto do Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos (PG-08) **FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN**.

A controvérsia objeto dos opinamentos gravita em torno da viabilidade jurídica da dilação do prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, os Municípios de Araruama, Saquarema e Silva Jardim e a Concessionária Águas de Juturnaíba S. A, cujo objeto consiste na prestação dos serviços, obras e operação dos sistemas de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto das referidas localidades.

Isso porque o artigo 3º da lei estadual nº 2.831 de 1997, dispõe que *“o prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço.”*

A despeito de já ter havido prorrogação anterior, concluíram os pareceristas – amparados em farta doutrina e em precedentes da Casa – que **dilação do prazo não se confunde com prorrogação**

O objetivo da **dilação do prazo** é viabilizar a recomposição da equação econômico-financeira do contrato, não sendo, evidentemente, a única alternativa para o atingimento dessa finalidade. A majoração de tarifas, os subsídios, a redução dos encargos do concessionário ou mesmo a renegociação do valor da outorga (quando existente) são mecanismos igualmente aptos a reequilibrar os contratos de concessão, devendo o gestor, à luz do princípio da proporcionalidade e da motivação, definir a medida de recomposição que melhor atenderá aos múltiplos interesses em jogo.

Já a **prorrogação** resulta na prestação do serviço público pelo mesmo concessionário, observados os requisitos fixados no contrato e com vistas ao atendimento do interesse público, devendo demonstrar que a prorrogação se afigura vantajosa em relação a realização de nova licitação.

Os pareceristas concluíram que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a regra do artigo 3º da Lei estadual nº 2.831, de 1997 não incide na hipótese de **dilação de prazo**, voltada para viabilizar o reequilíbrio econômico-financeiro da relação concessionária, mas apenas ao regime da **prorrogação** do contrato.

Entretanto, como bem observado na Promoção nº 02/2019-ABVOR/PG-08, a viabilidade, em tese, da dilação de prazo para fins de reequilíbrio do contrato de concessão, não afasta o dever de que eventual decisão administrativa esteja amparada em **robusta fundamentação**, que delimite os pressupostos fáticos e jurídicos, bem como demonstre as vantagens da solução adotada.

Ao apoio da PG-02 para extrair cópia dos opinamentos que ora se aprova, com posterior encaminhamento das cópias à PG-15 para ciência do posicionamento adotado na matéria que, certamente, poderá repercutir em toda a Administração Pública Estadual.

À Secretaria de Estado de Desenvolvimento, Econômico e Geração de Emprego e Renda, em devolução.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2019.

REINALDO FREDERICO AFONSO SILVEIRA
SUBPROCURADORIA-GERAL DO ESTADO