

Novas obras e expansão de infraestrutura concedida: aditivo ou licitação?

1. Introdução

Imagine-se a seguinte situação, típica na gestão e execução de contratos de concessão de infraestrutura: algum tempo depois de assinado o contrato, constata-se a necessidade ou vantajosidade de se expandir a infraestrutura delegada ou de realizar uma obra não originalmente prevista. Neste cenário, o que o gestor público deve fazer? Modelar um novo projeto, seja ele uma nova concessão ou uma obra pública comum, e licitá-lo? Ou celebrar aditivo contratual com o atual concessionário, inserindo uma nova obrigação? Este trabalho pretende contribuir com a construção das respostas às essas perguntas.

A implantação, expansão, conservação e operação de equipamentos de infraestrutura pública pela iniciativa privada constitui elemento ordinário do arranjo institucional brasileiro. Esta participação ocorre, em grande parte das vezes, através de contratos de concessão.

Através dos contratos de concessão, uma parte, o poder concedente, atribui/outorga à outra parte, o concessionário, um conjunto de deveres e direitos ligados à exploração de um serviço, atividade ou utilidade pelo segundo. Esta exploração, que também é a sua fonte de remuneração, contudo, visa ao atendimento de “uma necessidade, uma obrigação ou um interesse cuja tutela seja de responsabilidade do outorgante”¹. A técnica concessória, portanto, pode ser utilizada para viabilizar a exploração pelo particular das mais variadas atividades de interesse coletivo.

Especialmente no caso da delegação de infraestrutura pública, os contratos de concessão assumem uma finalidade marcadamente regulatória, impõem amplas obrigações de investimentos aos concessionários e exigem prazos alargados de vigência. Estas características levam a doutrina a considerar os contratos de concessão como exemplos de contratos relacionais² e incompletos³.

Dada sua inevitável complexidade e incompletude, mesmo contratos de concessão bem modelados – em que sérios estudos foram realizados, variáveis macro e microeconômicas foram consideradas, projeções de demanda foram feitas, elementos

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 115 e 121; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 262.

² DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 112-114; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, op. cit. p. 385.

³ HART, Oliver; MOORE, John Hardman. *Foundations of incomplete contracts*. NBER Working Paper No. w6726, 1998. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=226378>. Acesso em 13/04/2021, p. 36-37; NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura. In _____. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 141-142 e 137-139.

socioambientais foram ponderados, necessidade de investimentos foram antecipados etc. – podem se defrontar, ao longo de sua execução, com a necessidade de expansão da infraestrutura ou realização de obra originalmente não prevista.

De maneira sucinta, nestes casos, ao menos três opções se colocam diante da administração: (i) assumir a responsabilidade de realizar a expansão ou obra através da realização de novas licitações e celebração de contrato(s) comum(ns) de obra pública; (ii) realizar novos estudos para modelar uma nova concessão e delegar a outro particular a nova etapa ou elemento da infraestrutura mediante procedimento licitatório próprio; (iii) inserir no contrato de concessão existente, de forma unilateral ou consensual, o dever de realização dos investimentos e da operação, manutenção e conservação desta nova etapa da infraestrutura ou da obra, sempre respeitando o equilíbrio econômico financeiro⁴.

Este é, portanto, o problema que move esse artigo: diante da necessidade de expansão da infraestrutura concedida ou realização de nova obra, deve a administração pública realizar nova licitação ou celebrar aditivo contratual? A hipótese do trabalho é que as *condicionantes de licitude* dessa decisão, embora discricionária, estão direta e fortemente ligadas à sua motivação. Por sua vez, para que esteja adequadamente motivada, a decisão precisará enfrentar uma série de tensões e *trade-offs*. O objetivo desse trabalho é sugerir uma metodologia analítica apta a *estruturar a licitude da decisão*.

Para tanto, em primeiro lugar, o trabalho indicará quais são os elementos que levariam/devem levar à opção pela modelagem e realização de nova licitação (seção 2). Na sequência, o trabalho enfrentará as razões que levariam/devem levar à opção pela celebração de aditivo (seção 3). Após mapear os elementos que devem ser ponderados o momento de tomada da decisão e, conseqüentemente, quais são as tensões e *trade-offs* que são/devem ser enfrentados, o trabalho oferece uma matriz de decisão para, ao mesmo tempo, servir de guia para o gestor (e para os controladores) e funcionar como *termômetro de licitude* da decisão (seção 4). A seção 5 apresenta as considerações finais.

Metodologicamente, o trabalho é caracterizado como uma *pesquisa de compilação* e uma *pesquisa de investigação*⁵ e, quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa desenvolvida foi do tipo *bibliográfica e documental*⁶.

⁴ São opções muito similares às que a administração possui quando do término de um contrato de concessão: assumir a prestação do serviço, modelar nova concessão, prorrogar o contrato vigente. Vide MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão – porque precisamos pensar seriamente na sua prorrogação. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 288, fev. 2018, p. 133.

⁵ ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13. ed. Milão: Presença, 1997, p. 28-30.

⁶ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41-43.

2. A opção por licitar: os fundamentos jurídicos e a função regulatória do leilão

A primeira opção a ser considerada é a modelagem e realização de nova licitação para atribuir a outro particular a obrigação de realizar o investimento. Esta obrigação pode se materializar em um novo contrato de concessão ou em um contrato de obra comum. Por que esta alternativa é uma opção e porque ela deve ser considerada e enfrentada pelo gestor no seu processo decisório? Esta seção pretende responder esta pergunta.

A primeira razão fundamental para se considerar a realização de nova modelagem e novo procedimento licitatório é puramente normativa: tanto a Constituição Federal (art. 175, especialmente) quanto as legislações gerais que regem as concessões (art. 2º, III e art. 14 da Lei Federal nº 8.987/95 e art. 10, Lei Federal nº 11.079/04, especialmente), exigem que os contratos de concessão sejam precedidos de licitação. O mesmo vale para os contratos de obra comum (art. 37, XXI, CF e Lei Federal nº 14.133/21).

Leis setoriais também exigem a prévia realização de licitação para concessões. É o que se extrai do art. 14, §1º da Lei Federal nº 10.233/01 (rodovias), do art. 4º e do 5º-A da Lei Federal nº 12.815/2013 (portos públicos), do art. 13 da Lei Federal nº 14.273/21 (ferrovias), do art. 10, *caput* da Lei Federal nº 11.445/07 (saneamento básico), dentre outras.

A licitação é tida como o instrumento de busca da proposta mais vantajosa para a administração pública na celebração de um contrato. Por meio dela se pretende, como regra, identificar a proposta que, a um menor custo, promova o melhor resultado⁷. Este racional basilar pode ser aplicado, a princípio, tanto na delegação originária de serviços/utilidades públicas, quanto na sua posterior expansão, quanto, por fim, na obra pública comum: o procedimento licitatório busca a melhor proposta para implantação/operação do empreendimento a um menor custo (desembolso público, tarifa, pedágio, contraprestação ou aporte).

Ao mesmo tempo, a licitação promove e é guiada por diversos princípios caros à administração pública: igualdade/isonomia, impessoalidade, moralidade e probidade, dentre outros⁸. No caso de expansão equipamentos de infraestrutura ou nova obra, uma nova licitação poderia contribuir para que, por exemplo, não haja favorecimento indevido ao concessionário que já explora a infraestrutura pública.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 417-418.

⁸ *Ibidem*, p. 420-424.

Ademais, quando é uma alternativa ao aditivo contratual, a licitação realçaria o princípio da igualdade de duas formas: (i) ao abrir uma nova possibilidade de competição, o poder público cria a chance de vários interessados apresentarem propostas em condição de igualdade, sabendo antecipadamente qual exatamente é o empreendimento a ser implantado; (ii) preserva a igualdade da licitação que concedeu a etapa anterior da infraestrutura, uma vez que naquele momento a nova obra não fazia parte do escopo da licitação e, por isso, os potenciais ou efetivos competidores não a inseriram na suas avaliações de vantajosidade e na formulação de suas propostas. De forma simples, se se soubesse daquela obra desde a origem, a licitação poderia ter sido diferente.

Apesar da relevância destes elementos, talvez ainda mais importante do que a consideração a respeito das disposições normativas é a *função regulatória que as licitações possuem* na concessão de equipamentos de infraestrutura, especialmente quando a contrapomos à celebração de um aditivo contratual. Veja-se.

Equipamentos de infraestrutura pública possuem, em maior ou menor escala, características de monopólios naturais, aqui entendidos como a situação em que as economias de escala promovidas no processo de produção/operação do serviço/equipamento são tão elevadas que o mercado consumidor relevante pode ser atendido com menos custos por uma única firma. A sociedade é mais bem servida sem a existência de concorrência⁹. Ou seja, não faz sentido ou não é técnica ou economicamente possível ou racional existir concorrência.

Para que o monopolista natural não abuse da sua posição, contudo, a regulação é necessária¹⁰. Esta regulação recai tanto sobre a execução do contrato quanto, especialmente, sobre a atribuição (delegação) do direito de explorar a infraestrutura (regulação de entrada). O processo que leva a essa atribuição desempenha um papel central na regulação de infraestruturas públicas, seja quando se opta pela regulação discricionária, seja quando se opta pela regulação contratual¹¹.

O procedimento licitatório/leilão de outorga da concessão é o *locus* por excelência para se firmar o valor do projeto, o seu custo social, a remuneração que o futuro

⁹ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 10.

¹⁰ “um dos objetivos da regulação econômica é tentar incorporar no preço regulado as condições de um mercado competitivo” (CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Regulação econômica de infraestruturas: qual modelo escolher?* Disponível em https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Tipo/Revista_do_BNDES/201406_06.html. Acesso em 16/08/2020, p. 275.

¹¹ Embora possua indiscutível relevância teórica e prática, esta dicotomia deve sempre ser analisada com algum grau de relativização, pois elementos de um dos modelos podem ser utilizado em outro. Sobre o tema, cf. CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno, op. cit.

concessionário exigirá para entregá-lo, o nível de modicidade tarifária real, enfim, é o momento da precificação efetiva. A realização de nova licitação para expandir uma infraestrutura pública, realizar uma obra ou prestar um serviço, portanto, possibilitaria a precificação mais adequada do negócio já que diferentes proponentes poderão ofertar propostas concorrentes.

Esta virtude da licitação é especialmente verdadeira quanto maior for o escopo do investimento/serviço. É de se presumir que, ao menos em regra, quanto maior for o escopo da nova etapa, maiores serão os custos de implantação (CAPEX) e de operação (OPEX). Uma precificação inadequada destes investimentos em razão da não realização da licitação implicará, portanto, maiores gastos sociais, seja através de tarifas mais elevadas, seja através de contraprestações públicas mais elevadas.

Decidir por expandir uma infraestrutura pública através de nova licitação promove, assim, uma nova oportunidade de se operacionalizar a concorrência *pelo* mercado (*competition for the market*). Caso a opção seja por realizar uma nova concessão, o futuro novo concessionário operará monopolisticamente aquela nova etapa da infraestrutura, mas para que lhe seja atribuído esta prerrogativa deverá se submeter à concorrência. A licitação da nova etapa da infraestrutura viabiliza no presente uma concorrência que não existirá no futuro. Por outro lado, caso a opção seja a realização de um contrato de obra comum, o valor a ser pago pelo poder público terá sido definido em processo competitivo.

Diretamente atrelada a esta função regulatória da licitação está a *redução de assimetrias informacionais*. Como referido na introdução, os contratos de concessão são inerentemente incompletos pois, dentre outras razões, as partes possuem informações incompletas ou às possuem de forma assimétrica. Quando já existe um concessionário explorando uma infraestrutura pública é razoável assumir que ele possui informações mais detalhadas sobre a sua operação, o que lhe concede uma posição de privilégio inclusive em relação ao próprio poder público. O privilégio detido pelo concessionário pode abrir espaço para *comportamentos oportunistas* durante uma eventual negociação¹² para incluir o novo trecho no contrato em execução.

Ao possibilitar a competição e, com isso, a participação de novos interessados, a licitação reduz esta posição de privilégio. A concorrência pelo direito de implantar/explorar a nova etapa da infraestrutura fornece (pode fornecer) *inputs* à administração pública que ela

¹² Embora sejam normais e esperadas em contratos complexos de longo prazo, as (re)negociações abrem espaço para riscos morais (*moral hazard*). Cf. PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In _____ (org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017, p. 25-31

não possuía antes¹³. A concorrência, portanto, reduz assimetrias informacionais e minimiza espaços para comportamentos oportunistas.

Além disso, caso a opção fosse celebrar um aditivo contratual, o inevitável e necessário processo administrativo negocial que será instaurado para se incluir novos investimentos em contratos de concessão gera custos de transação. Este processo não é simples ou banal. Quase sempre existirão divergências entre concedente e concessionário sobre inúmeros fatores (momento de início dos investimentos, valor total a ser investido, prazo para execução, alteração ou manutenção dos níveis de serviço, impacto sobre receitas e despesas operacionais, consequências sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, valores das novas tarifas/pedágios e contraprestações etc.). A licitação, portanto, reduz os custos de transação da negociação.

Há, por fim, um conjunto de elementos “pragmáticos” que deverão ser considerados pelo gestor.

O primeiro desses elementos é o tipo de infraestrutura pública. O dever abstrato de modelar nova licitação estará mais presente em redes contínuas do que em redes descontínuas. Exatamente pela “dispersão” territorial de uma estrada ou de uma ferrovia e pela “concentração” territorial de um aeroporto, a atração do dever de licitar está mais presente nos primeiros do que no segundo. O mesmo vale para as obras comuns: faz mais sentido celebrar um contrato de obra comum para expandir uma rodovia cujo trecho anterior está concedido do que celebrar um contrato de obra comum para construir um novo terminal em um aeroporto concedido.

O segundo elemento é a viabilidade econômica isolada da expansão. Se o novo trecho de infraestrutura for economicamente viável de forma isolada, sem depender dos ganhos de escala e produtividade do trecho já concedido, o dever de licitar uma nova concessão se apresentará com mais intensidade. Esta viabilidade deverá ser considerada a partir das categorias jurídicas e econômico-financeiras da concessão comum e das PPPs.

Um terceiro elemento está ligado ao prazo. Quatro variáveis deverão ser consideradas pelo gestor: prazo esperado para a implementação da infraestrutura, prazo esperado para a amortização do investimento, prazo para o fim do contrato em execução e

¹³ “A licitação é um mecanismo de revelação de informações. Ela existe porque há dificuldades de transmissão de informações entre os governantes e os particulares que poderiam ser contratados para suprir as necessidades do Estado”. (NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, abr./jun. 2020, p. 13, destaque do original).

possibilidade/expectativa de prorrogação ou não do contrato. Afinal, o prazo possui importância central em contratos de investimento, como são os contratos de concessão¹⁴.

Por fim, a quantidade de operadores capazes e interessados em assumir o dever de realizar a obra/expansão da infraestrutura será elemento a ser enfrentado pelo gestor¹⁵. Diante de uma dada realidade de mercado, quanto maior for a quantidade de potenciais licitantes maior será o dever abstrato de licitar.

Pelo exposto, a modelagem e realização de nova licitação para expandir uma infraestrutura concedida ou realizar nova obra a ela conexa não só possui claros e densos fundamentos normativos, mas tem o potencial de gerar benefícios significativos. Esses benefícios, por sua vez, ressaltam os potenciais prejuízos que um aditivo possuiria.

3. A opção por incluir novas obrigações no contrato vigente: os fundamentos jurídicos e a possível vantagem do aditivo

A outra opção colocada diante do gestor quando da constatação da necessidade de expansão de infraestrutura pública já concedida ou realização de obra não prevista é instituir uma nova obrigação para o concessionário. Através da celebração de termo aditivo, o concessionário passaria a ter o dever de realizar novos investimentos não previstos originalmente no contrato. Dadas as virtudes da licitação explicadas na seção anterior, por que esta alternativa é uma opção e porque ela deve ser considerada e enfrentada pelo gestor no seu processo decisório? Esta seção pretende responder esta pergunta.

De início, deve-se dizer que a possibilidade de alterar contratos em curso se assenta na necessidade de sua adaptação aos interesses que ensejam sua celebração. Se os contratos são instrumentos de consecução de políticas públicas¹⁶, é esperado que modificações sejam feitas ao longo do tempo. E isso é especialmente verdadeiro em contratos de longo prazo.

Esta possibilidade é expressamente reconhecida na legislação geral de licitações e contratos¹⁷ e na lei geral de concessões¹⁸. Ademais, o art. 22 da Lei Federal nº 13.448/17 não

¹⁴ Nesse sentido, cf. FREITAS, Rafael Veras; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 284-294.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão – porque precisamos pensar seriamente na sua prorrogação. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, fev. 2018, p. 134.

¹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? In SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 145.

¹⁷ Art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 124 da Lei Federal nº 14.133/21, principalmente.

só consigna expressamente a possibilidade de alteração de contratos de parceria para modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços, como exclui a aplicação dos limites quantitativos fixados nas leis gerais.

Tais permissivos legais buscam fundamento em diversos princípios (eficiência, economicidade etc.), mas estão especialmente vinculados ao princípio da mutabilidade. Este último faz parte da lógica basilar dos contratos de concessão, fato reconhecido pela doutrina tradicional¹⁹ e pela doutrina contemporânea do direito administrativo²⁰. Como afirmam Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano os “deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão a sua ruptura com o passar do tempo), mas sim *evolutivos*”²¹. A inserção, no contrato de concessão, do dever de realizar novos investimentos encontra, em nível abstrato, autorização no sistema jurídico, portanto.

Apesar desta autorização geral e abstrata, a legislação sobre concessões não minudencia as formas, hipóteses e limites da alteração deste tipo de contrato²². Isto posto, quais são os elementos que devem ser considerados pelo gestor no seu processo decisório? Consignar que os limites quantitativos estipulados nas leis gerais²³ não se aplicam às concessões não significa que estes contratos não possuem qualquer limite de alteração.

¹⁸ Art. 9º, §4º, art. 18, VII e art. 23, V da Lei Federal nº 8.987/95, principalmente, dispositivos que são aplicados às PPPs por força do art. 3º, *caput* e §1º da Lei Federal nº 11.079/04.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 670-671.

²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>>. Acesso em: 4 abr. 2018, p. 5; GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 131-201.

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 4 abr. 2018, p. 8 (destaque do original).

²² Idem. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In _____. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 173. A exceção é a garantia de que se as alterações realizadas impactarem o equilíbrio econômico-financeiro este será recomposto.

²³ A inaplicabilidade do citado limite aos contratos de parceria/concessão é vastamente defendida pela doutrina. Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jul./set. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248440>>. Acesso em: 30 out. 2018, p. 13-14. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/alteracao-de-contratos-administrativos.pdf>. Acesso em 24/07/2021, p. 24; RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos investimentos em contratos de parceria*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 67-84. Igualmente, o TCU possui precedente no mesmo sentido (Acórdão nº 1.174/2018-Plenário), assim como o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Informativo de Jurisprudência nº 246).

Significa que os *condicionantes* desta alteração são mais complexos e podem ser mais ou menos abstratos.

Gabriela Engler oferece uma metodologia voltada a destrinchar esses condicionamentos. Segundo a autora, 4 requisitos devem ser enfrentados e satisfeitos para legitimar a inclusão de obrigação de expansão de infraestrutura em contrato de concessão²⁴: (i) preservação do equilíbrio econômico-financeiro²⁵; (ii) necessidade da expansão para satisfazer a finalidade pública buscada (requisito da necessidade); (iii) vinculação da alteração com objeto do contrato (requisito da aderência/vinculação)²⁶ e; (iv) viabilidade da alteração confrontada com a opção por realizar nova licitação (requisito da viabilidade)²⁷.

O requisito da viabilidade se desdobra em quatro elementos: (iv.1) preservação do conceito do projeto; (iv.2) viabilidade econômico-financeira²⁸; (iv.3) viabilidade técnica e operacional e; (iv.4) juízo de proporcionalidade (o que se alcança com a alteração *versus* o que se preserva com a licitação). A autora destaca, contudo, que não é necessário que todos os elementos do requisito da viabilidade sejam atendidos concomitantemente²⁹.

O requisito da necessidade (ii) está fortemente ligado à política pública que ensejou própria modelagem inicial. A inserção do novo dever contratual é não só necessária para o contrato em si, mas para as finalidades públicas que ensejaram a sua pactuação originária, finalidades estas que não são totalmente atendidas pelo escopo original da concessão³⁰.

Neste ponto, o elemento *superveniência* tem grande impacto: constatou-se a necessidade da expansão/obra após a assinatura do contrato, seja porque era impossível prever um escopo maior, seja porque uma nova legislação passou a obrigar a expansão³¹. Contudo, é plenamente sustentável falar em uma *superveniência da possibilidade*. Imagine-se, por exemplo, que durante a modelagem de uma concessão rodoviária se identificou que o projeto demandava uma concessão patrocinada. Além disso, se constatou que em no futuro uma

²⁴ RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos investimentos em contratos de parceria*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 85-89.

²⁵ Como indicado na introdução, este elemento foge ao escopo deste trabalho.

²⁶ Este requisito resguardaria o princípio da “intangibilidade do objeto” (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 296), impedindo que a alteração se converta em “transformação do contrato” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 255).

²⁷ Este requisito está atrelado às reflexões realizadas na seção anterior.

²⁸ Defendendo que a autonomia é elemento na verificação da legalidade da alteração contratual cf. GARCIA, Flávio Amaral, op. cit., p. 308.

²⁹ RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal, op. cit, p. 88.

³⁰ *Ibidem*, p. 99.

³¹ Exemplo atual desta situação é o novo art. 11-B da Lei Federal nº 11.445/07, inserido no diploma pela Lei Federal nº 14.026/20. O dispositivo determina que os contratos de concessão, inclusive os atualmente em curso, definam metas de universalização, entendidas como atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

expansão seria necessária. Entretanto, optou-se por não inserir esse dever de expansão como obrigação original nem em gatilho de investimento porque o Estado, dentro do seu planejamento fiscal, não poderia assumir aquela obrigação futura. Passados alguns anos da assinatura do contrato, a necessidade se torna presente e o Estado passa a gozar de estabilidade fiscal maior. Também aqui estaria satisfeita a superveniência.

Ao enfrentar o requisito da vinculação/aderência ao objeto do contrato (iii), o gestor deverá identificar se existe ou pode existir um vínculo de pertinência entre a expansão/obra necessária e o objeto original do contrato³². Será necessária uma análise minuciosa do contrato, sendo insuficiente que se examine apenas a cláusula que define o objeto.

Nas concessões de infraestrutura econômica existirão sempre situações em que este requisito é facilmente demonstrado: a duplicação de uma via já concedida ou a expansão dessa via em uma concessão rodoviária; a expansão da malha de trilhos em uma concessão ferroviária; a construção de novo terminal em concessão aeroportuária; a expansão de dutos de água e esgoto em uma concessão de saneamento etc.

Por outro lado, esta vinculação será mais difícil de demonstrar quando, por exemplo, não houver conexão ou continuidade com o projeto já em execução: expansão de rodovia estranha aos trechos já concedidos; construção de novos trilhos em Estado diverso; implantação de pista de pouso e decolagem em aeroporto distinto do concedido etc.

O requisito da vinculação possui uma forte proximidade com o primeiro elemento do requisito da viabilidade (iv): a preservação do conceito do objeto (iv.1). O conceito do objeto estaria associado à sua lógica originária: apenas operação ou implantação mais operação; prestação de serviços diretamente para a administração pública (concessão administrativa direta) ou prestação de serviços para cidadãos/administrados³³.

Embora este elemento se apegue, corretamente, aos contornos jurídicos originais da concessão, não se deve afastar em absoluto a possibilidade de transformação destes contornos. Apesar de não tratar da expansão de infraestrutura, Rodrigo Pagani de Souza, por exemplo, advoga pela possibilidade jurídica da conversão de uma concessão comum em patrocinada, respeitados determinados requisitos³⁴.

A viabilidade econômico-financeira é o segundo elemento do requisito da viabilidade (iv.2). A questão central é saber se a expansão necessária possui ou possuiria viabilidade

³² Ibidem, p. 100.

³³ Ibidem, p. 100-101.

³⁴ SOUZA, Rodrigo Pagani de. A transformação da concessão comum em patrocinada: reflexões sobre a sua possibilidade jurídica. In MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Direito da infraestrutura*: vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387-407.

econômica e financeira se fosse delegada por contrato autônomo³⁵. É o exato oposto do quanto indicado na seção anterior: quanto menor for a viabilidade econômica e financeira autônoma da expansão, menor será atraído o dever de licitação. Igualmente, a viabilidade econômica será examinada dentro das diferentes modelagens possíveis dos módulos concessórios: concessão comum, patrocinada ou administrativa.

O terceiro elemento do requisito da viabilidade, a viabilidade técnica e operacional (iv.3), possui uma proximidade forte com o anterior. A questão é saber o nível de dependência técnica e operacional que a expansão/obra possui para com a concessão já em execução. Igualmente, será avaliada a convivência entre possíveis empreendedores³⁶.

A questão a ser enfrentada neste momento pelo gestor são os riscos e problemas de interface entre concessionários. Por um lado, aparentemente os riscos de interface são menores se a expansão constitui, por exemplo, o prolongamento de uma rodovia ou de uma ferrovia. Por outro, estes riscos são mais evidentes se a expansão consistir na duplicação de uma via já concedida, na implantação de um novo terminal em um aeroporto concedido ou na expansão de dutos de água e esgoto em uma concessão de saneamento. A convivência entre operadores nestes casos pode não apenas prejudicar a adequada prestação dos serviços, como dificultar a fiscalização pelo concedente. Igualmente, se a alternativa pensada pelo gestor é a celebração de um contrato de obra comum e posterior atribuição da operação do novo trecho ao concessionário, o risco de qualidades diferentes da infraestrutura deverá ser ponderado.

O último elemento do requisito da viabilidade é o juízo de proporcionalidade entre a alteração contratual para inserção do novo investimento e a modelagem e realização de nova licitação enquanto novo projeto (iv.4)³⁷. Essa questão será enfrentada na próxima seção.

Além dos condicionantes, deve-se averiguar os benefícios do aditivo. O primeiro deles é a potencial redução dos custos de transação. Se é verdade que as negociações destinadas a inserir novos investimentos para expandir infraestrutura possuem custos de transação, não é menos verdade que a modelagem de nova licitação também possui. A experiência pretérita da administração com modelagens e negociações será fundamental para avaliar qual das duas opções impõe mais custos.

Tal qual na seção anterior, o prazo será um elemento importante. Cinco variáveis deverão, também aqui, ser consideradas pelo gestor: prazo pra modelagem da nova licitação (custos de transação), prazo esperado para a implementação da infraestrutura, prazo esperado

³⁵ RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal, op. cit, p. 101-102.

³⁶ Ibidem, p. 104.

³⁷ Ibidem, p. 104-105.

para a amortização do investimento, prazo para o fim do contrato em execução e possibilidade/expectativa de prorrogação ou não do contrato.

Ademais, a quantidade de operadores capazes e interessados em assumir o dever de expansão da infraestrutura será elemento a ser enfrentado pelo gestor³⁸. Diante de uma dada realidade de mercado, quanto *menor* for a quantidade de potenciais licitantes *maior* será a vantagem em se realizar o aditivo.

Outro elemento que deverá fazer parte do juízo do gestor são os ganhos de escala e produtividade que a inserção do dever de expandir a infraestrutura no contrato já em execução poderá gerar³⁹. Isso porque ao passar a operar o novo trecho a ser implantado, o concessionário poderá reduzir custos globais de operação, aproveitar eventuais sinergias, expandir as fontes de receitas não tarifárias etc., fatores que poderão advogar a favor da economicidade e modicidade tarifária.

O potencial ganho de escala e produtividade, inclusive, poderá ser elemento que aponte para o aditivo como caminho mais adequado mesmo nas situações em que a nova etapa da infraestrutura seja econômica e tecnicamente viável de forma autônoma, além de poder compensar os riscos de assimetria de informação. Ou seja, o risco de comportamento oportunista poderá ser compensado com sua *expertise* diferenciada e concreta⁴⁰.

Por fim, além dos condicionantes e benefícios, deve-se levar em conta algumas especificidades da situação concreta. A primeira delas é o nível de informação detida pelo concedente a respeito da expansão/obra que deverá ser implementada. O risco de assimetria informacional nunca será nulo, mas não é possível dizer que ele sempre será o mesmo. Ele será variável e será influenciado por múltiplos fatores, inclusive o escopo da expansão e a quantidade de investimentos que serão necessários para sua implantação e operação. Ademais, é possível, por exemplo, que o concedente possua sólida base de dados e conhecimento a respeito dos trechos rodoviários ou ferroviários que deverão ser expandidos, ou conheça a fundo os custos envolvidos na implantação de novo terminal aeroportuário.

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão – porque precisamos pensar seriamente na sua prorrogação. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 288, fev. 2018, p. 134.

³⁹ Gabriela Engler insere esta questão no elemento “viabilidade econômica” (op. cit. p. 103-104).

⁴⁰ “Se você fosse acionista da concessionária, o que preferiria: arriscar o pouco dinheiro de que dispõe em um projeto que precisa estudar (gastar) muito para conhecer – e, depois, competir em uma licitação – ou reinvestir naquele que pilota sozinho faz mais de dez anos? E se você não fosse acionista da atual concessionária, gostaria de concorrer com outros interessados em projetos novos, em que o nível de informação tende a ser equivalente entre os licitantes, ou naquela licitação em que existe alguém que naturalmente conhece o contrato como a palma da mão? Onde você alocaria seu tempo e sacrificaria seu dinheiro?” (MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão – porque precisamos pensar seriamente na sua prorrogação. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 288, fev. 2018, p. 135)

Há, ainda, de se considerar a existência ou não da possibilidade de instauração de processos de negociação do contrato de concessão. Três hipóteses são as principais: processos de reequilíbrio em favor do concedente, processos sancionatórios que poderiam acarretar a aplicação de multas ao concessionário e processos de prorrogação antecipada. No primeiro caso, o concedente pode optar por, ao invés de demandar uma redução tarifária ou de contraprestação, exigir que seja expandida a infraestrutura. No segundo, pode-se optar pela celebração de acordo substitutivo de sanção por meio do qual ao invés de pagar penalidade aos cofres públicos, o concessionário assume o dever de expandir a infraestrutura⁴¹. No último, o deferimento de uma prorrogação antecipada⁴² pode estar condicionado à realização de novos investimentos.

Pelo exposto, a celebração de aditivo contratual para expandir uma infraestrutura concedida ou realizar nova obra a ela conexa não só possui claros e densos fundamentos normativos, mas tem o potencial de gerar benefícios significativos. Esses benefícios, por sua vez, ressaltam os potenciais prejuízos que a modelagem de uma nova licitação possuiria.

4. A matriz decisória: estruturação, funcionamento e limites

O mapeamento realizado nas seções anteriores revelou que não existe uma resposta *a priori* para a pergunta que move este estudo: o sistema jurídico não resolve a questão em nível abstrato, abrindo espaço para a adoção de ambas as soluções, e existem vantagens e desvantagens, custos e benefícios, enfim, *trade-offs*, tanto na realização de licitação para celebração de novo contrato (comum ou de concessão), quanto na celebração de aditivo ao contrato de concessão vigente.

Logo, não é possível estabelecer uma das opções como regra. Não se tratando de uma decisão vinculada, a decisão do gestor será discricionária e guiada pelos juízos de conveniência e oportunidade. Da mesma forma, essa deve ser a diretriz de análise por parte dos órgãos de controle. Entretanto, dizer que a decisão é discricionária e que o gestor deve “avaliar o caso concreto” é insuficiente. Daí a necessidade de se estruturar diretrizes decisórias e analíticas.

Foram identificados 16 elementos que devem balizar a licitude da tomada de decisão a respeito de como materializar um investimento não originalmente previsto em um contrato

⁴¹ Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Direito da infraestrutura*: vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90-102.

⁴² Na órbita federal, a Lei nº 13.448/17 instituiu claramente essa possibilidade.

de concessão de infraestrutura pública: (i) Necessidade da nova obra; (ii) Nível de informação detido pelo concedente sobre o investimento; (iii) Custos de transação da negociação; (iv) Custos de transação da licitação; (v) Viabilidade econômica isolada da obra/investimento; (vi) Vinculação/Aderência ou não do novo investimento com o contrato de concessão em execução; (vii) Existência ou não de ganhos de produtividade com a inserção da obra/expansão no contrato existente; (viii) Riscos de interface ou possibilidade ou não de convivência entre operadores diferentes; (ix) Quantidade de interessados na obra/expansão; (x) Afetação ou não do conceito do contrato de concessão em execução pelo novo investimento; (xi) Prazo de implantação do novo investimento; (xii) Prazo de amortização do novo investimento; (xiii) possibilidade ou não de prorrogação do contrato, caso necessário; (xiv) Existência ou não de reequilíbrio em favor do concedente; (xv) Possibilidade ou não de celebração de acordo substitutivo de sanção; (xvi) Possibilidade ou não de prorrogação antecipada do contrato de concessão.

Cada um desses elementos pode apontar para a licitação ou para o aditivo como solução a depender do seu conteúdo/resposta no caso em análise. A fim de sistematizar e tornar o processo decisório/de controle mais analítico, foi construída a tabela abaixo. O conteúdo de cada linha foi definido a partir dos achados das seções anteriores e alocado de acordo com o que ele aponta como resposta (licitar ou celebrar aditivo).

		Licitar	Celebrar aditivo
1	Necessidade da nova obra	Antiga/existente	Nova/superveniente
2	Nível de informação sobre o projeto detido pelo concedente	Baixo	Alto
3	Custos de transação da negociação	Altos	Baixos
4	Custos de transação da licitação	Baixos	Altos
5	Viabilidade econômica isolada da nova obra	Alta	Baixa
6	Vinculação/Aderência do novo investimento com a concessão	Baixa/Inexistente	Alta/Total
7	Ganhos de produtividade	Nenhum/desprezível	Altos/médios
8	Convivência entre operadores diferentes (risco de interface)	Possibilidade total/ Possibilidade alta	Impossibilidade total/ Impossibilidade alta
9	Quantidade de interessados na expansão	Muitos	Poucos/nenhum
10	Afetação do conceito da	Novo conceito	Mesmo conceito

	concessão		
11	Prazo de implantação	Alto	Baixo
12	Prazo de amortização	Alto	Baixo
13	Prorrogação do contrato (caso necessário)	Impossível	Possível
14	Reequilíbrio em favor do concedente	Inexistente	Existente
15	Acordo substitutivo de sanção	Inexistente	Existente
16	Prorrogação antecipada	Impossível	Possível

Tabela 1 (elaboração própria)

Os elementos que compõem a tabela devem ser utilizados como itens a serem enfrentados no juízo de discricionariedade técnica do gestor e, especialmente, na estruturação da motivação do ato que decide pela licitação ou pelo aditivo. *A consideração desses elementos e a sua demonstração na motivação são as condições de licitude da decisão.* Igualmente, a tabela se presta a guiar o juízo dos órgãos de controle quando da avaliação da licitude do aditivo ou da licitação.

Dada a complexidade inerente ao tipo de situação sob análise e a generalidade da proposta aqui apresentada, a indicação isolada de um dos elementos de uma das linhas será sempre insuficiente para responder à pergunta em um caso concreto. Ao contrário, cada linha contribuirá com uma *indicação não vinculante da solução*. Assim, por exemplo, em um caso concreto a existência de altos custos de transação para modelagem de nova licitação (linha 4) aponta para o aditivo como solução. Contudo, no mesmo caso, a alta viabilidade econômica do novo trecho/obra de forma isolada (linha 5) aponta para a licitação como solução.

Em complemento, parece seguro dizer que os elementos dispostos na tabela não possuem e não possuirão o mesmo nível de importância/centralidade diante de casos concretos. Desta forma, o passo seguinte para a construção de uma matriz decisória é a atribuição de pesos para cada um dos elementos. Há duas formas de se fazer essa atribuição de peso: (i) pré-definir o peso que cada elemento possui, partindo de uma avaliação geral e *a priori* que esses elementos possuem ou; (ii) definir o peso de cada elemento sempre diante de um caso concreto.

Adotando a primeira forma (i), e seguindo a importância que o mapeamento feito nas seções identificou, os elementos das linhas 1 a 8 devem receber peso 2 e os elementos das linhas 9 a 16 devem receber peso 1. De forma exemplificativa, imagine-se o caso concreto a seguir cujos elementos foram devidamente identificados, ponderados e motivados:

1. a necessidade da obra é nova → Aditivo (peso 2);

2. o nível de informação detido pelo concedente é baixo → Licitação (peso 2);
3. os custos de transação da negociação são baixos → Aditivo (peso 2);
4. os custos de transação da licitação são altos → Aditivo (peso 2)
5. a viabilidade econômica isolada da obra/investimento é baixa → Aditivo (peso 2);
6. a vinculação/aderência do novo investimento com o contrato de concessão em execução é alta → Aditivo (peso 2);
7. não existem ganhos de produtividade com a inserção da obra/expansão no contrato existente → Licitação (peso 2);
8. é possível a convivência entre operadores diferentes → Licitação (peso 2);
9. existem muitos interessados na obra/expansão → Licitação (peso 1);
10. o conceito do contrato de concessão não será alterado com o novo investimento → Aditivo (peso 1);
11. o prazo de implantação do novo investimento é maior do que o restante do prazo do contrato em execução → Licitação (peso 1);
12. o prazo para amortização do novo investimento é maior do que o prazo restante do contrato em execução → Licitação (peso 1);
13. é possível prorrogar o contrato em execução → Aditivo (peso 1);
14. não há reequilíbrio em favor do concedente → Licitação (peso 1);
15. não há possibilidade ou não de celebração de acordo substitutivo de sanção → Licitação (peso 1);
16. é possível realizar a prorrogação antecipada do contrato de concessão → Aditivo (peso 1).

Nesse exemplo, tem-se que dos 16 elementos, 8 apontam para a licitação e 8 apontam para o aditivo. Dos 8 elementos que apontam para o aditivo, 5 possuem peso 2 e 3 possuem peso 1. Dos 8 elementos que apontam para a licitação, 3 possuem peso 2 e 5 possuem peso 1.

	Licitar	Celebrar aditivo
Soma ponderada	3 x 2 + 5 x 1	5 x 2 + 3 x 1
Conceito final	11	13

Logo, seguindo a forma (i) da metodologia aqui proposta, o caso em questão deve, após motivação cabal e adequada, ser resolvido com a celebração de termo aditivo.

Uma alternativa a essa forma é a atribuição de peso para cada elemento de acordo com o caso concreto (ii). Nesse caso, os pesos de cada elemento não seriam pré-definidos,

cabendo ao gestor atribuí-los no seu processo de ponderação e avaliação e, especialmente, explicitá-los na sua motivação. Essa atribuição de pesos pode ser guiada por particularidades do caso em questão e, especialmente, pela experiência pretérita do Concedente. Há, aqui, uma flexibilidade maior, o que possibilita um trabalho mais “sob medida”. Essa flexibilidade, contudo, atrai um dever de motivação mais denso. A utilização da forma (ii), por fim, não altera o processo final de “soma ponderada” de cada um dos elementos.

Pode-se sustentar que a forma (i) seria mais adequada para Concedentes com menor capacidade institucional e/ou menos experiência na gestão/regulação de contratos de concessão. A forma (ii), ao contrário, seria mais adequada para Concedentes com capacidade institucional mais elevada e densa experiência.

Independente da forma que se utilize, o enfrentamento, as ponderações e a análise motivada dos elementos da matriz não apenas guiarão a escolha do gestor, mas consistirão em sólidos critérios de licitude da decisão.

Deve-se registrar que a utilização da metodologia aqui proposta poderá enfrentar dificuldades de operacionalização. É possível que, diante de um caso concreto, o Poder Concedente se veja impossibilitado de fazer juízos firmes sobre os elementos da matriz. Por exemplo, é possível que verifique que não tem como medir o nível dos custos de transação envolvidos em uma negociação ou em uma nova licitação. Nesses casos, essa impossibilidade deverá ser registrada em sua motivação.

Em complemento, a metodologia aqui sugerida possui limites. Não foi objeto de estudo, por exemplo, a forma de precificar os investimentos a serem realizados, seja por aditivo, seja por nova licitação. É claro que se pode arguir que o processo de precificação estaria incluído no elemento “Nível de informação sobre o projeto detido pelo concedente” (linha 2 da Tabela 1). Ou seja, o preço/valor do investimento seria algo que estaria mais ou menos disponível e seria mais ou menos seguro. Entretanto, a forma exata de se chegar a esses valores (cotação, uso da tabela SICRO etc.) não foi objeto de estudo.

Igualmente, não foi objeto de análise os impactos e controvérsias a respeito do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. A análise sobre afetação do equilíbrio, seja pelos novos investimentos inseridos no contrato, seja pela nova licitação a ser realizada podem contribuir com o aperfeiçoamento da metodologia proposta, ainda que não necessariamente como novo elemento da matriz.

Estas limitações e dificuldades, contudo, não esvaziam a utilidade da metodologia. Ao contrário, entende-se que ela possibilita, em primeiro lugar, o mapeamento dos elementos mais centrais no tipo de problema que moveu esse estudo e, com isso, o enfrentamento dos

trade-offs envolvidos. Ademais, funciona como uma metodologia analítica para guiar a decisão do gestor e viabilizar a estruturação da licitude dessa decisão. Ao mesmo tempo, serve de baliza para que os órgãos de controle avaliem a legalidade da opção adotada pelo poder público.

Por fim, como ficou claro ao longo desta seção, a finalidade principal da metodologia proposta é lidar com um problema que tende a surgir na gestão de contratos de concessão. Contudo, o mapeamento realizado e a matriz sugerida também podem ser utilizados para outras finalidades. Em primeiro lugar, a metodologia pode ser utilizada para modelar, na origem, os contratos que certamente enfrentarão o problema que moveu esse estudo. Em segundo, podem servir também para instituir regramentos gerais sobre a alteração de contratos de concessão, seja através de leis gerais, seja através de regulamentos.

5. Conclusão

Os contratos de concessão são ajustes regulatórios complexos que viabilizam a delegação de atividades de titularidade ou obrigação do poder público; se relacionam com atividades, serviços, utilidades ou bens de relevante interesse coletivo; enredam interesses sociais dispersos; envolvem o dispêndio de recursos vultuosos e, conseqüentemente, a estruturação de financiamentos complexos; possuem objetos de implantação e operação complexa, exigindo a gestão concomitante de múltiplos atores e contratos instrumentais; possuem prazo de vigência alargado, podendo alcançar múltiplas décadas; implicam constante atualização; exigem a estruturação de um relacionamento permanente entre o concedente e o concessionário durante longo período e; estão imersos em contexto de elevados riscos.

Este conjunto de características contribui decisivamente para definir os contratos de concessão como contratos relacionais e incompletos. Ao mesmo tempo, são contratos que estarão sujeitos a permanente mutabilidade, seja em razão de condições extracontratuais que afetam a relação entabulada entre concessionário e concedente, seja em razão de condições endocontratuais que passam a clamar por algum tipo de alteração.

Dentre os inúmeros eventos que podem ser experimentados durante a vigência de uma concessão, a necessidade de expansão da infraestrutura concedida ou realização de nova obra ligada ao objeto do contrato que não estavam originalmente previstas merece especial destaque em razão da sua alta probabilidade de ocorrência.

Este trabalho pretendeu oferecer uma metodologia apta a contribuir com a tomada de decisão a respeito de como esse problema deve ser enfrentado, se através de celebração de

termo aditivo ou se através de modelagem e realização de nova licitação. A licitação e o aditivo em contratos de concessão não são nem fins em si mesmos nem apenas possibilidades abstratas. São instrumentos disponíveis à administração pública para lidar com múltiplos problemas, dentre eles o que fazer quando se constata a necessidade de expandir uma infraestrutura pública já concedida. Estes instrumentos não possuem primazia *a priori* um sobre o outro. Ambos os instrumentos devem ser avaliados em pé de igualdade como alternativas decisórias diante de uma situação concreta.

A matriz aqui proposta contribui para estruturar a licitude da decisão na medida em que indica quais são as tensões e *trade-offs* que precisam ser enfrentados e orienta o caminho que deve ser seguido pelo poder público no processo de análise, ponderação, avaliação e motivação. A matriz se presta, enfim, a auxiliar os órgãos de controle na fiscalização *ex post* da decisão tomada.

A metodologia consegue servir a esses propósitos ao mapear 16 elementos que apontam para as tensões entre as alternativas à disposição do poder público. Cada elemento de tensão pode indicar a realização de licitação ou a celebração de aditivo a depender do que as particularidades do caso concreto apontem. No processo de enfrentamento e ponderação, o poder público deve explicitar, concretamente, o que um dado elemento e seu respectivo peso indica, se a realização de licitação ou celebração de aditivo. A cada novo elemento ponderado e explicitado, o poder público estará sendo conduzido para uma das alternativas, ao mesmo tempo em que demonstra as razões para tanto. O “produto” final deverá ser um ato administrativo densamente motivado a respeito de qual caminho seguir.

Além disso, o trabalho também apontou para possíveis agendas de pesquisa. A metodologia proposta pode ser aprimorada com o enfrentamento de outros temas que devem ser ponderados no momento da decisão, como o que fazer em caso de impossibilidade de avaliação de um dos elementos da matriz, como precificar os investimentos que serão realizados e como lidar com o desequilíbrio econômico-financeiro que a decisão venha a causar. Por fim, o trabalho também sugere que os seus achados podem contribuir para a modelagem originais de contrato e definição legal ou regulamentar de como lidar com o problema em questão.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Regulação econômica de infraestruturas: qual modelo escolher?* Disponível em https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Tipo/Revista_do_BNDES/201406_06.html. Acesso em 16/08/2020, p. 257-288.

DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13. ed. Milão: Presença, 1997.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jul./set. 2017 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248440>>. Acesso em: 30 out. 2018

_____; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, p. 283-300, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In _____. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão – porque precisamos pensar seriamente na sua prorrogação. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 288, fev. 2018.

_____. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

_____.; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura. In _____. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, p. 133-156, 2020.

_____; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Direito da infraestrutura*: vol. 2. São Paulo: Saraiva, p. 65-116, 2017.

PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In _____ (org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 1-38, 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/alteracao-de-contratos-administrativos.pdf>. Acesso em 24/07/2021.

RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos investimentos em contratos de parceria*. São Paulo: Almedina, 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? In SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A transformação da concessão comum em patrocinada: reflexões sobre a sua possibilidade jurídica. In MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Direito da infraestrutura*: vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387-407.