

NOVOS INVESTIMENTOS OU NOVA LICITAÇÃO? OS CONDICIONAMENTOS DA EXPANSÃO DE PROJETOS DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA

NEW INVESTMENTS OR NEW PUBLIC PROCUREMENT? THE CONDITIONS OF THE EXPANSION OF PUBLIC INFRASTRUCTURE PROJECTS

VITOR SOLIANO

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). MBA em Parcerias Público-Privadas e Concessões pela FESPSP. Professor de Direito Econômico e Administrativo da Faculdade Baiana de Direito. Advogado e consultor jurídico.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-9277-6708>].
vitor.soliano.adv@gmail.com
DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.24.soliano>].

Recebido em: 07.02.2022 | Received on: February 7th, 2022
Aprovado em: 18.10.2022 | Approved on: October 18th, 2022

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O artigo examina um problema tipicamente enfrentado na gestão pública: como realizar a expansão de infraestrutura pública já delegada por meio de concessão quando essa expansão não foi prevista no contrato? Realizar nova licitação para delegar a expansão e a operação para outro particular ou criar nova obrigação no contrato já em execução? Partindo de uma delimitação precisa do que significa uma expansão não prevista e se valendo dos elementos que caracterizam os contratos de concessão, o texto explora os condicionamentos que apontam tanto a modelagem e a realização de nova licitação quanto para a celebração de aditivo contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Concessão – Infraestrutura – Alteração contratual – Licitação.

ABSTRACT: The essay examines a problem typically faced in public management: how to carry out the expansion of public infrastructure already delegated through a concession when such expansion was not foreseen in the contract? Carry out a new bidding to delegate the expansion and operation to another company, or create a new obligation in the contract already in progress? Starting from a precise delimitation of what an unforeseen expansion means and using the elements that characterize the concession contracts, the text explores the conditions that point both to the modeling and carrying out of a new bidding process and to the execution of a contractual amendment.

KEYWORDS: Concession – Infrastructure – Contractual changes – Public procurement.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A necessidade de expansão de infraestrutura pública. 2.1. Infraestrutura e expansões não previstas em contratos de concessão. 2.2. Expansões ordinárias de infraestrutura e investimentos ordinários em contratos de concessão. 3. Contratos de concessão: características fundamentais. 4. Por que realizar novo procedimento licitatório? A função regulatória da licitação. 5. Por que inserir novos investimentos? A (possível) vantagem dos aditivos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO¹

Qual² tecnologia jurídica deve ser utilizada quando da constatação de que uma infraestrutura pública precisa ser expandida, mas o equipamento existente já se encontra concedido? Deve o gestor público realizar uma nova licitação ou celebrar aditivo para alterar o contrato em execução, inserindo essa nova obrigação? Este artigo pretende analisar os condicionantes que balizam e devem balizar essa decisão³. A implantação, a expansão, a manutenção, a conservação e a operação de equipamentos de infraestrutura pública pela iniciativa privada constituem elementos ordinários do arranjo institucional brasileiro.

Com maior ou menor intensidade, o setor privado está presente em todos os setores tipicamente considerados de infraestrutura pública: rodovias, ferrovias, portos e aeroportos (logística); transmissão e distribuição de energia elétrica e transporte e distribuição de gás natural (energia); telecomunicações; abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto (saneamento básico). Excluindo-se as situações em que o constituinte ou o legislador criaram mecanismos de assimetria regulatória, permitindo a exploração de equipamentos de infraestrutura em regime majoritariamente privado ainda que regulado⁴, a participação privada na operação da infraestrutura pública ocorre principalmente mediante contratos de concessão.

1. Agradeço a Bruna Barbosa Magalhães pela revisão atenta desse trabalho.

2. Como citar esse artigo/How to cite this article: SOLIANO, Vitor. Novos investimentos ou nova licitação? Os condicionamentos da expansão de projetos de infraestrutura pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 7, v. 24, p. 27-63, jan.-mar. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.24.soliano>].

3. Não é objeto de preocupação deste trabalho as situações em que uma infraestrutura pública é explorada por uma empresa estatal ou por uma autarquia. Igualmente, foge do escopo do estudo as infraestruturas que são construídas e mantidas pelo poder público por meio da contratação de obras comuns.

4. Sobre assimetrias regulatórias, cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 288-292.

as informações disponíveis sobre custos, complexidades de implantação e operação (identificação do nível de assimetria informacional); (iii) serão enfrentadas as possibilidades de convivência ou não entre concessionários, dado o caráter divisível ou não da expansão (identificação dos riscos de interface); (iv) deverá ser enfrentada a existência de sustentabilidade econômica da expansão e contraposta a conclusão com os eventuais ganhos de escala e produtividade (ponderação entre sustentabilidade e ganhos de eficiência); (v) serão fixados ou previstos os prazos necessários para implantação e amortização dos investimentos; (vi) serão identificados os potenciais interessados em assumir o dever de expansão (ponderação sobre competitividade); (vii) deverá ser verificada a existência ou não de aderência entre a expansão e o objeto do contrato já em execução (requisito da vinculação); (viii) deverá ser verificada a compatibilidade ou não da expansão com a lógica, inclusive jurídica, do contrato em execução; (ix) deverá ser verificada a possibilidade ou não de utilizar desequilíbrios em favor do concedente para se inserir novas obrigações ao concessionário; (x) deverá ser verificada a possibilidade ou não de se celebrar acordos que substituam a aplicação de penalidade por deveres de investimento.

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, entre eles o que fazer quando se constata a necessidade de expandir uma infraestrutura pública já concedida. Esses instrumentos não possuem primazia *a priori* um sobre o outro. Não existe nem um princípio do *in dubio pro licitação* nem um princípio do *in dubio pro aditivo*. Ambos os instrumentos devem ser avaliados em pé de igualdade, considerando os elementos indicados, sopesando-os com as particularidades concretas da situação. O que sempre existirá é a necessidade de densa motivação da escolha administrativa.

7. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de direito da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

- CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno. *Regulação econômica de infraestruturas: qual modelo escolher?* Disponível em [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.
- CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan.-jun. 2014.
- CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FREITAS, Rafael Vêras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar.-ago. 2020.
- 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: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248440]. Acesso em: 30.10.2018.
- FRÓES, Fernando. Infraestrutura pública: conceitos, importância e intervenção governamental. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.
- FUX, Luiz; MAGALHÃES, Andréa. *Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos*. Disponível em [www.academia.edu/39061412/Imprevis%C3%A3o_Incompletude_e_Risco_uma_contribui%C3%A7%C3%A3o_da_teorias_econ%C3%B4mica_aos_contratos_administrativos]. Acesso em: 27.03.2021.
- GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In: GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Brasília: Ipea, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, 2009.
- MONTEIRO, Vera. *Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão – porque precisamos pensar seriamente na sua prorrogação. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 288, fev. 2018.
- 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: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831]. Acesso em: 04.04.2018.
- 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: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325]. Acesso em: 04.04.2018.
- NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura. In: NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. In: NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- 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, 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*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.
- PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: PASTORE, Affonso Celso (Org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 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 concessões e PPPs: contornos e limites. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, Edição Especial de Infraestrutura, 2019.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- 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.
- SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- 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*: São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Alteração contratual em tempos de crise: standards para a disrupção com o procedimento administrativo da normalidade, de Anderson Sant'Ana Pedra e Jader Ferreira Guimarães – *RDAI* 15/195-215; e
- Infraestructuras públicas – especial referencia a la legislación uruguayaya sobre participación público privada, de Augusto Durán Martínez – *RDAI* 16/293-312.