

A spectos relevantes para o exercício da competência administrativa discricionária na determinação do prazo de duração de contratos de concessão e Análise Econômica do Direito¹

Law and Economics and relevant aspects for the exercise of discretionary power by the public sector in determining the duration of public service concessions

Pedro Luís de Vasconcelos Oliveira

Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Agente de Fiscalização do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. E-mail: pvasconcelos89@gmail.com

162

Simetria

Resumo: Ao decidir prestar um determinado serviço público por meio de sua concessão à iniciativa privada, deve a administração justificar tal escolha, demonstrando de que forma essa é a medida que melhor se adequa ao interesse público subjacente à prestação do serviço. Essa justificativa se vincula ao fato de que a realização da concessão se materializa por atos administrativos, e não se referirá apenas à decisão de conceder em si, mas também, por consequência, aos termos e parâmetros sob os quais a concessão será feita. Um desses parâmetros será o prazo de duração do contrato, que, por ser normalmente longo, é frequentemente questionado judicialmente ou pelos órgãos de controle. O presente artigo pretende examinar aspectos relevantes ao exercício da competência administrativa discricionária na escolha desse prazo, avaliando se o interesse público envolve, em todos os casos, a escolha do prazo mínimo estimado como necessário para a amortização dos investimentos contratualmente determinados, como é recorrentemente apontado na doutrina, ou

¹ Recebido em: 30 set. 2022 – Aprovado em: 31 out. 2022.

se há outras nuances referente ao prazo a serem consideradas pelo agente público incumbido da decisão, tendo-se em vista os pressupostos do ato administrativo praticado no caso concreto, a finalidade da concessão, e os demais parâmetros e termos que estarão envolvidos. Para o cumprimento dessa tarefa, é de grande valia o recurso a conceitos econômicos, de cujas sinergias com a ciência jurídica nos valeremos em nossa exposição.

Palavras-chave: Ato administrativo. Contrato administrativo. Concessões de serviço público. Competência discricionária. Economia e Direito.

Abstract: When deciding to provide a particular public service through a public service concession, the public sector must justify such choice, demonstrating how this is the measure that best suits the public interest underlying the provision of the service. This justification is linked to the fact that the concession agreement is materialized by acts of the public sector (administrative acts), and will not only refer to the concession itself, but also, consequently, to the terms and parameters under which it will be made. One of these parameters will be the duration of the contract, which, as it is usually long, is often questioned in courts. This article intends to examine aspects relevant to the exercise of discretionary power by the public sector in choosing this duration, assessing whether the public interest involves, in all cases, choosing the minimum duration estimated as necessary for the amortization of investments contractually determined, as is repeatedly pointed out in the literature, or if there are other nuances regarding this duration that should be considered by the government agent responsible for the decision, in terms of the goals, the reasons and the context involved. In order to fulfill this task, law and economics concepts are of great value.

Keywords: Administrative act. Public contracts. Public service concessions. Discretionary power. Law and Economics.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 175, que incumbe ao poder público a prestação dos serviços públicos. Nesse mesmo artigo, determina que essa prestação poderá se dar de forma direta, ou sob regime de concessão ou permissão.

Para dar cumprimento ao ditame constitucional, foi editada a Lei nº 8.987/1995, que em seu art. 5º determinou que, ao ponderar sob essas formas de prestação e finalmente optar pela prestação do serviço por meio de concessão ou permissão, o poder concedente deverá publicar ato justificando a conveniência dessa escolha:

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Ao exigir expressamente, e de maneira específica, a publicação dessa justificativa, denota-se que o legislador reconheceu a complexidade inerente à decisão sobre a forma de prestação do serviço, ciente da multitude de aspectos a serem considerados pelo agente público incumbido de tomá-la, no exercício da função administrativa que lhe compete.

A ampla complexidade inerente à realidade fática com que se depara o agente público é responsável por configurar marcante zona de incerteza sob a qual ele deverá necessariamente decidir, mas estará sempre circunscrita, contudo, a uma “zona de certeza”, cujos contornos são estabelecidos pelo interesse público visado. Trata-se de ato a ser praticado no exercício de competência administrativa discricionária, sempre vinculada, naturalmente, à busca do interesse público que é sustentáculo do regime jurídico administrativo.

Essa complexidade, além disso, não se esgotará com a escolha da forma sob a qual o serviço será prestado. De fato, o conteúdo do ato que materializar a decisão pela delegação envolverá uma série de detalhes e parâmetros inerentes a ela, os quais, conseqüentemente, também integrarão sua justificativa, como, por exemplo, nos termos do art. 23 da Lei Federal nº 8.987/1995: o objeto e a área da concessão; o modo, a forma e as condições de prestação do serviço; os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; o preço do serviço e os critérios para reajuste e revisão das tarifas; e o prazo de duração da concessão.

É sobre os aspectos envolvidos na determinação desses detalhes e parâmetros que pretendemos nos debruçar no presente trabalho, aprofundando-nos, com efeito, em apenas um parâmetro particular, qual seja, o prazo de duração da concessão.

Em outras palavras, pretendemos estudar o ato administrativo de realização da concessão no que tange à escolha de seu prazo de duração, delineando as condições que devem ser satisfeitas para que a escolha desse prazo seja capaz de satisfazer os pressupostos de validade do ato administrativo praticado, tornando-o consentâneo com o interesse público buscado.

A esse respeito, constata-se que são frequentes na doutrina vinculações do prazo de duração do contrato² de concessão apenas ao tempo necessário à amortização dos investimentos específicos realizados, o que, para os casos das parcerias público-privadas (PPP)³, foi inclusive colocado no texto da lei⁴. Consoante pretendemos demonstrar neste trabalho,

2 Cumpre notar, na esteira dos ensinamentos de Toshio Mukai (2015, p. 282), que a Constituição de 1988, em seu art. 175, “optou claramente pela natureza contratual” da concessão de serviço público.

3 Concessões administrativas e patrocinadas.

4 Art. 5º, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/2004: “I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação” (grifo nosso).

contudo, há uma série de problemas metodológicos na forma como tem sido explorada essa relação. Além disso, há outros aspectos, tão ou mais importantes, mas normalmente não considerados, que deveriam ser levados em conta pelo agente público na escolha deste parâmetro contratual, para que essa escolha efetivamente possibilite o cumprimento do interesse público visado.

Nesse sentido, com o recurso a conceitos oriundos da ciência econômica, pretendemos expandir essa visão ao trazer olhar mais aprofundado a respeito de quais fatores estão efetivamente envolvidos na determinação do prazo, e a respeito de quais as consequências do prazo escolhido para o sucesso/insucesso do projeto concessório. De posse de tais conhecimentos, acreditamos ser possível agregar contribuições normalmente pouco exploradas a respeito do tema.

2 Os pressupostos de validade dos atos administrativos de realização da concessão e o art. 5º da lei nº 8.987/1995

A efetivação da concessão do serviço perpassa pela materialização de diversos atos administrativos, que envolverão, após a realização dos estudos pertinentes e da decisão pela concessão, a publicação do edital de concessão, e a eventual realização de todos os demais atos envolvidos no procedimento licitatório⁵, até a eventual assinatura do contrato de concessão.

Essa sequência de atos administrativos é assim explicada por Egon Bockmann Moreira (2010, p. 86, grifos no original):

O clássico autor francês Bonnard apresentou a concessão de serviços públicos como ato complexo, 'composto de três elementos, que são um ato regulamentar, um ato-condição e um contrato. Mas, apesar dessa forma complexa, a concessão constitui um ato único, porque os seus três atos constitutivos são condicionados um pelo outro'. O objeto do ato regulamentar é o de 'fixar as regras de organização e de funcionamento do serviço'.

Para fins deste artigo, interessam-nos especificamente os atos que consubstanciam o "ato regulamentar", que em nosso entendimento, é composto: pelo ato que materializa a oferta de outorga da concessão e pelos consequentes atos que determinarão os termos e parâmetros pertinentes à concessão, especificamente no que refere ao prazo de duração, que é o objeto de nossa investigação. Esses atos serão exteriorizados e tornar-se-ão existentes com a publicação do edital de concessão, veículo introdutor das

5 Consoante art. 175 da Constituição Federal, e art. 14 da Lei 8.987/1995, a concessão de serviço público deve ser precedida de licitação, devendo o edital especificar o prazo da concessão.

normas pertinentes à concessão, por meio do qual adquirirão conteúdo⁶ e forma.

Aplicando entendimento derivado da citação supra, trataremos tais atos como um “ato único”, uma vez que, realizando-se a concessão, faz-se necessário concomitantemente determinar seus parâmetros. O conjunto de parâmetros assim determinado, nesse sentido, pode ser compreendido como integrante do conteúdo do “ato regulamentar”, que decide pela concessão e fixa as regras a ela aplicáveis.

Como ato administrativo, naturalmente, esse ato observará a disciplina jurídica pertinente a sua espécie. Assim, seus pressupostos de validade serão, seguindo-se a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013), os referentes a:

- i. sujeito (pressuposto subjetivo);
- ii. motivo e requisitos procedimentais (pressuposto objetivo);
- iii. finalidade (pressuposto teleológico);
- iv. causa (pressuposto lógico)
- v. formalização (pressuposto formalístico).

Pode-se inferir, nesse sentido, que, no supracitado art. 5º da Lei Federal nº 8.987/1995, o legislador, ao prever destacadamente a necessidade de publicação das justificativas a respeito da “conveniência” da opção pela concessão, nada mais fez que deixar explícita uma exigência que já decorreria naturalmente do regime jurídico-administrativo a que os atos administrativos de realização da concessão do serviço estão sujeitos.

Com efeito, da expressão “conveniência da outorga da concessão, [...]”, caracterizando seu objeto, área e prazo”, extraem-se os pressupostos objetivo, teleológico e lógico do ato, uma vez que para justificar essa conveniência, o administrador deverá expor, devidamente: a situação que ensejou a realização da concessão (motivo); a finalidade pretendida com a realização dessa concessão (finalidade); e a forma pelo qual o conteúdo do ato de realização da concessão foi tido como o mais adequado (causa).

Portanto, para o estudo do “ato regulamentar” de realização da concessão, devem-se avaliar especialmente seus pressupostos objetivo (motivo para a realização da concessão), teleológico (finalidade pretendida com a concessão do serviço), e lógico (causa, adequação do conteúdo do ato de concessão)⁷. O agente público incumbido de justificar a decisão administrativa deve especialmente justificar, nestes termos: por que é feita a concessão (motivo), para que é feita (finalidade), e de que forma deve ser feita (conteúdo, pressuposto lógico).

Analogamente, deve, em sintonia com tais justificativas, fundamentar os principais

6 Notar que o ato será inválido (pressuposto de validade) se seu conteúdo for ilícito ou não permitido pela lei. Se a concessão do serviço não tiver, por exemplo, a necessária autorização legal (Lei 9.074, art. 2º) ela será tida como inválida. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 278) coloca que “o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado”.

7 O primeiro pressuposto, subjetivo, refere-se ao sujeito emanador do ato e sua competência (representante do poder concedente titular do serviço concedido). O quinto (formalização) toca às questões procedimentais da formalização do ato.

parâmetros eleitos, explicitando de que forma o conteúdo destes parâmetros se conecta ao motivo identificado e à finalidade buscada.

Quanto ao prazo, assim, deve justificar, em estrita e direta sintonia com os pressupostos objetivo, teleológico e lógico do ato de realização da concessão: por que é escolhido esse prazo (motivo), para que é escolhido (finalidade), e de que forma deve ser escolhido (conteúdo, pressuposto lógico). O prazo eleito deve, em outras palavras, ser tal que potencialize o cumprimento dos objetivos visados com a concessão, revelando-se compatível com o motivo para a realização da concessão e com a finalidade por ela buscada.

3 Competência administrativa discricionária na determinação do prazo de duração da concessão

A Lei Federal nº 8.987/1995 não estabeleceu limites mínimos ou máximos de prazo⁸, mas firmou que tais prazos devem ser sempre determinados (art. 2º, inciso II⁹), e estabeleceu o prazo do contrato como item obrigatório no edital (art. 18º, inciso I¹⁰). Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (2005, p. 11):

Para as concessões de serviços públicos regidas exclusivamente pela Lei de Concessão (as agora chamadas concessões comuns), não há prazos legais mínimos nem máximos de duração, tampouco piso legal de investimento; tudo depende das decisões da Administração em cada caso, a serem expressas no contrato. (grifo nosso)

As leis autorizadoras da concessão do serviço, normalmente, estipulam um prazo máximo pelo qual se poderá outorgar a concessão. Em São Paulo, a Lei Estadual 16.260/2016¹¹, por exemplo, coloca a questão nos seguintes termos:

Artigo 1º – Fica a Fazenda do Estado autorizada a conceder a exploração dos serviços ou o uso de áreas, ou parte de áreas, inerentes ao ecoturismo e à exploração comercial madeireira ou de subprodutos florestais, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, dos próprios estaduais constantes do Anexo desta lei.

A eleição do prazo específico, limitada a este teto, com isso, envolverá um juízo por parte do administrador que, consoante expusemos, deve comportar o atendimento da finalidade pública à qual o ato de outorga da concessão se destinará. Na esteira de tal raciocínio,

8 Diferentemente, a Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de 3233 público-privada (concessões administrativas e patrocinadas) coloca o prazo de 5 a 35 anos.

9 II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e *por prazo determinado*.

10 Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, [...] e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e *prazo da concessão*.

11 Autoriza a Fazenda do Estado a conceder a exploração de serviços ou o uso, total ou parcial, de áreas em próprios estaduais que especifica e dá outras providências correlatas

esse parâmetro, assim como os demais, deveria ser escolhido no intuito de alcançar a maximização da probabilidade de atingimento dos objetivos.

Para isso, a escolha do prazo deveria considerar todos os efeitos que a escolha do prazo tem nos objetivos visados com a concessão, em sintonia com o que ocorre para os demais parâmetros (como os níveis de qualidade estabelecidos para o serviço, a segurança exigida, os investimentos tidos como necessários, a disponibilidade do serviço, o custo da tarifa etc.).

No entanto, diferentemente destes outros parâmetros ele é normalmente colocado, doutrinariamente, apenas em função dos investimentos ora estimados para a prestação do serviço, sendo calculado matematicamente, com base em projeções de fluxo de caixa, a partir das demais variáveis determinadas de forma apriorística. Na seção seguinte, explicamos essa visão prevalente na literatura.

3.1 Crítica à visão prevalente na literatura: limites metodológicos para a determinação do prazo da concessão apenas como um parâmetro vinculado à amortização dos investimentos

Do ponto de vista da construção teórica erguida até este ponto, não houve razões para tratar o prazo do contrato diferentemente dos demais parâmetros. Estabeleceu-se que o prazo deveria ser definido, pelo agente público incumbido da decisão, em função dos motivos constatados e das finalidades buscadas, juntamente com os demais parâmetros também definidos em função destes mesmos pressupostos.

Costumeiramente, contudo, ao passo que se elegem os demais parâmetros contratuais a partir de considerações diversas, as razões para determinação do prazo de duração das concessões são associadas, apenas, ao tempo para a recuperação dos investimentos que, em regra, seriam feitos no início do contrato. O prazo definir-se-ia, assim, como um “parâmetro derivado”, em função, precipuamente, da magnitude dos investimentos vislumbrada ou, algumas vezes, como forma de possibilitar modicidade tarifária. No caso das PPPs, essa vinculação do prazo à amortização dos investimentos foi inclusive colocada na lei (art. 5º).

Nas concessões comuns, não há determinações legais a esse respeito. Na doutrina, contudo, esse entendimento é recorrentemente reafirmado. Nesse sentido, por exemplo, Luís Roberto Barroso (2002):

A duração de tais contratos decorre não apenas da necessidade de conceder ao concessionário tempo suficiente para executar suas obrigações, mas também, e sobretudo, dos vultosos custos envolvidos nas obras e serviços relacionados com o objeto de tais contratos. [...] O prazo longo, portanto, é o mecanismo pelo qual o concessionário pode ser remunerado pelos usuários, mantendo-se a modicidade das tarifas.

E de maneira muito semelhante, Guimarães *et al.* (2016, p. 21):

Logo, o prazo da concessão passa a ter uma relevância fundamental na sua equação econômico-financeira, pois ele deve estar dimensionado de modo a permitir a amortização e depreciação de todos os ativos aplicados na concessão (além de assegurar uma taxa de retorno razoável ao concessionário).

Para além do âmbito doutrinário, também na seara jurisprudencial, o voto do ministro Weder de Oliveira, do Tribunal de Contas da União, proferido em 2016, tratando no caso de um projeto de PPP, traz o mesmo tipo de entendimento:

Um contrato com prazo mais longo do que o necessário para a amortização dos investimentos é capaz de gerar ganhos injustificados para o parceiro privado, ao passo que um prazo exíguo tende a lhe imputar perdas econômico-financeiras, as quais podem levá-lo à falência, o que não é desejável. (TCU-RP 01709320147, Voto do Relator: Weder de Oliveira, Data de Julgamento: 29/06/2016, Plenário)

Perceba-se que o voto proferido pelo ministro chega a considerar que um prazo mais longo que o estimadamente necessário para recuperar os investimentos representa “ganhos injustificados”, ao passo que um prazo menor implica perdas ao concessionário. Tal entendimento rejeita, nesse sentido, qualquer possibilidade de fixação do prazo que não se adéque à “exata medida” do tempo necessário para recuperação dos investimentos.

Nesse panorama, como forma de estabelecer o nexos entre o prazo do contrato e a amortização dos investimentos, exsurge a necessidade de que sejam realizados cálculos baseados em estudos de viabilidade econômico-financeira, elaborados a partir de projeções de fluxo de caixa, para que se estabeleça matematicamente o prazo necessário para amortizar os investimentos. Essa é a prática verificada na administração pública brasileira, e assim coloca, por exemplo, Toshio Mukai (2015, p. 288):

O prazo em que o serviço vai permanecer com o concessionário não é aleatório, mas baseado em estudos técnicos que garantam e viabilizem a amortização, em condições normais de exploração, do capital investido.

Essa vinculação financeira entre o prazo e os investimentos contratuais iniciais, contudo, acaba fazendo com que passem despercebidas diversas nuances inerentes ao significado econômico do prazo no âmbito do contrato e da própria projeção de fluxos de caixa utilizada para determiná-lo.

A utilização de projeções financeiras para determinação ou justificativa do prazo

encontra problemas e limites metodológicos, relacionados em apertada síntese: i) à desconsideração do fato de que, tecnicamente, não se pode isolar a “amortização dos investimentos” dos demais custos do contrato, de forma que o prazo nunca será na prática estabelecido apenas com base nos investimentos, dependendo também de todo o plexo de custos e receitas vislumbrado pelo agente público para o projeto; ii) à desconsideração do fato de que, na prática, com base em projeções de fluxo de caixa, só um parâmetro pode efetivamente ser determinado matematicamente (como variável endógena ou *outputs*), devendo os demais parâmetros serem predeterminados como variáveis exógenas (*inputs*), o que significa que o prazo acabaria por ser a única variável eleita a “residual”, sendo preterido com relação a todos os demais parâmetros que o agente público escolhe no âmbito da concessão; iii) à possível extrapolação dos limites técnicos/teóricos das projeções de fluxo de caixa, pela desconsideração do fato de que são apenas estimativas, muitas vezes pouco robustas, e pela desconsideração de que invariavelmente estão na prática sujeitas a grande variação, especialmente quando se trata de projetos de longo prazo e/ou sem paralelos.

Avaliemos cada um destes problemas, na ordem em que apresentados.

Com relação ao primeiro ponto, Carlos Antônio Cintra do Amaral (2002, p. 86, grifo nosso) traz definição mais abrangente que as anteriormente citadas, esclarecendo que o prazo deverá ser objeto de estudos de viabilidade econômico-financeira, mas não resultará só da amortização dos investimentos, e sim de toda a gama de parâmetros pertinentes à concessão, em sua totalidade:

[...] o prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado. Ele deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos menos receitas alternativas e acessórias. O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade.

De fato, por conta da forma como funciona um estudo de viabilidade econômico-financeira¹², não se poderá isolar, tecnicamente, com o intuito de “calcular” o prazo necessário para viabilização do negócio, a amortização dos investimentos, havendo sempre necessária vinculação aos demais custos e premissas envolvidas¹³. Em termos financeiros, o custo com a amortização dos investimentos não é (matematicamente) diferente dos demais custos envolvidos (são, em todos os casos, indistintamente, saídas de caixa).

12 Em tais casos, a viabilidade é entendida como $VPL \geq 0$ ou como $TIR \geq$ Taxa mínima de atratividade.

13 Consoante Žižlavský (2014): , sendo que T é o tempo, R é a taxa de juros real, FCL são os fluxos de caixa reais, resultantes de todas as entradas e saídas de caixa, por investimento ou por custos correntes (*capex/opex*). Também é possível a mesma equação, com valores nominais. A TIR , analogamente, é a taxa (R) que zera o VPL .

Nesse sentido, em termos matemáticos/financeiros, o prazo será resultado dos investimentos tanto o quanto o será dos demais parâmetros que, por determinação legal, deverão ser estabelecidos pelo Poder Concedente, a saber, por exemplo: i) o modo e as condições de prestação do serviço, ii) a forma de fiscalização, iii) os direitos e deveres do usuário, iv) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; v) o valor de outorga mínimo.

O prazo necessário para amortizar os investimentos, em outras palavras, deverá ser também o prazo necessário para “amortizar” os custos com um serviço com determinado parâmetro mais rigoroso de qualidade, e para “amortizar” o valor despendido para o pagamento da outorga mínima estabelecida no estudo de referência. Se o poder concedente exigir maior sofisticação nos serviços e/ou maior outorga mínima, então, para uma mesma quantidade de investimentos, estará necessariamente ampliando o prazo necessário para atingimento da viabilidade econômica da concessão, tanto quanto o estaria ao exigir um investimento de maior ou menor porte no início da concessão. A costumeira vinculação do prazo ao tempo para amortizar os “investimentos”, assim, acaba ofuscando que o prazo se vincula, na verdade, a toda a gama de parâmetros escolhidos, tanto quanto se vincula aos investimentos.

Com relação ao segundo ponto, chama-se a atenção para o fato de que, como o prazo é apenas uma das demais variáveis envolvidas nessa equação, uma conta baseada em estudo de viabilidade econômico-financeira que pretenda calcular o prazo “necessário” não poderá calcular qualquer outro parâmetro. Para que o prazo possa ser “calculado”, todos os outros parâmetros deverão ser previamente estabelecidos. Estabelecer o prazo por meio desse mecanismo, assim, é relegá-lo (sem razões aparentes) à condição de única variável residual, mero resultado das outras premissas escolhidas.

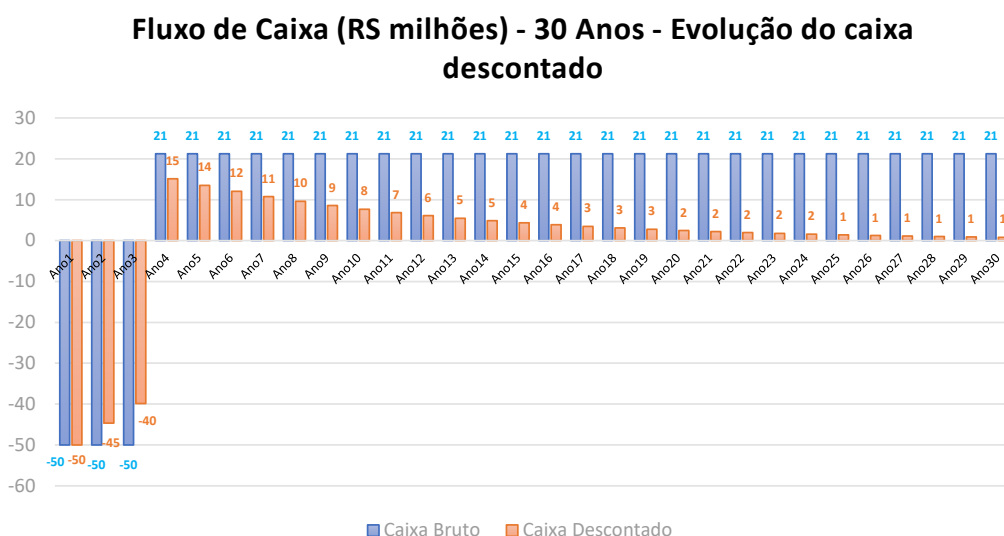
Esse tipo de prática tende a desconsiderar o fato de que por conta da forma como funciona um estudo de viabilidade econômico-financeira, que é materializado por um fluxo de caixa descontado, a importância do prazo para o resultado econômico do projeto é exponencialmente diminuída para os períodos mais distantes do fluxo.

Tome-se como exemplo um fluxo de caixa de uma concessão que apresente dados conforme os da Figura 1, satisfazendo a condição de $VPL = 0$ (ou seja, prazo compatível com a amortização total dos “investimentos¹⁴”). Nessa simulação hipotética, supomos que serão feitos investimentos da ordem de R\$ 50 milhões no primeiro ano, R\$ 50 milhões no segundo ano e R\$ 50 milhões no terceiro ano, estabilizando-se a geração de caixa em R\$ 21,2 milhões anuais a partir do 4º ano (simulação compatível com a premissa de investimentos robustos no início da concessão e recuperação lenta posterior), a partir de uma taxa de desconto de 12% ao ano.

14 Como já dito neste mesmo item, a amortização nunca se refere apenas aos investimentos, mas sim a todos os gastos previstos para o fluxo de caixa.

Observe-se, nessa simulação (Figura 1), como a importância econômica (valor descontado) dos fluxos de caixa, de mesmo valor real (R\$ 21,2 milhões), cai exponencialmente ao longo dos anos, aproximando-se de zero no 30º ano. Em azul, o fluxo de caixa comum; em vermelho, o fluxo de caixa descontado.

Figura 1 – Perda de importância econômica dos fluxos de caixa ao longo do tempo

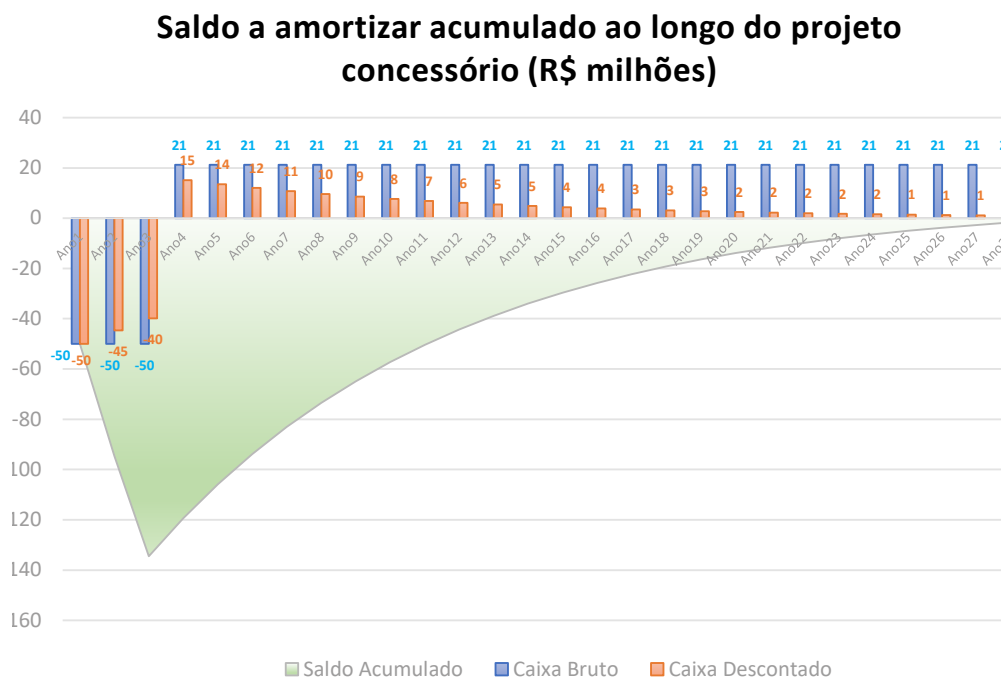


Fonte: Elaboração própria.

Denota-se que os fluxos descontados se tornam exponencialmente menores ao longo do tempo, ainda que se mantenham constantes as entradas reais de caixa anuais (R\$ 21,2 milhões). A partir do ano 20, os saldos de caixa passam a ser insignificantes, se comparados ao saldo originalmente investido (R\$ 50 milhões nos primeiros três anos).

Em verde, na Figura 2, representamos a amortização acumulada ao longo do tempo, para os mesmos valores de saldo de caixa e de caixa descontado demonstrados na Figura 1. A amortização dos investimentos acontece, em sua maior parte, nos primeiros anos do contrato, tornando-se cada vez menos significativa com o passar do tempo (de acordo com a perda de valor econômico dos fluxos descontados). Em verde, na Figura 2, representamos a amortização acumulada ao longo do tempo, para os mesmos valores de saldo de caixa e de caixa descontado demonstrados na Figura 1.

Figura 2 – Amortização dos investimentos ao longo do tempo



Fonte: Elaboração própria.

A amortização dos investimentos realizados, como demonstra a figura, é virtualmente nula a partir de certo tempo. Para chegar à amortização total dos investimentos, nesse mesmo exemplo, consoante Figura 2, seriam necessários 30 anos – mas nos últimos dez anos, quase nada é efetivamente amortizado, de forma que cerca de 89,6% são amortizados até o ano 20, e 96,2% até o ano 25.

Simulações equivalentes poderiam demonstrar que o impacto do alongamento do prazo, para redução da tarifa necessária para amortizar os investimentos, é muito pequeno a partir de certo momento. Assim, quanto mais longo o prazo, cada ano acrescentado tem menor impacto relativamente à amortização dos investimentos: a partir de certo momento, é necessário acrescentar grande quantidade de prazo para “viabilizar” a amortização de uma mesma quantidade de investimentos/custos.

Assim, o “preço” a ser pago, em anos de vínculo contratual, para períodos longos, é mais elevado em períodos longos. Diante disso, tratar o prazo do contrato exclusivamente como uma resultante dos investimentos significa, efetivamente, considerá-lo como um bem “abundante”, amplamente disponível, a ser livremente esticado/encurtado de acordo com a decisão do administrador a respeito da quantidade de investimentos/custos/valor de outorga desejado, como se o estabelecimento de prazos mais longos ou mais curtos não tivesse outros efeitos no sucesso/insucesso da avença, ou mesmo no interesse público globalmente considerado.

Por fim, a terceira questão concernente a essa vinculação entre prazo e investimentos diz respeito à possível exacerbação do papel dos estudos de viabilidade baseados em projeções financeiras como mecanismos aptos a efetivamente prever o tempo necessário para amortização dos investimentos contratuais. Questiona-se, em outras palavras, se tais ferramentas não estariam tendo sua utilização ampliada para além de seus limites enquanto instrumento preditivo.

Numerosas vozes doutrinárias destacam o papel das projeções de fluxo de caixa no âmbito da determinação do prazo concessão, consoante já expusemos anteriormente. Egon Bockman Moreira (2010, p. 131), por exemplo, considera que a importância da fixação de prazo nas concessões repousa no fato de que “[...] sem esses dados cronológicos não é possível fazer as projeções dos investimentos (amortização e rentabilidade)”.

Contudo, a despeito de respeitáveis posicionamentos doutrinários como este, não encontramos, na literatura, estudos que adentrem de maneira aprofundada e crítica na forma como, no âmbito econômico-financeiro e prático, são feitas tais projeções, e na forma como elas são efetivamente utilizadas para tomada de decisão por parte de licitantes (e para tomada de decisão a respeito de investimentos em geral). Tratando-se de projeções no tempo, é de rigor notar que qualquer cálculo que realizem terá caráter meramente estimativo.

Com efeito, essa perspectiva do prazo “necessário” para amortização dos investimentos é feita com base em uma concepção determinística a respeito do resultado do projeto. Para que determinem um único prazo, enquanto parâmetro contratual “calculado”, os estudos de viabilidade assumem premissas de cunho determinístico, certas e estanques, ou seja, de tipo não estocástico (não probabilístico).

A definição dos modelos determinísticos é dada em termos sintéticos por Miyagi (2006, p. 9): “Modelos determinísticos têm um conjunto conhecido de entradas, os quais resultarão em um único conjunto de saídas. Modelos estocásticos possuem um ou mais variáveis aleatórias como entrada que levam a saídas aleatórias”. A limitação dos modelos determinísticos, por sua vez, por seu caráter não probabilístico e estático, é colocada por Neto, Moura e Forte (2002):

Ao contrário dos métodos determinísticos de projeção, que têm visões estáticas, sem qualquer influência de risco e derivados exclusivamente de premissas em maior ou menor medidas otimistas ou pessimistas dos executores da projeção, os métodos probabilísticos têm a vantagem de considerar o efeito do risco na projeção, traçando a probabilidade de ocorrência de cada evento ou conjunto deles.

Nesse sentido, adotando-se deterministicamente um prazo específico, este prazo só será realmente o “prazo necessário” para se amortizarem os investimentos se efetivamente se realizarem¹⁵ todas as premissas, em todos os anos, da projeção feita, pelo Poder Público, em seu estudo prévio à determinação dos parâmetros do contrato. Essa ideia, ainda, presume que o licitante também tomará decisões exclusivamente com base nessa mesma projeção determinística da operação futura, já que sugere que, não fosse tal prazo mínimo, não haveria potenciais interessados, porque o investimento não seria recuperado no prazo estabelecido.

No entanto, a função de um estudo de viabilidade econômico-financeira não é determinar prazos, especialmente quando realizado sob forma determinística. De fato, o efetivo propósito de estudos de viabilidade é revelar e possibilitar a visualização e o manejo das variáveis fundamentais para o sucesso/insucesso do projeto, permitindo elaboração de cenários e sensibilidades. O propósito não é o de determinar ou calcular, categoricamente, qualquer parâmetro.

Nessa senda, normalizar a utilização de projeções econômicas de cunho determinístico como forma de determinação de parâmetros contratuais, especialmente o prazo, pode representar extrapolação dos limites e das possibilidades reais desse ferramental adotado.

Importa ponderar, de todo o exposto, para além do prazo estimado para recuperação de investimentos previstos pelo administrador, outras nuances que poderiam (ou deveriam) ser consideradas pelo agente público incumbido de avaliar o prazo que melhor curaria o interesse público visado, em função dos motivos (pressuposto objetivo) e da finalidade (pressuposto teleológico) da concessão.

3.2 Análise econômica do direito e conceitos relevantes para a modelagem de contratos de concessão e para a determinação do prazo do contrato

Na avaliação dos conceitos aptos a guiar a modelagem de contratos (não apenas contratos administrativos de concessão), o ferramental disponibilizado pela ciência econômica é de grande valia, uma vez que, de um lado, possibilita aprimorar a construção de mecanismos que trabalhem com incentivos às partes contratantes e, de outro, permite visualizar e indicar formas de tratamento dos riscos e incertezas naturalmente ínsitos a contratos complexos, como os de concessão.

Trata-se de unir conceitos de Direito e Economia para buscar a solução de um problema que permeia – e ultrapassa – a esfera individual de cada uma das disciplinas. Nos dizeres de Esteves e Mello (2011, p. 12, grifo nosso):

15 O próprio Egon Bockmann Moreira, (2010, p. 396, grifo nosso), em passagem a respeito da TIR, assevera: “Não é um exercício de futurologia, mas permite a elaboração de projeções de investimento. Estas *projeções são feitas partindo-se do pressuposto de que o edital e o contrato administrativo serão cumpridos pelo concedente e concessionário*”. Para além desse pressuposto destacado pelo autor, de que o contrato será cumprido por ambas as partes, acrescentamos que há também, para fins de realização das projeções, o pressuposto de que todas as contingências e variáveis (demanda, preço, custos unitários, custo de mão de obra, etc) ocorrerão, ao longo das décadas de duração do contrato, exatamente como orinalmente previsto pelo proponente/concessionário.

A AED [Análise Econômica do Direito] estuda o comportamento juridicamente regulado tomando o sistema legal como dado (em certa medida, externo ao sistema econômico) e sua principal pergunta é como os indivíduos envolvidos respondem às restrições legais à sua conduta.

Na análise normativa procura *identificar arranjos institucionais-legais que tornem possível alcançar os objetivos “desejados”* pelas normas. [...]

O conceito de “análise normativa”, nesse contexto, deve ser entendido de forma ampla, alcançando também normas e parâmetros contratuais. O referencial teórico da Análise Econômica do Direito, assim, pode ser utilizado para estudar os impactos que a escolha do prazo contratual terá para o atingimento do fim público a que se visa, permitindo que essa escolha, a ser realizada pelo administrador público no âmbito de sua discricionariedade, seja adequadamente direcionada no sentido do cumprimento da finalidade do projeto concessório.

Na literatura econômica, as decisões pela realização de contratos de longo prazo podem ser estudadas sob diferentes enfoques: por um lado, pode-se estudar o porquê de os agentes econômicos escolherem se engajar em uma relação de longo prazo; por outro, pode-se avaliar que tipo de consequências a formação de um vínculo contratual de longo prazo pode ter sobre o comportamento desses agentes ao longo do contrato.

Compreendendo-se o tema sob ambos estes aspectos, torna-se possível extrair conceitos relevantes para o desenho de contratos de longo prazo, de forma a maximizar a probabilidade de que atinjam a finalidade que deles se espera.

Sobre o primeiro enfoque, assim, a literatura identifica variadas razões pelas quais agentes econômicos livremente contratantes se engajam em vínculos contratuais de longa duração. Consoante colocado por Goddard (1997), em termos microeconômicos, podem ser destacadas três razões principais para a formação de contratos de longo prazo:

- (a) redução de custos de transação – pode ser mais eficiente entrar em um único contrato longo para oferecimento dos bens desejados do que entrar em um determinado número de diferentes contratos mais curtos;
- (b) alocação de riscos ao longo do tempo [...];
- (c) necessidade de realizar investimentos específicos para cumprir o contrato [...]. (tradução nossa).

A terceira razão elencada pelo autor é aquela relacionada à realização de investimentos específicos, não transferíveis. É esse o motivo mais lembrado, em âmbito nacional, para a realização de concessões. A ideia, consoante exposto por Brousseau e Ghalant (2002), é a de que, quando as partes realizam investimentos muito específicos no âmbito de uma

relação contratual (no sentido de que não poderão transferir ou alocar os ativos construídos em outras localidades e contratos), passam a exigir um vínculo duradouro e garantido, como forma de assegurar o retorno esperado.

A prevalência de visões calcadas nessa modalidade de contratos de longo prazo na literatura brasileira ocorre, a nosso ver, porque a ampliação de importâncias das concessões de serviço público no Brasil, nas últimas três décadas, esteve muito relacionada ao esgotamento da capacidade de investimento do Estado, como esclarecem Dutra e Sampaio (2017).

Diante desse histórico, as concessões de serviço público tendem a ser vistas como um mecanismo para a viabilização da prestação de serviços públicos em situações que demandam investimentos específicos e custos. E disso, decorre que o prazo de duração do contrato de concessão, dentro do plexo de escolhas a serem realizadas pelo agente público no momento da realização da concessão, é tratado de maneira residual, apenas em função de possibilitar a amortização dos investimentos específicos que se deseja viabilizar.

No entanto, como se nota na citação supra de Goddard (2017), não é essa a única razão pela qual contratos de longo prazo podem ser viáveis ou desejáveis. Além disso, há variadas razões pelas quais o poder público pode decidir delegar à iniciativa privada a prestação de um serviço, de forma que a opção pela modalidade concessória não necessariamente terá como motivo (pressuposto objetivo) a ausência de recursos para investimentos em um determinado bem ou ativo, em que pese tenha sido essa a razão que, historicamente, em âmbito nacional, foi verificada com mais frequência.

Em concessões não centradas na obtenção de bens reversíveis ou calcadas na necessidade de realização de investimentos custosos, com isso, determinar o prazo de duração em função de investimentos ou custos residuais seria pouco proveitoso, já que, economicamente, o prazo do contrato é um parâmetro com potencial influência em diversos outros aspectos essenciais na relação contratual de concessão.

Em uma concessão da prestação de serviços de uma rodovia já construída, por exemplo, faria pouco sentido vincular a duração do contrato ao tempo necessário para realizar investimentos residuais em reparações pontuais e/ou pequenas melhorias implementadas no equipamento¹⁶. Em linha com o elencado por Goddard (2017), um prazo mais longo que aquele necessário para recuperação dos investimentos residuais a serem realizados poderia representar, no caso dessa rodovia já construída, para o poder público: i) significativa redução de custos de transação referentes à relicitação¹⁷; ii) alocação de riscos e incentivos que

16 Consoante exporemos no tópico seguinte deste trabalho, essa vinculação representaria, neste caso concreto hipotético, um vício de finalidade do ato administrativo de escolha do prazo do contrato, porque este parâmetro contratual não estaria sendo escolhido em sintonia com a finalidade desejada para a concessão.

17 A esse respeito, é válido trazer as lições de Ellman (2006), que constatam que, quanto mais cambiáveis e oscilantes forem as condições de cumprimento do contrato, e quanto mais forem necessários investimentos “adaptativos” (ou seja, reinvestimentos/atualizações), menos interessante será o alongamento do prazo do contrato. Isso porque, necessitando-se promover alterações nas condições do contrato, tende a ser menos custoso que se relicite periodicamente o serviço, em vez de se promoverem constantes renegociações no âmbito de um contrato de longo prazo.

motivasse o parceiro privado a investir na qualidade do serviço.

Seja qual for a decisão do administrador no âmbito de sua discricionariedade, mostra-se certo, nesse exemplo, que essa decisão administrativa não poderia ser resolvida apenas com base em um cálculo financeiro do tempo estimadamente necessário para recuperação dos investimentos. Outras razões poderiam indicar para o estabelecimento de um prazo mais ou menos alongado, em cada caso concreto. O agente poderia, assim, trabalhar com as variáveis envolvidas de forma a estipular condições de serviço e/ou pagamento que, mantendo a premissa de equilíbrio na amortização dos saldos financeiros estimados, possibilitasse prazo mais alongado.

Para além das razões inerentes à formação de contratos de longo prazo (GODDARD, 2017), a teoria econômica também traz elementos de grande valia para que se estudem as consequências que a formação de um vínculo contratual de longo prazo pode ter sobre o comportamento dos agentes vinculados à avença de longa duração. Há nessa seara toda uma miríade de tópicos econômicos aptos a fornecer conceitos aptos a guiar a decisão administrativa do agente público quanto à duração do contrato.

Com efeito, muitos autores na área da Análise Econômica do Direito têm colocado a concessão como um problema de agência, como destaca Pavanello (2020).

As origens e fundamentos do “problema de agência” foram trabalhadas por Mitnick (2006, p. 2), que traz descrição sucinta da ideia:

Na agência econômica, a questão se refere à escolha de um sistema de compensações que irá produzir um comportamento pelo agente que é consistente com as preferências do principal. Assim, o foco está na natureza do sistema de incentivos e no sistema de contratação que guia a distribuição desses incentivos, assim como nas condições de risco e informação que condicionam as escolhas das partes. (tradução nossa).

No contrato de concessão, nesse sentido, o concessionário seria o “agente”, e o poder concedente, cujos atos são materializados pelo agente público, especialmente no momento da formação do contrato, seria o “principal”.

Nesse espectro, as possíveis influências do prazo do contrato de concessão no comportamento do agente (concessionário) e na probabilidade de sucesso da avença foram estudadas maneira compreensiva por Iossa *et al.* (2007, p. 73). Em artigo produzido para o Banco Mundial a respeito do *design* de contratos em parcerias público-privadas, os autores trazem como principais aspectos a serem considerados na determinação do prazo, os seguintes: i) especificidade dos investimentos; ii) flexibilidade; iii) competição e incentivos de performance; iv) custos de transação.

A respeito dos investimentos, por exemplo, os autores fazem a diferenciação entre aqueles “especificáveis¹⁸”, que podem ser detalhadamente especificados pelo Poder Público no contrato, e aqueles cuja definição não pode ser facilmente (ou eficientemente) esgotável pelo poder público em cláusulas contratuais. Além disso, diferenciam os investimentos que seriam do interesse do particular daqueles que seriam especificamente do interesse apenas do Poder Público. Nesse sentido, Iossa *et al.* (2007, p. 74) assim colocam:

Considere o caso de investimentos não verificáveis, que não podem ser diretamente descritos e protegidos por meio de cláusulas específicas do contrato. Se o investimento for pelo menos parcialmente específico para as necessidades do setor público (o que chamamos de investimentos específicos), ele terá valor limitado para o parceiro privado, se usado apenas fora do contrato. Nesse caso, se o investimento ajudar o parceiro privado a aumentar seus lucros (...) e se ele puder apropriar pelo menos parte dos ganhos (...) então um contrato de longo prazo proporciona maiores incentivos para que sejam efetuados os investimentos não-verificáveis. (tradução nossa)

Ou seja, no caso de haver grande número de investimentos não especificáveis, que sejam do interesse do poder público, os autores argumentam que a concessão de maior prazo é desejável, para que o particular possa ter incentivos a investir na qualidade desses investimentos não especificáveis. Trata-se de serviços dependentes de determinado equipamento que o poder público não é capaz de delimitar, contratualmente, de maneira completa, seja porque não possui *expertise* no tema, seja porque seria mais interessante explorar a eficiência do parceiro privado neste aspecto. Em tais casos, o poder público não conseguirá cobrar, apenas com base nas exigências contratuais, que seja construído o melhor equipamento, e o particular tenderá a buscar a solução que mais reduza custos, para atender ao “mínimo” que o poder público foi capaz de delinear no contrato. Se o contrato for desenhado com intuito de minimização de prazos, para que o bem reversível seja entregue ao poder concedente mais rapidamente, de forma a que o único incentivo para que o particular cumpra o contrato seja o atendimento às cláusulas contratuais, o resultado tenderá a não ser o melhor possível, pois dependerá da capacidade do poder público de esgotar a definição dos investimentos nos termos do contrato. Em tais situações, é mais interessante configurar um contrato que resulte em arranjo de incentivos pelos quais o próprio particular tenha interesse em construir o melhor equipamento possível, o que pode depender de conferir a ele um prazo suficiente (mais longo) para que possa efetivamente se beneficiar, também, da maximização da qualidade nos investimentos realizados.

Por outro lado, os autores argumentam que um contrato longo tem o prejuízo de reduzir a flexibilidade necessária à atualização da prestação dos serviços, a qual, em setores com alta taxa de avanço tecnológico, poderia ser desejável, o que pode indicar a preferência

18 No original: *contractible* (tradução nossa).

por contratos de curto prazo. Consoante Iossa *et al.* (2007, p. 75, tradução nossa), “contratos de curto prazo conferem flexibilidade ao poder público e facilitam adaptação eficiente às mudanças nas necessidades”.

Em relação à competitividade e aos incentivos para a performance, argumentam Iossa *et al.* (2007, pp. 76-7): “Economias de escala e escopo que levem a eficiência de custos são mais bem exploradas em contratos de longo prazo, quando a quantidade aumenta conforme a duração”. Assim, em setores onde haja relevantes economias de escala, pode ser mais vantajoso ao interesse público trabalhar com contratos de longo prazo, independentemente dos investimentos inicialmente necessários à exploração do serviço. São casos em que há elevados custos de mobilização/desmobilização da estrutura necessária à prestação do serviço, que é específica à concessionária e não transferível ao poder concedente (como recursos humanos e/ou rotinas e procedimentos otimizados ao longo do tempo). Nesses casos, como a “troca” da estrutura necessária é muito custosa, criam-se economias de escala decorrentes da permanência de uma mesma entidade na prestação do serviço.

Além dessas, os autores trazem ainda outras considerações a serem observadas, como:

- i. o fato de que contratos longos reduzem custos de transação;
- ii. o fato de que contratos curtos com possibilidade de renovação aumentam o incentivo para a eficiência, ao motivar o particular a buscar qualidade para poder ter a renovação;
- iii. o fato de que contratos mais longos possibilitam maior ganho de eficiência obtido pelo “aprendizado”¹⁹ ao longo da execução do contrato.

A partir destas e de diversas outras considerações e impactos referentes ao prazo de duração escolhido, concluem, com propriedade, em sintonia com o que argumentamos neste trabalho:

À luz da discussão já exposta a respeito do efeito da duração do contrato no investimento, segue que o design ótimo do contrato requer uma duração diferente para cada tipo de objeto, mais longa onde investimentos específicos são necessários, e mais curta ou mais flexível a renegociações onde eles não são. *Em nenhum caso a duração do contrato deve ser escolhida apenas com base em considerações sobre financiabilidade.* (tradução nossa, grifo nosso).

De todo o exposto, denota-se que a simples vinculação da duração do contrato de concessão ao tempo necessário à amortização dos eventuais investimentos vislumbrados, como se vê, pode estar deixando de considerar, de forma prejudicial ao atingimento da

¹⁹ *Learning-by-doing*, tradução nossa.

finalidade dos objetivos da concessão: i) de um lado, que há outros motivos, que não a obtenção de investimentos específicos do parceiro privado, pelos quais seria vantajoso ao poder público estabelecer contratos de longo prazo (especialmente alocação eficiente de riscos e redução de custos de transação); ii) de outro, importantes efeitos do prazo de duração dos contratos nos incentivos resultantes às partes, com impacto direto nos objetivos do projeto concessório e no interesse público por ele visado. Observe-se que, em todo caso, a premissa de equilíbrio na amortização dos saldos financeiros estimados não se altera, apenas passando a se reconhecer que outros elementos e condições, que não os investimentos vislumbrados, podem ser escolhidos aprioristicamente, inclusive o prazo do contrato.

O ato administrativo praticado pelo agente público para a determinação do prazo, no âmbito de sua competência discricionária, deve levar em conta todas essas nuances, consoante avaliamos na seção seguinte.

3.3 A escolha do prazo no âmbito de ato administrativo: determinação do prazo do contrato vinculada à busca pela maximização da probabilidade de atingimento das finalidades da concessão (motivos, finalidade e causa)

Consoante desenvolvemos ao longo deste trabalho, a determinação dos parâmetros do contrato de concessão, incluindo o prazo, dá-se em ato administrativo, e em sede de competência administrativa discricionária.

Os limites para a validade de atos praticados no âmbito de competência administrativa discricionária são destacados por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 989, grifo nosso):

[...] já se fez menção aos elementos básicos que permitem localizar os confins da discricionariedade. *São os próprios pressupostos legais justificados do ato, a finalidade normativa - ainda que expressos mediante conceitos algo imprecisos - e a causa do ato que determinam os limites da discricção.*

Tais limites se aplicam, nesse sentido, também ao ato que determina o prazo de duração da concessão. Com isso, se o prazo for determinado pelo agente público sem consideração a respeito de todos os efeitos que esse prazo pode ter nos objetivos e no funcionamento do serviço público a ser prestado sob concessão, o ato administrativo praticado poderá deixar de satisfazer seus pressupostos de validade.

Nesse espectro, para além de se questionar os problemas metodológicos com a utilização de projeções para a determinação do prazo em função do tempo de amortização estimado para os investimentos, o principal ponto de atenção diz respeito ao fato de que a vinculação do prazo do contrato apenas aos investimentos porventura realizados deixa de considerar que ele pode ter outros papéis, tão ou mais importantes, na configuração de

um arranjo que maximize a probabilidade de consecução das finalidades pretendidas com a concessão do serviço.

Assim, por exemplo, nos casos em que o motivo (pressuposto objetivo) da concessão estiver primordialmente na constatação de que o poder público está prestando um serviço ineficiente, sendo a finalidade (pressuposto teleológico) conseguir maior eficiência por meio da gestão particular do serviço, o prazo do contrato não deverá levar em conta simplesmente os investimentos porventura estimados, uma vez que nesse caso tais investimentos são acidentais aos pressupostos da concessão. Se o prazo for escolhido apenas com base nos investimentos, deixando de levar em conta os efeitos que esse prazo terá na qualidade do serviço (finalidade), então o ato administrativo não será realizado de forma válida, uma vez que o conteúdo do ato não estaria satisfazendo adequadamente o pressuposto lógico (causa), por deixar de se vincular adequadamente à finalidade do ato administrativo.

Pode-se pensar, a título de exemplo concreto, no caso de setor no qual já tenham sido amortizados os principais investimentos necessários para a operação do serviço, (como uma linha de metrô), no âmbito de uma concessão cujo prazo esteja próximo do encerramento. No advento desse prazo, é muito possível que o poder concedente não esteja equipado/estruturado para adequadamente assumir a prestação o serviço, nos moldes e no padrão de qualidade que vinham sendo mantidos, nem possua recursos para custear a prestação do serviço. O motivo (pressuposto objetivo) para a realização de uma concessão, nesse caso hipotético, não seria a realização de investimentos, mas sim uma constatação de que é vantajoso ao poder público prestar o serviço com um parceiro privado, que, por possuir maior especialização, teria maior eficiência técnica na gestão do serviço, e que poderia custear o serviço apenas com base em sua exploração econômica (desobrigando o desembolso de recursos públicos). A finalidade (pressuposto teleológico) da concessão, nessa senda, não seria a obtenção de investimentos, mas sim: i) a possível desoneração dos custos de operação, que seriam transferidos ao concessionário; ii) a ideia de que um parceiro privado, com maior expertise e flexibilidade para contratação/gestão, poderia prestar o serviço de forma mais eficiente. Em uma concessão dessa natureza, com tais motivos e finalidades, não seria razoável e lógico (causa/pressuposto lógico) que o prazo da concessão fosse determinado, por exemplo, em função da estimativa para o prazo de recuperação de investimentos opcionais, e/ou de pequenos aportes destinados à manutenção da linha de metrô, que o concessionário (talvez) realizasse. Mais adequado seria considerar, por exemplo, que um prazo um pouco mais alongado poderia significar garantia de maior desoneração aos cofres públicos, por obrigar o concessionário a arcar com esses custos por mais tempo.

Vale ressaltar que não se está a argumentar, aqui, que nunca será válido, no âmbito de competência administrativa discricionária, determinar o prazo do contrato em função do tempo mínimo estimado para recuperação dos investimentos. Afirma-se apenas que essa

forma de determinar o prazo será válida somente em determinadas situações, mormente quando estiverem envolvidos investimentos relevantes e específicos, necessários à prestação do serviço e adequadamente descritíveis no contrato.

É o caso típico de concessões de serviço público precedidas da execução de obra pública (art. 2º, III, da Lei Federal nº 8.987/1995), como a construção de uma ponte ou a construção de uma ferrovia. Em linhas gerais, determinar o prazo da concessão em função dos investimentos será válido nos casos em que: i) o pressuposto objetivo (motivo) for a constatação de que o poder público necessita de um investimento específico, que não pode viabilizar diretamente; ii) o pressuposto teleológico (finalidade) da concessão for a obtenção desse investimento para o público, para que o serviço possa ser prestado utilizando-se do investimento obtido – em tais casos, um prazo escolhido em função do mínimo necessário para amortizar os investimentos poderá satisfazer adequadamente o pressuposto lógico (causa), já que a ideia é conceder o serviço apenas para que o investimento possa ser realizado e o bem necessário se torne disponível. Mesmo em tais casos, observe-se, é importante que se atente para outros efeitos do prazo a ser estabelecido, porventura relevantes à finalidade da concessão, que podem justificar a concessão de prazos eventualmente ainda mais longos.

Em síntese, procurando traduzir as ideias aqui trazidas e exemplificadas em termos de nosso estudo a respeito do ato administrativo, podemos concluir que a determinação do prazo do contrato pelo agente público, integrando o conteúdo do ato administrativo que realizará a concessão, poderá assumir uma multitude de papéis diante dos diferentes pressupostos objetivos e teleológicos vislumbrados. Assim, o prazo deverá ser mais curto, ou mais longo, em função também da melhor configuração de incentivos avaliada. No caso concreto, haverá, na verificação destes pressupostos, em vez da costumeira e restrita vinculação apenas ao prazo estimado para recuperação dos investimentos aprioristicamente determinados, uma multitude de fatores a serem avaliados pelo agente público, de acordo com cada situação constatada. No âmbito de sua competência discricionária, que se manifesta tanto na verificação dos pressupostos objetivos e teleológicos quanto na escolha do conteúdo do ato, caberá ao agente determinar, com relação ao prazo, tanto quanto com relação aos demais parâmetros, os arranjos contratuais mais consentâneos à consecução do interesse público genericamente considerado, no cumprimento da função administrativa que lhe incumbe. Também o prazo, portanto, deverá em muitos casos ser escolhido diretamente em função dos pressupostos objetivos e teleológicos vislumbrados, não necessitando ser o único fator estipulado residualmente para equilibrar os saldos financeiros projetados.

4 Conclusão

O legislador, ao passo que elenca determinados serviços como públicos, mercedores de disciplina pública, e autoriza (ou não) sua prestação sob a forma de concessão, atribui ao

administrador, em regra, a decisão a respeito da conveniência e oportunidade da escolha da concessão enquanto forma de prestação do serviço.

A efetivação da concessão do serviço, com isso, é feita pelo agente público, no exercício de função administrativa, e para ser válida, deverá observar os pressupostos de validade pertinentes aos atos administrativos, tanto no que se refere à opção pela concessão, quanto no que se refere aos termos sob os quais ela será feita.

Na aferição dos pressupostos desse ato administrativo, assim como na determinação de seu conteúdo, existirá elevada carga de discricionariedade, e o agente deverá justificar todas as escolhas efetuadas, inclusive por determinação legal (art. 5º, Lei Federal nº 8.987/1995). Os motivos para a realização da concessão podem ser vários, e as finalidades específicas a serem buscadas podem ser múltiplas, havendo sempre, por expressa determinação constitucional, a finalidade geral de prestar um serviço adequado (art. 175, inciso IV). É em função dos motivos constatados e das finalidades buscadas que o conteúdo do ato deverá ser determinado pelo agente, incluindo tanto a forma de prestação do serviço (concessão) como todos os parâmetros aplicáveis ao contrato de concessão eventualmente formulado. Ao mesmo tempo, é na ligação entre esse conteúdo, o motivo identificado para a concessão e a finalidade com ela almejada que repousará a demonstração da conveniência do ato.

A competência administrativa discricionária inerente à escolha pela realização da concessão e à escolha dos parâmetros aplicáveis terá sido exercida de forma válida quando satisfizer os pressupostos de validade do ato administrativo praticado.

Integrando o conteúdo do ato e o plexo de escolhas a serem realizadas pelo agente, destaca-se o prazo de duração do contrato, cuja forma de fixação não objeto de determinação legal, mas que é costumeiramente tratado, na doutrina, de maneira residual, apenas em função de possibilitar a amortização dos investimentos realizados para a prestação do serviço. Essa vinculação, contudo, apresenta problemas de natureza técnica (relacionados precipuamente à exacerbação do papel das projeções financeiras, à compreensão de seus limites enquanto ferramenta estimadora e à lógica de seu funcionamento) e, além disso, desconsidera outras consequências decorrentes da determinação do prazo de duração do contrato para os objetivos visados com a concessão, que poderiam ser potencializadas a depender dos casos concretos verificados.

Nesse sentido, apresentando visão alternativa, mostramos, com base na Análise Econômica do Direito, que o prazo de duração do contrato, para além de dever possibilitar recuperação dos investimentos realizados, tem uma série de outros efeitos na configuração de incentivos referentes à prestação do serviço e à realização dos investimentos, e poderá, a depender dos motivos verificados e dos objetivos buscados, assumir funções diferentes. A Análise Econômica do Direito indica que tais funções podem ser, por exemplo, entre outros: incentivo à eficiência e à redução de custos, por meio da alocação de riscos inerente ao

contrato; incentivo à potencialização da qualidade na prestação do serviço; possibilitação de economias de escala; potencialização da competitividade; redução de custos de transação referentes a renegociações; maximização da desoneração estimada; e incentivo à eficiência por meio do *learning-by-doing*.

Portanto, no âmbito de sua competência discricionária, e no cumprimento da função administrativa que lhe incumbe, deverá o agente público, ao ponderar sobre o prazo de duração do contrato, escolher os arranjos contratuais mais consentâneos à consecução do interesse público visado com a concessão, levando em conta todos esses efeitos decorrentes do prazo determinado, e não meramente estipular a duração do contrato como sendo o prazo mínimo estimadamente necessário para recuperar eventuais investimentos. A premissa de equilíbrio nos saldos financeiros estimados para o projeto não implica o prazo como única variável residual equilibrante, podendo tal tarefa ser assumida por quaisquer outras das premissas adotadas (condições do serviço, custo, valor de outorga, investimentos, entre outros). Assim, em vez de parâmetro residual utilizado apenas para equilibrar os saldos financeiros estimados para o projeto concessório, o prazo pode ser escolhido concomitantemente às demais premissas, diretamente em função dos pressupostos objetivos e teleológicos identificados, e procurando maximizar a probabilidade de atingimento dos objetivos do projeto concessório.

Argumentamos, assim, que o prazo do contrato de concessão, em vez de meramente vinculado a um cálculo estimativo a respeito do prazo necessário para amortização dos investimentos, deve ser avaliado, no exercício de função administrativa, de maneira ampla, enquanto instrumento direto para a consecução dos objetivos visados com a concessão (pressuposto teleológico), e sempre de acordo com os motivos constatados (pressuposto objetivo). Permitir-se-á, com isso, que sua determinação esteja logicamente adequada (pressuposto lógico), e que seja justificada sua conveniência (art. 5º da Lei Federal nº 8.987/1995).

Referências

AMARAL, A. C. C. do. **Concessão de serviço público**. 2. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARROSO, L. R. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro (Edição Especial), pp. 186-215, 2012.

BROUSSEAU, E.; GLACHANT, J.-M. (Ed.). **The economics of contracts: Theories and applications**. Cambridge University Press, 2002.

DUTRA, J. C.; SAMPAIO, P. R. P. (Orgs.). **20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, 2017.

ELLMAN, M. **The Optimal Length of Contracts With Application to Outsourcing**. 2006. Disponível em: SSRN 1002305: <https://ssrn.com/abstract=1002305> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1002305>. Acesso em: 31 jul. 2022.

ESTEVEES, H. L. B.; MELLO, M. T. L. Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia. **Encontro Anual da Anpec, XXXIX**. 2011. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro/2011/inscricao/arquivos/000-55a1f857bd0ead43b3b66b54b1e1849d.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

NETO, J. F. C.; MOURA, H. J. de; FORTE, S. H. A. C. Modelo prático de previsão de fluxo de caixa operacional para empresas comerciais considerando os efeitos do risco, através do método de Monte Carlo. **Revista Eletrônica de Administração**. Porto Alegre, v. 8, n. 3, dez. 2013. ISSN 1413-2311. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/read/article/view/44231/27782>. Acesso em: 23 out. 2021.

GODDARD, D. Long-Term Contracts: A Law and Economic Perspective. **NZL Rev.**, p. 423, 1997.

GUIMARÃES, F. V. *et al.* **Concessões e parcerias público-privadas guia para o gestor público**. Brasília, 2016. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Concessoes_e_Parcerias_Publico_Privado_2017.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; VELLEZ, M. **Contract design in public-private partnerships**. Report for the World Bank, 2007.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MITNICK, B. M. **Origin of the Theory of Agency: An account by one of the Theory's Originators**. 2006. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20170829005933id/http://www.delvesgroup.com/wp-content/uploads/2010/08/Origins-of-Agency-Theory.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

MIYAGI, P. E. **Introdução à simulação discreta**. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2006. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4122712/course/section/1030600/PMR3305-ApostilaSimulacao.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

MOREIRA, E. B. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

MUKAI, T. Concessão e permissão de serviço público. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. v. 6, n. 2, 28 ago. 2015.

PAVANELLO, C. **Agency problems in PPP investment projects: the effects of moral hazard and bargaining power on investment timing**. 2020. Disponível em: http://tesi.cab.unipd.it/65126/1/Pavanello_Carlo.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

PIETRO, M. S. Z. Di. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SUNDFELD, C. A. Guia jurídico das parcerias público-privadas. **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, pp. 15-44, 2005.

VICKERS, J.; YARROW, G. Economic Perspectives on Privatization. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 2 (Spring), pp. 111-32, 1991.

ŽIŽLAVSKÝ, O. Net present value approach: method for economic assessment of innovation projects. **Procedia-Social and Behavioral Sciences**, v. 156, n. 26, pp. 506-512, 2014.