

JOSÉ JAIR MARQUES JUNIOR

**NEGOCIAÇÃO APLICADA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
INFRAESTRUTURA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo-SP

2022

JOSÉ JAIR MARQUES JUNIOR

**NEGOCIAÇÃO APLICADA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
INFRAESTRUTURA**

Tese de Doutorado, apresentado a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marques Junior, José Jair

Negociação aplicada aos contratos de concessão de infraestrutura ; José Jair Marques Junior ; orientador Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto - São Paulo, 2022.
186 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Negociação. 2. Concessão. 3. Serviço público. 4. Infraestrutura. 5. LINDB. I. Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo, orient. II. Título.

FOLHA DE AVALIAÇÃO

José Jair Marques Junior

Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Ciências.

Área de Concentração: Direito do Estado.

Banca Examinadora:

Professor(a) Dr(a): _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A construção de uma pesquisa não é um ato isolado. Inicia-se pela percepção pessoal, o sentimento de algum tema que desperte a nossa atenção. Isso aconteceu comigo. Tive certeza, gostaria de avançar nesse tema da negociação público-privada assim que realizados os debates por ocasião da sessão pública da defesa de minha dissertação de mestrado sobre “Prorrogação de concessões de serviços públicos”, em 2016. Lá fui perguntado sobre se seriam admissíveis acordos consensuais entre os parceiros públicos e privados para articular soluções e enfrentamento dos problemas de concessões de serviços públicos em crise. Ainda que não tivesse no horizonte a certeza de que voltaria aos quadros da faculdade para desenvolver uma nova pesquisa, ali foi o pontapé necessário para a construção desta tese.

Feito esse registro, é preciso manifestar meu agradecimento especial à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por ter me conferido, desde a graduação, experiências incríveis de autoconhecimento, amizades, aprendizados, das quais nunca me esquecerei. Aí, sinto-me em casa.

Minha família, desde a graduação, vem me estimulando aos estudos acadêmicos. Agradeço a todos pelo incentivo. Pelos momentos de distanciamento e dedicação aos estudos, penitencio-me especialmente à minha mãe, meu pai e minha irmã, esperando que para o futuro continuarmos a preservar e fortalecer nossa relação de cumplicidade, amor e entendimento.

Agradeço ao professor Floriano de Azevedo Marques Neto, a quem devo enorme respeito e nutro admiração, pelas palavras sinceras e direcionamentos. Cumprimento-o pela retidão e visão de futuro, valores com os quais desempenhou bravamente o cargo de diretor da Faculdade de Direito da USP. Suas ideias serão sempre por mim levadas como diretrizes sobre como se pensar melhor a gestão e a administração pública.

Agradeço aos professores Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza pela oportunidade que me concederam de acompanhar o curso de extensão “Direito Administrativo e contratos da administração”, coordenado pelos professores e organizado pela Fundação Arcadas e pelo IASP, entre outubro de 2019 a fevereiro de 2020. Estendo o elogio aos professores que lá estiveram e aos colegas de curso, pela excelência dos trabalhos e ensinamentos que foram extraídos.

Tive oportunidade de conhecer a Universidade de Freiburg, na Alemanha, cumprindo um dos créditos obrigatórios, em jornada de estudos coordenada pelo professor Fernando Menezes de Almeida, a quem cumprimento por essa relevante iniciativa da internacionalização do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito.

Aos colegas de curso com os quais compartilhei estudos e inquietações durante a fase de cumprimento dos créditos obrigatórios, também agradeço por conferirem tempo e atenção para conversas, almoços e, especialmente, abrirem um flanco para a formação de amizades duradouras.

Aos amigos de trajetória acadêmica, seria injusto não reconhecer o incentivo prestado por alguns. Em especial, Juliana Luvizotto, Juliana Palma, Lucas Pedroso, Henrique Pinto e Rafael Issa. O apoio dado, material de estudo e livros compartilhados, as conversas, tudo será levado por mim como experiências inestimáveis e inesquecíveis. Alexandre Cunha, agradeço aos importantes conselhos e oportunidades acadêmicas. A Marina Cardoso e Marcela, o agradecimento por terem se disponibilizado para conversas bacanas, sobre assuntos sérios e outros mais divertidos, praticamente a uma semana antes da pandemia se iniciar.

Agradeço, com grande consideração, meus amigos de trabalho no gabinete do Desembargador Walter Piva Rodrigues, no TJSP, com as escusas de quem, por algum motivo, possa ter causado alguma transferência de responsabilidades nos momentos de ausência para me concentrar nos estudos. Fica meu carinho reconhecido, especialmente àqueles que me acompanham desde o mestrado, Walter, Marina, Livia e Riccardo.

À minha família extensa, especialmente aos meus tios e tias e todos os meus primos, com quem sempre tenho uma convivência harmoniosa e querida.

Aos meus amigos de vida, vindos desde Araçatuba e estendidos aos tempos em que passei a morar em São Paulo, meus mais sinceros agradecimentos, por sempre terem se mantido próximos. Silvia e Antonio, meu carinho especial.

Carol, Elaine, João Rafael, Laís, Laura, Mariana, Sérgio, obrigado pelo carinho.

Monica, Marcelo, Mariana, Júlia, Ligia, Gabriel, Karina, Tiago, Keroly, Luiz Augusto, Michele, Iara e Cauã, Leandro, Paulo Victor, Louisa, Vitor, nunca esquecerei dos momentos de descontração e apoio!

João Múcio, Juliana, Pepita, Ana Paula, Marcelo, Lucas, Gabriela, Celisa, Ricardo, Andressa, João Paulo, pelas boas risadas de que sou saudosos!

Marina, Ricardo, Juliana, Júlia, Rodrigo, Renata, Fernando, Gabriela, Jaqueline, Cristien, Tatiane, serei eternamente grato pela preocupação que sempre têm comigo.

Suzue, Alexandre, Nhoque, Lara e Sveta, uma família por mim muito querida e estimada, sempre dispostos a me animar!

A Júlia, Vinicius, Bárbara e Saulo, registro meu afetuoso abraço! À Júlia, especialmente pela preocupação constante comigo, mantendo-me informado sobre tudo!

Aos amigos da viagem de Ilha Grande e exímios apostadores de loterias na vida, somos vitoriosos: Rodrigo, Fernando, Marcos, Maurício, Viceza, Felipe, Ana Carolina, Luiz, Flávia, Bruno, Wanessa, Alana, Larissa, Thiago, Leila.

Aos amigos do TJSP que se reuniram, despreziosamente, ao *déjeuner* e hoje formam uma grande família: Alex, Fernando, Justine, Neli e Viviane. À guerreira e talentosa Neli, cartunista de mãos e ideias cheias, registro meu agradecimento especial, por ter se disponibilizado, quando de ida a Europa, a trazer livros para servir de apoio aos meus estudos.

Aos amigos “desagrupados”, mas não menos importantes: Vivian, Gabriela, Hamilton, Luciana, Fernando, Stefanos, agradeço a vocês pelos momentos da divertida amizade.

Às vítimas da pandemia de covid-19, fica o meu registro de consternação às famílias, na esperança de que, num futuro próximo, todos possamos ter o curso das nossas vidas de volta à normalidade. Aos meus queridos familiares, tios maternos, que também se foram nesse intervalo, ficam as saudades e os momentos em que pude extrair o máximo de ensinamentos para a vida.

Por fim, mais uma vez recupero e agradeço aos meus mais próximos, minha irmã Juliana, meu pai José Jair e a minha mãe Mirtes. Com o apoio de vocês, edifico!

RESUMO

Autor: MARQUES JUNIOR, José Jair.

Título: Negociação aplicada aos contratos de concessão de infraestrutura.

186p.

Doutorado em direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

A tese tem por objeto a averiguação se as partes de um contrato de concessão de infraestrutura têm, por dever de atuação e comportamento, agir consensualmente para propiciar melhores condições de execução do contrato, em comparação à proposta originalmente apresentada quando do processo licitatório. A análise da legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis aos contratos de concessão de infraestrutura é conjugada à da prática, enfocada no setor de rodovias concedidas pelo Governo Federal e pelo Governo do Estado de São Paulo. A pesquisa examinou os termos aditivos celebrados entre as partes, a fim de aferir, no seu conteúdo, indicativos e provas hábeis à identificação do referido dever de negociação como ínsito e prioritário na fase de execução contratual. Foi detalhada a distinção entre as figuras consensuais de negociação (gênero) e renegociação (espécie), averiguadas ao longo dos termos aditivos analisados. A conclusão foi no sentido de que as partes se movimentaram para a celebração dos acordos não como força-motriz exclusiva, mas com base na existência de um dever contratual de colaboração e cooperação das partes, por vezes tornado explícito em algumas hipóteses de acionamento do processo negocial. Resulta que o poder de negociar melhores condições para a execução do contrato comparativamente à proposta inicial consiste num dever contratualizado, porém de exercício discricionário ou facultativo pelas partes, com possibilidade de sua estruturação à luz do permissivo autorizativo geral constante do artigo 26 da LINDB.

Palavras-chave: negociação; concessão; serviço público; infraestrutura; LINDB.

RÉSUMÉ

Auteur: MARQUES JUNIOR, José Jair.

Titre: La négociation appliquée aux contrats de concession d'infrastructures.

186 p.

Doctorat en droit – Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2022.

La thèse a pour sujet la question si les parties d'un contrat de concession des infrastructures ont le devoir de se comporter consensuellement, dans le but d'avoir mieux conditions d'exécution du contrat public, relativement à la proposition originaire du soumissionnaire gagnant au temps d'un appel d'offres. L'analyse de la législation, la doctrine et la jurisprudence sur les contrats de concession d'infrastructure est liée à la recherche sur les procédures et la pratique des autorités administratives concernant aux contrats de concession des autoroutes, tant au niveau du gouvernement fédéral, qu'en l'État de São Paulo. Les avenants aux contrats de concession autoroutière ont été recherchés sur le but de trouver, au contenu des contrats, des preuves démonstratives du devoir de négociation comme une priorité d'action pendant l'exécution contractuelle. C'était mise la distinction entre les figures de négociation et rénegotiation. La conclusion, au fin des études, est la visualisation des mouvements des contractantes pour signer des avenants non exclusivement motivés sur l'intention consensuelle. En revanche, les parties négocient et concluent les avenants au motif qu'il y a un devoir contractuel de collaboration et coopération des parties, exposé au moment du processus administratif de négociation. C'est possible confirmer que le pouvoir de négocier des meilleures conditions en comparaison au moment d'appel d'offres est raisonné sur un clause contractuel, mais ce pouvoir est discrétionnaire et facultatif, et son champ d'application est possible d'être structuré sur l'autorisation générale et expresse du article 26 de la loi LINDB.

Mots-clés: négociation; concession; service public; infrastructure; LINDB.

ABSTRACT

Author: MARQUES JUNIOR, José Jair.

Title: The negotiation of infrastructure concessions contracts.

186 p.

Doctor at Law – Law University, University of São Paulo, 2022.

The object of the thesis is a scientific research on the parties' behavior of an infrastructure contract, if they have the duties to act and support each other mutually to reach a better way to comply with the submitted bid original conditions established when the bidding happened. Legislation, doctrine and court decisions were analyzed, as well contracts amendments signed by governments of State of São Paulo and Federal Government on the highway sector. The research has been carried out on a bunch of contractual amendments for the purpose to identify any duty to negotiate or renegotiate the original clauses. It was settled the distinction between negotiation and renegotiation events. The conclusion was the parties have made agreements and understandings not by their initial goals, yet on the contractual basis of collaboration and cooperation between the parties, specially shown when a party, or both parties, make requests on negotiated administrative processes. The negotiation power that emerge in an infrastructure contract to provide better conditions for contractual execution compared to the original ones has been understood as a contractual duty. But this duty has been put into practice by discretionary uses. This structure of a negotiation procedure might follow the model of the LINDB law, in its article 26.

Keywords: negotiation; concession; public utilities; infrastructure; LINDB.

LISTA DE ABREVIATURAS

ALESP – Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo

CJF – Conselho da Justiça Federal

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CRCOSP - *Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos*
(argentina)

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DER/SP – Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo

DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas

LCp – Lei complementar

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

PL – Projeto de lei

PLS – Projeto de lei do Senado Federal

PMI – Procedimento de manifestação de interesse

PPI – Programa de Parcerias de Investimentos

PPP – Parceria Público-Privada

PROCROFE – Programa de Concessões Rodoviárias Federais

RCR – Regulamento das Concessões Rodoviárias

RCR1 – Regulamento das Concessões Rodoviárias – 1ª Parte

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TA – Termo aditivo

TAC – Termo de ajuste de conduta

TAM – Termo aditivo modificativo

TCU – Tribunal de Contas da União

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UNIREN - *Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos*
(argentina)

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – A NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NAS CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURA	17
1.1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA.	17
1.1.1. O MOTIVO DO RECORTE DAS CONCESSÕES ESPECÍFICAS DE INFRAESTRUTURA.	21
1.1.2. NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PENSADA COMO FORMA DE ARBITRAMENTO CONSENSUAL DE INTERESSES GERAIS RELEVANTES.	23
1.1.3. NEGOCIAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS DURANTE A FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO.....	26
1.2. EXPOSIÇÃO DA TESE: “AS PARTES CONTRATANTES DEVEM (RE)NEGOCIAR, CONSENSUALMENTE, MELHORES CONDIÇÕES EM COMPARAÇÃO À PROPOSTA ORIGINAL DE FORMA PERMANENTE AO LONGO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA”.....	29
1.3. PRINCIPAIS QUESTÕES E DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS.	31
1.4. METODOLOGIA DE PESQUISA.....	35
1.5. CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL DA TESE.	37
CAPÍTULO 2 – OS DESAFIOS E IMPASSES DA NEGOCIAÇÃO INSERIDA NA PRÁTICA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TEMOS UM MODELO PRONTO E COMPLETO DE CONCESSÃO E NEGOCIAÇÃO A ELA APLICÁVEL?	41
2.1. HÁ NECESSIDADE DE FUNDAMENTO NORMATIVO ESPECÍFICO PARA A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NEGOCIAR COM O PARCEIRO PRIVADO?.....	43
2.1.1. RECONHECIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ENTE DOTADO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E CAPAZ DE CONTRATAR.	43
2.1.2. OS COMANDOS CONSTITUCIONAIS GERAIS APLICÁVEIS A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONTRATAÇÃO PÚBLICA, PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E CONCESSÕES.....	46
2.1.3. AS DIREÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS À NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA.....	48
2.1.3.1. A FASE DA EXPERIMENTAÇÃO E RELATIVA LIBERDADE DE ATUAÇÃO: ENTRE A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A APROVAÇÃO DA LEI GERAL DE CONCESSÕES.....	49

2.1.3.2. A FASE DAS NORMAS GERAIS DE PROCESSUALIZAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO: ENTRE AS LEIS GERAIS E SETORIAIS DE CONCESSÕES, PROCESSO ADMINISTRATIVO GENÉRICO E ORGANIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.	54
2.1.3.3. A FASE DOS INCENTIVOS LEGAIS À NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA: LEIS DE PROCESSO CIVIL EXPLICITANDO A COMPATIBILIDADE DA AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS.	59
2.1.3.4. A FASE DE CONSOLIDAÇÃO DO MECANISMO NEGOCIAL COMO FERRAMENTA À DISPOSIÇÃO DAS PARTES EM CONTRATOS PÚBLICOS.	63
2.1.4. O ÂMBITO REGULATÓRIO CONTRATUAL COMO SEARA DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA.....	67
2.2. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUALIFICADOS COMO FREIOS À NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA.....	68
2.2.1. NEGOCIAR CONSTITUI AFRONTA AOS “PRINCÍPIOS” DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO?	68
2.2.2. NEGOCIAR SIGNIFICA AFRONTA AO “PRINCÍPIO UNIVERSAL” DO DEVER GERAL DE LICITAR NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?	71
2.3. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS REPUTADOS ESTÍMULOS À NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL PÚBLICO-PRIVADA.....	72
2.3.1. A APLICABILIDADE DAS TEORIAS DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E DOS CONTRATOS RELACIONAIS À ATIVIDADE DE NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL.	72
CAPÍTULO 3 – INSTRUMENTOS E PRODUTOS DA NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA EM CONTRATOS DE CONCESSÃO	77
3.1. O QUE SIGNIFICA “NEGOCIAR”, NO ENFOQUE DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?	78
3.1.1. NEGOCIAR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL: ADMISSÃO DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA DEFINIÇÃO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SELEÇÃO DO PARCEIRO PRIVADO ADEQUADO.....	79
3.1.2. NEGOCIAR NA FASE CONTRATUAL: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE E PRIVADOS CONTRATADOS COMO PARTÍCIPES DE MÚLTIPLOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS INTERNOS AO CONTRATO PÚBLICO.	81
3.2. MOTIVOS PARA A NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA EM CONTRATOS PÚBLICOS.	91
3.3. AS DISTINÇÕES ENTRE PROCESSOS DE NEGOCIAÇÃO E RENEGOCIAÇÃO.	92

CAPÍTULO 4 – ESTUDO DE CASO: ACORDOS ADMINISTRATIVOS NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS E ANÁLISE DO PROCEDIMENTO CONDUCENTE À CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS.....	96
4.1. ESPECTRO DE ANÁLISE ESCOLHIDO: CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS E AS ESTADUAIS DE SÃO PAULO.	96
4.2. AS LINHAS GERAIS DOS PROGRAMAS DE CONCESSÕES DE RODOVIA FEDERAL E DO ESTADO DE SÃO PAULO.	97
4.2.1. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS	97
4.2.2. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS PAULISTAS.	102
4.3. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS MÍNIMOS DE CONFORMAÇÃO REGULAMENTAR DO COMPROMISSO DO ARTIGO 26 DA LINDB.	103
4.3.1. ANÁLISE DOS TERMOS ADITIVOS CONFORME A SUA FUNCIONALIDADE.	104
4.3.2. ANÁLISE DOS TERMOS ADITIVOS CONFORME O SEU PROCEDIMENTO.	108
4.3.3. EFICÁCIA DOS TERMOS ADITIVOS MODELADOS COMO ACORDOS.	118
4.4. ANÁLISE DOS RESULTADOS.	119
4.4.1. SOBRE A QUANTIDADE DOS TERMOS ADITIVOS CELEBRADOS.	119
4.4.2. SOBRE A QUALIDADE DOS TERMOS ADITIVOS CELEBRADOS.	122
4.5. QUESTIONAMENTOS SOBRE OS RESULTADOS DA ANÁLISE.	126
4.5.1. A NEGOCIAÇÃO GERA RESULTADOS EFICIENTES?.....	126
4.5.2. A NEGOCIAÇÃO PROMOVE OU DESINCENTIVA O CUMPRIMENTO DO CONTRATO? ...	127
4.5.2.1. HÁ HISTÓRICO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E SANÇÕES APLICADAS REFERENTEMENTE AOS TERMOS ADITIVOS CELEBRADOS?.....	128
4.5.3. A NEGOCIAÇÃO PROMOVE SEGURANÇA JURÍDICA?.....	128
4.5.3.1. HÁ UM NÚCLEO CONTRATUAL IMUTÁVEL? QUAIS SÃO OS ASPECTOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIA QUE FORAM OBJETO DE NEGOCIAÇÃO? QUAL A INTENSIDADE DE TAIS MUDANÇAS?.....	130
4.5.3.2. AS MUDANÇAS SE REVELARAM NECESSÁRIAS PARA A CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO DO CONTRATO? AS MUDANÇAS FORAM ANTEVISTAS? AS MUDANÇAS FORAM EXTRAORDINÁRIAS?.....	133
4.5.4. A NEGOCIAÇÃO DECORRE DE MUDANÇAS DE ESCOLHAS REGULATÓRIAS?.....	134
CAPÍTULO 5 – NEGOCIAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA EM MOMENTOS DE CRISE	136

5.1. POR QUE MOTIVO REFLETIR SOBRE NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NAS CONCESSÕES EM MOMENTO DE CRISE?	136
5.2. O CASO ARGENTINO: A RENEGOCIAÇÃO GERAL DE CONTRATOS PÚBLICOS DITADA POR LEI NACIONAL DE EMERGÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	140
5.2.1. A CRIAÇÃO DA <i>COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN</i> DOS CONTRATOS, NO GOVERNO DUHALDE, E OS PASSOS INICIAIS: A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL DO UNIVERSO DOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DA EMERGÊNCIA PÚBLICA.	141
5.2.2. A FORMAÇÃO DA <i>COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN</i> E REGULAMENTAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DO SEU FUNCIONAMENTO.	144
5.2.3. A CONTÍNUA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA RENEGOCIAÇÃO: NORMAS INTERPRETATIVAS DE ALCANCE.	148
5.2.4. A IMPLANTAÇÃO DE MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: CONSULTAS E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.	149
5.2.5. A REMODELAÇÃO DA <i>COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN</i> : EVOLUÇÃO PARA <i>UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS</i> (UNIREN), NO GOVERNO KIRCHNER.....	151
5.2.5. Os ACORDOS DE RENEGOCIAÇÃO CONCLUÍDOS (ACTAS ACUERDOS DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL DE SERVICIOS PÚBLICOS).....	156
5.2.6. CRÍTICAS AO PROCESSO DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL ARGENTINO.	157
CAPÍTULO 6 - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS: BUSCA DE MELHORES CONDIÇÕES ESTABELECIDAS COMO UM DEVER CONTRATUAL, PASSÍVEL DE SER ATENDIDO MEDIANTE IMPULSO DE NEGOCIAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS.....	165
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174

CAPÍTULO 1 – A NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NAS CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURA

1.1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA.

Expõe-se, de partida, a tese a ser testada, resumida no seguinte raciocínio: *“as partes contratantes devem (re)negociar, consensualmente, melhores condições em comparação à proposta original, de forma permanente ao longo da execução do contrato de concessão de infraestrutura”*.

A priorização da celebração de negócios entre o poder público e os particulares, com a finalidade de prestação de serviços públicos e construção e operação econômica de infraestruturas, é uma realidade contemporânea.

Por ordem constitucional, o Estado é titular de bens públicos e incumbido de prestar uma série de serviços em prol dos brasileiros, tais como disponibilizar acesso à educação às crianças e adolescentes, dispor de sistema público, gratuito e universal de saúde a todos os cidadãos, segurança mediante a atuação das polícias e a persecução criminal. São atividades dispendiosas, para as quais há a captação de recursos, essencialmente vindos de recolhimento de tributos, mas não necessariamente suficientes à prestação adequada e ao acesso universalizado de tais serviços.

A busca pela participação dos particulares na realização de certos empreendimentos de interesse coletivo reflete o desdobramento de uma política de Estado, de desestatização ou privatização, na expectativa da diminuição dos gastos fiscais, concentração de esforços em outras áreas prioritárias da economia nacional e na entrega de melhorias na experiência dos destinatários de tais utilidades, pautada numa suposta eficiência superior da gestão privada.

Coincidência ou não, os bens e serviços públicos postos à exploração empresarial por particulares experimentaram, em proporção relevante, uma evolução favorável nas primeiras décadas dos anos 2000, atingindo níveis de desempenho considerados satisfatórios pelos usuários. Em contraste, as infraestruturas objeto de cuidado direto estatal não experimentaram desenvolvimento com a mesma intensidade, sofrendo com restrições orçamentárias, diminuição ou contingenciamento de investimentos públicos e defasagem de quadro de pessoal.

Ao mesmo tempo, desafios se impuseram à participação privada, diante de entraves que surgem ao longo do relacionamento contratual, a exemplo da identificação da insuficiência de aplicação dos investimentos projetados para a manutenção de um nível adequado de serviço e da dificuldade de obtenção das fontes de financiamento estabelecidas no ajuste. Dúvidas foram levantadas, pela imprensa e entidades de controle público¹, a respeito da inclusão de novos investimentos² mesmo diante do cenário de inexecuções e da efetiva capacidade de cumprimento do acordado pelos contratados, redundando em aplicação de punições após fiscalizações, questionamentos e impugnações judiciais e discussões pela terminação antecipada dos referidos contratos.

Prova viva como testemunha desse momento de transição na provisão de infraestrutura nas últimas décadas, este interlocutor se relembra, desde tempos de infância, das dificuldades de deslocamento antes existentes e da evolução desse cenário.

Residindo numa cidade do interior paulista, distante cerca de quinhentos quilômetros da capital, era pouco frequente realizar viagens longas a passeio, reservadas eram aos feriados ou às épocas de férias escolares, aqui coincidindo com as férias de trabalho de meu pai e minha mãe, ambos servidores públicos. O destino de sempre, porque geograficamente mais próximo e muito aguardado, eram as praias do litoral paulista.

O aeroporto local tinha frequência restrita de oferta de voos regulares, os quais tinham tarifas exorbitantes e com trajetos que não nos deixava no destino, necessárias conexões com outros voos. Um voo diário, operado por única companhia aérea, em direção a um outro aeroporto regional, era um dado comum. Não se mostrava viável como uma opção. A linha férrea que cortava o centro da cidade e era ativa, até meados de 1990, não era explorada para transporte de passageiros, apenas para o transporte de cargas. Igualmente inviável.

A conveniência e preferência conduzia os planos familiares a dois tipos de deslocamento possíveis via transporte rodoviário, ou ônibus, ou automóvel. Para uma família de quatro pessoas, por questões de conforto, sempre viajávamos de carro. De início, em meados da década de 1990, o trajeto era composto por metade de rodovias majoritariamente em pista

¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). “Rodovias entre Florianópolis/SC e Curitiba/PR têm trafegabilidade comprometida por deficiências no pavimento”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/rodovias-entre-florianopolis-sc-e-curitiba-pr-tem-trafegabilidade-comprometida-por-deficiencias-no-pavimento.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

² VALOR ECONÔMICO. “TCU questiona obra nova em concessão de rodovias”. Publicado em: 30/11/2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/coluna/tcu-questiona-obra-nova-em-concessao-de-rodovias.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

simples (as situadas mais ao interior do Estado) e o remanescente da quilometragem cumprido em pistas duplicadas (as mais próximas da capital e as direcionadas ao litoral). A diferença de qualidade do pavimento, comparado cada trecho, era igualmente perceptível, sendo muito mais confortável trafegar pela pista dupla, enquanto a pista única trazia certa preocupação quanto aos trechos esburacados e à necessidade de ultrapassagens. Por estar numa região próxima a plantações e canaviais, no centro-oeste paulista, a pista simples exigia condução mais atenta, em razão dos caminhões que trafegavam em baixa velocidade e repletos da produção colhida, especialmente em épocas de safra.

Ao longo dos anos, foi possível perceber que, nos vários trechos em pista simples, eram frequentes as obras, para a duplicação da via. Nas vias de pista dupla, novas obras eram realizadas, agora para inclusão de faixas adicionais em certos trechos considerados de maior movimentação de veículos, especialmente nas regiões mais próximas da capital paulista.

Talvez pela pouca idade e ingenuidade, não fosse possível compreender as razões pelas quais as rodovias tivessem essa diferença de qualidade que impactava na dirigibilidade, nem as motivações políticas e econômicas que justificaram a construção de pistas duplas em algumas rodovias.

A descida da Serra do Mar, rumo à Baixada Santista, era outro grande evento, esperado. Como as viagens se iniciavam logo depois ao almoço, especialmente em vésperas de final de semana ou feriados, era comum que o trajeto da descida da Serra ocorresse durante a noite e, por vezes, acompanhado de eventos climáticos adversos, como chuva ou neblina. Nessas descidas da serra, há a lembrança de congestionamentos, especialmente nas vésperas de feriados, tanto na passagem pela capital de São Paulo, pela Marginal Pinheiros e Avenida dos Bandeirantes, até o circuito Anchieta-Imigrantes, quanto pela existência de apenas as duas pistas da Rodovia Anchieta e a pista única da Rodovia do Imigrantes para transpor o trecho da Serra do Mar. Quando adolescente, no início dos anos 2000, testemunhei o lançamento da segunda pista da Rodovia Imigrantes, projeto que impressionou pela qualidade tecnológica e extensão dos túneis construídos, de longo comprimento e equipados com instrumentos de ventilação e sinalização digital.

As passagens pelas cabines de cobrança de pedágio também evoluíram ao longo do tempo. De um início em que era necessário aguardar em filas para se pagar a tarifa, com cédulas de dinheiro e moedas contadas nos mínimos detalhes para facilitar o troco, após certo tempo foi possível instalar o equipamento que permitia a passagem automática pelas cabines de

pedágio, para pagamento de fatura posteriormente encaminhada à residência, que reduzia o tempo de deslocamento.

Em comum, o que vem à mente nessas viagens é a mensagem de uma placa de trânsito, azulada, que apontava o signo, “Rodovia sob concessão”, que se repetia ao longo do percurso. Quando na infância, não tinha o discernimento para compreender que a “concessão” da rodovia ali indicada se tratava de uma empresa, que havia vencido uma licitação, após ter apresentado uma proposta econômico-financeira ao governo paulista e celebrado um contrato, para explorar, conservar, prestar serviços aos usuários da rodovia. Na atualidade, consigo entender que não existia apenas uma “concessão”, mas sim vários lotes de concessão explorados por diversas sociedades empresárias, cada uma tendo assumido, a partir de um plano de negócios, uma gama de serviços e obras a realizar.

Em síntese, o que se pode extrair desse breve exemplo pessoal é a constatação de há uma diretriz em andamento adotada pelos governos no país, com objetivo do aperfeiçoamento da logística e da provisão de infraestrutura, em prol do desenvolvimento nacional. Esse envolvimento tem passado, necessariamente, pela interação entre setor público e a iniciativa privada. O estabelecimento de parcerias, em horizonte de médio e longo prazo, acaba por se suscetibilizar às variáveis de tempo, mercado, apetite dos investidores privados, cenários macroeconômicos e, não menos importante, às demandas dos destinatários dos serviços públicos, os cidadãos.

Os contratos celebrados entre público e privado assumem formatos múltiplos, cada modelo tomando base em marcos regulatórios específicos e aplicado conforme a conveniência da administração pública contratante, após estudos realizados para a identificação do modelo convergente com as necessidades públicas verificadas no presente e expectadas ao futuro.

Da experiência acumulada das últimas décadas e dos projetos de estruturação em andamento, relevante notar que há uma preferência das administrações públicas, dos três níveis da federação, em adotar o modelo da concessão para a contratação privada para prover a infraestrutura. Igualmente desse histórico há a compreensão de que os contratos celebrados nem sempre se mantêm estáticos ao longo do tempo. As notícias contam que, não raro, parceiros públicos e privados negociam³ e acabam por acertar durante a execução do contrato, bilateralmente, modificações das estipulações, alterar cláusulas contratuais

³ VALOR ECONÔMICO. “ANTT começa a discutir aditivo contratual da rodovia Nova Dutra”. Publicado em: 14/03/2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/coluna/antt-comeca-a-discutir-aditivo-contratual-da-rodovia-nova-dutra.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

específicas, ampliar o escopo das obrigações originalmente ajustadas, dar seguimento a procedimentos antevistos no contrato originário para cambiar a repartição de riscos entre os partícipes. Há, por outro lado, casos em que os contratos de concessão são alterados unilateralmente pelo poder concedente ou por determinação da entidade reguladora.

A execução de um contrato de concessão de infraestrutura, portanto, não está imune a modificações de cenário econômico, regulatório, social. O contrato deve, a partir de suas disposições internas e ao longo do cumprimento das prestações reciprocamente ajustadas entre as partes, adaptar-se à dinâmica das circunstâncias fáticas postas na realidade e transformar o objeto concedido, em prol do atingimento das finalidades convencionadas.

A partir desse cenário, a proposta neste trabalho é examinar a negociação estruturada e desenvolvida nos contratos de concessão de infraestrutura.

O debate que se sugere sobre esse tema decorre da identificação de que os contratos concessórios ostentam abertura e estrutura suficiente para estimular uma interação negocial entre o parceiro público concedente e o parceiro privado concessionário. A discussão igualmente se sustenta na percepção de que a negociação deve ser necessariamente uma variável constante durante a vigência do pacto, numa perspectiva de convergência horizontal de interesses e aderência mútua ao resultado negociado. A imposição verticalizada e autoritária de soluções do parceiro público ao privado deve ser afastada ou minimizada⁴, porque geradora de efeitos indesejados (tais como a impugnação e a morosidade da resolução de litígios conduzidos à esfera judicial).

À luz desses pressupostos, cogita-se a validação da tese se a ação consensual das partes numa concessão de infraestrutura deve propiciar o atingimento de melhores condições para a execução do contrato comparáveis àquelas originariamente detalhadas pela concessionária por ocasião do oferecimento de sua proposta vencedora na licitação.

Feito esse enquadramento, adiante serão expostas as limitações inerentes ao desenvolvimento desse tema.

1.1.1. O MOTIVO DO RECORTE DAS CONCESSÕES ESPECÍFICAS DE INFRAESTRUTURA.

⁴ Como defende o Professor Floriano de Azevedo MARQUES NETO, “o direito administrativo contemporâneo não pode mais se apoiar apenas na contraposição, no binômio autoridade-liberdade ou autoridade-indivíduo”, mas sim “já se configura e deve se estruturar em torno de outras noções: de equilíbrio de interesses, de consenso, de ponderação do exercício da autoridade”. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 326.

Num primeiro recorte, é oportuno delimitar a justificativa da opção pela análise das negociações em concessões de infraestrutura.

As concessões possuem um múltiplo campo de possíveis utilidades objeto de sua contratação. Pode-se conceder, a um particular, a outorga de um direito de lavra de uma mina e dela obter retornos econômicos a partir das substâncias minerais que venham a ser encontradas, extraídas e transformadas em produtos comercializáveis. Há a possibilidade de se outorgar a particulares o direito de explorar, economicamente, as águas de determinado rio ou curso d'água, com o objetivo de aproveitamento energético. Cogita-se da outorga da concessão para que interessados venham a conservar e incentivar o manejo sustentável de florestas, com preservação do bioma e biota. Esses três exemplos ora se aproximam (o segundo e terceiro), ora se distanciam da noção de concessão de infraestrutura (o primeiro), considerando como foco de análise os resultados que elas podem oferecer aos agentes econômicos envolvidos e, especialmente, à sociedade.

As concessões de infraestrutura suplantam a noção de um contrato contraprestacional, de trocas de prestações recíprocas exclusivamente entre os contratantes. Envolvem facilitar o atingimento de metas de desenvolvimento socioeconômico numa dada região, incrementar a produtividade da economia e a competitividade das empresas privadas, assegurar a entrega de utilidades que agregam benefícios à coletividade, permitir a geração de empregos e crescimento econômico para os entes públicos e privados.

Aproximam-se as concessões de infraestrutura, portanto, mais a utilidades que tragam vantagens ao bem-estar coletivo, exemplificativamente, redes de transportes nos seus variados modais, saneamento ambiental, coleta de águas pluviais, distribuição de gás canalizado, geração, transmissão e distribuição de energia nas suas variadas fontes hidrelétricas, termelétricas, nucleares, sistemas de telecomunicações e disponibilidades de banda larga e internet, parques públicos voltados à exploração de turismo.

A partir do melhoramento trazido por uma concessão de infraestrutura, por meio de suas externalidades positivas, tende-se a permitir redução de custos e despesas dos agentes socioeconômicos, aprimorar a eficiência na prestação de serviços públicos, imprimir celeridade nas transações empresariais.

Por outro lado, estatísticas⁵ revelam que, nos últimos anos, tem decrescido a aplicação direta de recursos públicos em infraestrutura, paralelamente ao diagnóstico da evidência da necessidade de ampliação dos investimentos para modernização da infraestrutura⁶. É desejável, portanto, que o poder público selecione competidores e encontre aliados dispostos a contribuir na missão de elevar, em quantidade e qualidade, o investimento em infraestrutura.

Há relevância em se identificar os padrões de comportamento dos partícipes de uma concessão de infraestrutura, a partir das experiências vivenciadas nos setores regulados. Também se mostra oportuno examinar as predisposições de cada parceiro, público ou privado, para querer ingressar nesse mercado e, assim que contratualmente conectado, expor os instrumentos disponíveis para manter a estabilidade do pacto celebrado, dotá-lo de flexibilidade para incorporar ou substituir prestações e solucionar questionamentos ou divergências desenvolvidas no horizonte de tempo de um contrato de concessão de infraestrutura.

O ambiente de negócios que contorna a outorga e execução de uma concessão de infraestrutura é influenciado por interesses de origens diversas, públicos ou privados, que devem ser ponderados quando da estratégia, por qualquer dos partícipes, de impulsionar um acerto consensual a propósito de algum aspecto do contrato.

1.1.2. NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA PENSADA COMO FORMA DE ARBITRAMENTO CONSENSUAL DE INTERESSES GERAIS RELEVANTES.

Gestores públicos e pessoas particulares nem sempre tiveram, por assim dizer, uma relação aberta à consensualidade.

No exercício de suas funções administrativas, o poder público expede autorizações e licenças para os interessados em construir empreendimentos imobiliários ou suas residências familiares, profere ordenações às atividades privadas que ensejam riscos potenciais à

⁵ GAZETA DO POVO. “Por que o investimento em infraestrutura caiu por seis anos – e o que vem pela frente”. Publicado em: 07/09/2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/por-que-o-investimento-em-infraestrutura-caiu-por-seis-anos-e-o-que-vem-pela-frente/>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

⁶ INFRA2038. *Relatório 2020 - perspectivas para o avanço da infraestrutura brasileira: os desafios da pandemia e seus desdobramentos*. Disponível em: https://www.infra2038.org/files/ugd/63fe2f_d467f2188ebc45ebb3bf7ba1db0afb7a.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

salubridade, ao meio ambiente, à integridade física dos cidadãos, regula o acesso e a disponibilização de medicamentos e vacinas, fomentar a prática de alguma conduta favorável à coletividade, como os serviços de reciclagem e coleta e destinação adequada privada de resíduos sólidos. De alguma forma, o espectro desses relacionamentos público-privado é integrado por um ingrediente interventivo estatal na economia, de forma a moldar o comportamento dos privados mediante a emissão de atos administrativos, de imposição unilateral, possibilitadores da atuação da iniciativa privada em prol de seus objetivos, ou ainda atos estatais também unilaterais, porém menos interventivos, mais indicativos e orientativos da atuação privada.

No campo dos bens e serviços públicos, apurava-se historicamente a tendência de o Estado prestar, de forma monopolista, certos serviços públicos, à vista do vulto de investimentos exigidos para a criação e manutenção da infraestrutura, assim como devido ao componente estratégico, de assumir a prestação de serviços considerados de relevância nacional. Não obstante, nas últimas décadas, a tendência monopolizadora estatal deu lugar ao movimento de desestatização, focado na contratualização de particulares a fim de realizar essas atividades prestacionais destinadas aos usuários cidadãos, remunerados por meio de tarifas ou subsídios públicos, acompanhadas pela atividade regulatória do Estado sobre esses serviços e bens.

O fato de o Estado adotar a forma contratual para delegar a privados a titulação jurídica necessária para que estes possam prestar serviços públicos constitui, em si, uma expressão da atividade negocial do poder público. A negociação, no entanto, não se resume exclusivamente a casos em que haja, como produto, a formação de vínculo contratual entre público e privado: a apresentação de pleitos por privados para a liberação e autorização de suas atividades pode contar com uma intensidade maior ou menor de consensualidade no curso da deliberação administrativa e ser resultado de posturas negociadas adotadas pelos agentes envolvidos.

O modo consensual de atuar pode ser exprimido por diversas formas, como, por exemplo, a tomada de subsídios colhida pela administração pública, por meio de mecanismos de ausculta da opinião de interessados leigos e/ou portadores de expertise técnica, para decidir sobre a forma mais adequada do atendimento a uma necessidade pública

Quando o poder público, no curso da tomada de uma decisão administrativa, abre espaço para que haja o encontro das expressões de interesses de múltiplas fontes, há a chamada

concertação, o acertamento consensual, próprio do Estado Democrático de Direito. Como ensina Fernando Menezes de ALMEIDA, atribuindo aos mecanismos de consenso a característica de substituir a atividade administrativa impositiva e unilateral, qualifica-os como mecanismos “[que propiciam] o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes, como os governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos, respeitando-se os limites da legalidade”⁷.

Significa dizer, adotada a expressão de Sabino CASSESE, estar em curso a formação de uma arena pública⁸, em que os interesses dos agentes econômicos e estatais envolvidos não necessariamente são divergentes ou opostos *a priori*, estão tais personagens mais aproximados, nela igualmente questionado o papel hierarquizante da lei, de cima para baixo, no direcionamento do agir estatal.

A negociação público-privada, uma das expressões da consensualidade, historicamente não foi uma figura admitida, à luz da valorização de teorias que apontavam para a não-responsabilidade da pessoa que ocupasse o cargo de governante e a supremacia do interesse público sobre o privado. Enfim, restrito ou praticamente inexistente era o espaço para que a administração pública ousasse se sujeitar a celebrar acordos com particulares, mediante concessões recíprocas a fim de equilibrar a força dos interesses em jogo.

A evolução para a admissibilidade da negociação como uma forma de administrar, gerir a coisa pública envolve a percepção do governante de ocasião de que as relações público-privadas se tornaram mais complexas, distanciando-se da lógica binária proibido-permitido e do foco de um único centro decisório dentro da administração pública, passando a subsistir, na organização administrativa, múltiplos centros de influência na decisão administrativa.

Negociar qual ou quais interesses devem prevalecer numa dada matéria é uma função de relevo, que deve pender para o arbitramento de interesses público e privados relevantes com destino à sua harmonização, tornando-se desincentivado o preordenamento de soluções fixas em leis formais e estimuladas, ao reverso, liberdade de formas, modulação procedimental

⁷ ALMEIDA, Fernando Menezes de. “Mecanismos de consenso no direito administrativo”. Em: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 325-336, p. 326.

⁸ CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Tradução: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010, p. 145.

(com ampliação ou redução das fronteiras e objetos do procedimento, da sequência preestabelecida) e agilização para a construção de um acordo⁹.

Alexandre Santos de ARAGÃO aponta que a atividade de negociação pela administração pública deriva de uma *faculdade negocial jus-genética*, que deriva não necessariamente de fonte legal, mas dos espaços existentes no ordenamento jurídico para que a autonomia de sujeitos de direito seja exercitada. Compreende ARAGÃO que as leis não são as únicas fontes normativas e não proíbem a administração pública convencionar obrigações por meio de acordos de vontades com os privados¹⁰.

Parte-se, nesse momento, a uma cogitação. Tomada por verdade a assertiva de que a administração pública tem evoluído para internalizar, em seus processos de gestão, a prática da negociação, é de supor haja evidências que mostrariam que essa é uma tática adotada também em relação aos processos de contratação pública, sobretudo na fase de execução contratual. Este é o ponto abordado no próximo item.

1.1.3. NEGOCIAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS DURANTE A FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

A operação de um serviço público ou a exploração econômica de uma infraestrutura de utilidade pública pelo particular não é feita de modo liberado. Encontra limite e controle na regulação estatal, assim como está balizada pelo instrumento negocial, celebrado após a contratação pública mediada por um processo licitatório.

Perceber o poder público como detentor de vários papéis simultâneos num emparceiramento com o privado enseja a reflexão sobre os meios pelos quais o poder público pode influenciar ou induzir o comportamento dos particulares a fim de que seja bem-sucedido o objetivo traçado com a contratação pública.

O poder de decisão de transferir à exploração privada de um ativo ou bem considerado público trata-se de uma competência pública irrenunciável. Caberá ao governante da época, escudado pela autorização legal, planejar a exploração privada de infraestruturas públicas, a partir de estudos e projetos que indiquem ser essa a solução mais vantajosa para o

⁹ CASSESE, Sabino. CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Tradução: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010, p. 142/143.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Em: BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, São Paulo-SP, vol. 19, n. 9, p. 827-840, set. 2006.

atendimento das metas de desenvolvimento esperadas com essa contratação. Pode, nessa etapa preparatória, contar com a participação cidadã, auxiliando para a definição do objeto a ser delegado, quais seriam os níveis de evolução expectados com a contratação.

No âmbito da execução do contrato, o poder concedente, ou a entidade reguladora a depender da organização institucional, assume uma posição de contratante, partícipe de uma avença. O parceiro público, a espelho do parceiro privado, toma para si os riscos partilhados, as obrigações e deveres ali dispostos.

As posições dos contratantes, no que diz respeito aos poderes contratuais, tenderiam a ser equivalentes, não fossem as exigências legais e reserva de poderes discricionários mantidos pelo poder concedente ou, ainda, pela entidade reguladora do contrato. Ao contratante público, há a conferência (que se pode dizer automática e irrefletida) de atribuições próprias a uma posição de superioridade em detrimento do particular, em que o contratante público pode sancionar descumprimentos contratuais, alterar unilateralmente o contrato e fiscalizar a execução do objeto contratado.

À exceção da exclusividade do poder público de decidir pela contratação para a exploração da infraestrutura, sua prevalência na definição das cláusulas contratuais no momento pré-licitação, e do emprego possível das prerrogativas da administração durante a execução do contrato, a relação entre parceiro público e o parceiro privado poderia ser, em teoria, admitida como uma relação negocial paritária, cada agente tomando o compromisso de cumprir o contrato e conservá-lo, independente das circunstâncias supervenientes que venham a impactá-lo negativamente.

É certo que os instrumentos contratuais públicos vigentes, em sua maioria, ainda garantem certa predominância aos poderes de ação unilateral do parceiro público, por conta de leitura do princípio da legalidade em sua acepção mais formal e taxativa. Isso não impede haja um raciocínio de um contrato público-privado possível, em que as prerrogativas unilaterais do parceiro público sejam amenizadas ou não acionadas¹¹ pelo parceiro público em prol da

¹¹ Essa é a solução proposta por Fernando Menezes de ALMEIDA para a minimização ou mitigação do emprego das prerrogativas exorbitantes da administração pública. O autor identifica no regime das prerrogativas da administração pública, em contratos administrativos, como geradores de estímulo à ineficiência da administração, de contratos mais onerosos (em razão do custo adicional da incerteza do acionamento, ou não, das prerrogativas), legitimação de práticas autoritárias pelos gestores públicos e facilitação de desvios da probidade administrativa (para que haja atendimento exclusivo de interesses particulares, sob o recebimento de vantagens indevidas). Confira-se: ALMEIDA, Fernando Menezes de. "Mecanismos de consenso no direito administrativo". Em: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 325-336, p. 332.

resolução de assuntos relacionados ao contrato numa forma acertada entre ambos os partícipes, sem hierarquização automatizada.

Ao cumprir o contrato de conformidade aos meios nele estipulados, as partes estão, num sentido largo, realizando a uma composição contínua de interesses, situando-se em convergência aos interesses que foram precificados na proposta apresentada pela parceira privada para a obtenção do lucro empresarial e promoção da função social da empresa e aos interesses delimitados pelo parceiro público como relevantes a serem observados naquele negócio, inclusos os interesses sociais dos destinatários de tais utilidades.

A dinâmica de um relacionamento subjacente a um contrato público mostra que, na sua execução, as interações e comunicações são frequentes entre os parceiros público e privado. O contrato serve como um instrumento de suporte para arrolar as obrigações incumbidas a cada parceiro. As partes se organizam para o cumprimento adequado de cada prestação e, mesmo que a obrigação contratual possa ser materializada no campo dos fatos e, com isso, ser diretamente aferida como cumprida pela contraparte, exige-se haja a observância de um sequenciamento lógico-temporal em tais cumprimentos e, principalmente, de procedimentos por meio dos quais se documentam e se informam reciprocamente essas ações.

Há, todavia, circunstâncias, ao longo da execução contratual, tornam o comportamento das partes descoladas do cumprimento esperado do contrato (inadimplemento de obrigações contratuais tanto pelo poder público quanto pelo poder concedente) ou, ainda, exigem reformulações.

Sob essa diretriz de que as partes vão conformando, por meio de suas condutas, os limites exatos das leis e regulamentos aplicáveis e das regras do contrato, é de se esperar que os contraentes reúnam esforços para a manutenção do equilíbrio do contrato e estejam continuamente atentos às circunstâncias de fato e de direito que impactam a execução contratual.

Diante dessa proposta, chega-se ao núcleo da investigação prometida nessa tese, justamente a identificação de que as partes contratantes devem agir, na execução contratual, de modo negociado, a fim de que sejam proporcionadas melhores condições para o cumprimento do contrato de concessão de infraestrutura.

1.2. EXPOSIÇÃO DA TESE: “AS PARTES CONTRATANTES DEVEM (RE)NEGOCIAR, CONSENSUALMENTE, MELHORES CONDIÇÕES EM COMPARAÇÃO À PROPOSTA ORIGINAL DE FORMA PERMANENTE AO LONGO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA”.

A investigação da tese proposta parte da premissa de que as partes celebrantes de um contrato de concessão de infraestrutura se vinculam não apenas aos resultados projetados no início da contratação, mas sim à maximização dos benefícios que podem ser gerados pela concessão de infraestrutura, como agentes promotores de mudanças potencialmente positivas ao longo do contrato. Para a finalidade de cumprir a esse objetivo de maximização de benefícios, cogita-se da adoção do mecanismo da negociação entre as partes, ou de sua espécie renegociação, sobre as bases contratuais.

De antemão, cabe a ressalva que o trabalho não busca partir de um pressuposto ideológico de que todo partícipe de concessão de infraestrutura está habilitado a realizar o melhor acordo em toda e qualquer oportunidade e apenas por meio da negociação se poderiam atingir esses objetivos de amplificação dos benefícios de uma concessão de infraestrutura. O sentimento do pesquisador, a partir das leituras preparatórias para a apresentação do projeto de pesquisa, havia sido marcado pela percepção inicial de que o caminho da negociação parecia uma válvula presente nos instrumentos contratuais selecionados. E, pela ausência de aprendizagem vinda de experiência histórica antecedente à década de 1990, compreende-se que a negociação ainda encontra espaço para maturação, sendo pertinente a averiguação sobre os seus efeitos potenciais.

Em virtude dessa preocupação em fazer prever lugares e temas apropriados à negociação, tanto a regulação setorial quanto os instrumentos contratuais permitem a assunção, prévia, de que a tese a ser testada caminhará para uma resposta positiva, de que subsistirá um comprometimento das partes e uma estruturação moldada para a finalidade de aprimoramento contínuo da proposta original apresentada pela concessionária.

Para compreender a exatidão desse processo de negociação no curso de uma concessão de infraestrutura, deve-se explicitar como negociação ou renegociação serão entendidas para fins do desenvolvimento desse trabalho.

A negociação contratual, limitada à fase da execução contratual, será tomada como um *processo consensual de intermediação de propostas, impulsionado por uma, algumas ou todas as partes contratantes envolvidas, direcionado à composição de interesses*

relacionados ao contrato, substituída a exclusividade pelo compartilhamento da responsabilidade pela construção da decisão administrativa derivada, a qual pode ou não resultar na celebração de acordo.

A renegociação contratual, por sua vez, contempla um espectro mais limitado em comparação à negociação, dela consistindo em uma espécie. Embora seja igualmente um *processo consensualizado*, renegociar envolve uma finalidade mais estrita, de *reparação das bases originais do contrato, da disciplina de deveres e obrigações, de profundidade de matérias variável*.

Assim, o escopo da investigação dessa tese volta-se à análise dos comportamentos de contratantes de concessão de infraestrutura, para averiguar, nos instrumentos que documentaram a sua atuação enquanto partícipes, (i) se é verídico que envidaram, na prática, posturas negociadas cooperativas em prol de conclusão de acordos e, (ii) mesmo nas hipóteses em que reservadas prerrogativas de ação unilateral impositiva do poder público enquanto parte do contrato (a exemplo no exercício do poder fiscalizatório e no poder de decretar a caducidade da concessão em caso de inadimplemento do concessionário), tenha havido alguma inflexão do comportamento unilateral em prol de acertamento bilateral entre as partes, para atingir finalidade relevante, por exemplo, a melhora da eficiência do cumprimento das obrigações, continuidade na prestação dos serviços delegados ou diminuição de custos econômicos, como desdobramentos do aperfeiçoamento da proposta apresentada originalmente pela licitante vencedora quando da licitação.

O contrato de concessão de infraestrutura mostra-se sobreviver num tensionamento.

De um lado, a doutrina especializada vem convergindo para identificar no contrato de concessão uma característica inerente de *mutabilidade*¹², no sentido de que ajustes das obrigações convencionadas, do objeto delegado e das cláusulas são ocorrências frequentes e derivam das mudanças que ocorrem no plano dos fatos, cambiáveis as circunstâncias diante da longevidade de prazo da execução contratual.

¹² Confira-se a reflexão de Flávio Amaral GARCIA, no sentido de que a mutabilidade é característica intrínseca aos contratos de concessão e conclusiva de que inexistente uma regulação sistematizada, no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à definição dos limites materiais, subjetivos e objetivos, da mutabilidade em contratos de concessão, vindo a defender que esses limites se consubstanciam, na prática, similarmente aos limites vistos na experiência da União Europeia, a saber, (i) o princípio da concorrência, (ii) o princípio da intangibilidade do objeto e (iii) o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Em: GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 295-324, especialmente p. 296.

De outro, enfocados na competição gerada por ocasião do processo de licitação e da vedação suposta a que ampliações ou modificações substanciais venham a ser aplicadas sobre o contrato, pode-se defender a *inflexibilidade* das condições originais da proposta que haviam sido aceitas e compuseram o contrato, desde a sua celebração.

Diante desse suposto confronto de ideias, qual seria a convergência no percurso imaginado de uma negociação para que o contrato de concessão tenha a característica da mutabilidade preservada e, ao mesmo tempo, as condições iniciais não sejam substancialmente afetadas? A renegociação, por sua vez, considerada como a repactuação importante das condições originais, seria impedida de ocorrer em razão da vigência dessa regra suposta de inflexibilidade das condições da proposta?

A partir dessas indagações iniciais, propõem-se as principais questões a serem investigadas e respondidas para a construção da tese.

1.3. PRINCIPAIS QUESTÕES E DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS.

Foi possível determinar quatro grupo de questionamentos relevantes que gravitam sobre o tema das negociações aplicadas em concessões de infraestrutura.

Como *primeira questão*: a instabilização de fronteiras de mutabilidade de contratos de concessão seria uma causa ensejadora à inviabilização de celebração de negociações e conclusão de acordos seguros, estáveis, previsíveis e dotados de exequibilidade factível?

Definir um campo em que os temas contratuais sejam passíveis de uma maior ou menor intensidade de mutação não constitui uma tarefa das mais fáceis, tendo em vista a multipolaridade de interesses envolvidos e de agentes portadores de poder de influenciar e dirigir o comportamento das partes contratantes. A expectativa dos contratantes quanto à concretização da proposta inicial projetada, podendo variar do êxito à frustração, acaba sendo moldada pela continuidade da execução contratual ao longo do tempo, desde fatos imprevisíveis que podem suceder a de pronunciamentos de órgãos de controle que possam deter algum tipo de poder. Fica o exemplo das recomendações e determinações de entidades de controle externo, que, ao longo do processo de contratação pública, podem emitir atos ordinatórios de afastamento de obrigações convencionadas, ao identificarem possível ilegalidade, ou, ainda, proferir atos declaratórios de que alguma obrigação contratual ou partilha de risco seja impossível de sofrer algum tipo de maleabilidade.

Por outro lado, dada a natureza da concessão de infraestrutura, pode ser desejável que não haja uma definição *ex ante* e sustentada das matérias que podem, ou não, ser objetos de negociação, partindo-se para uma vinculação da solução às circunstâncias do caso concreto e da realidade vivenciada na exploração daquele objeto concedido em específico.

Como ilustração, problemas na execução que redundam em descumprimento de obrigações convencionadas podem ter graus distintos de gravidade a depender, por exemplo, do volume de demanda dos usuários daquele serviço concedido. A interrupção de uma das faixas de rolamento, em razão de acidente automobilístico provocado por deficiências na conservação de pavimento, pode gerar consequências distintas a considerar o volume do fluxo de veículos numa concessão de rodovia, que flutua conforme as circunstâncias de tempo e espaço. Pode ser relevante que alguma alteração na ordem cronológica dos investimentos seja ponderada, para antecipação de obras de ampliação e conservação, com a finalidade de refrear a ocorrência de acidentes, no projeto concessório em que haja um fluxo maior e mais constante de veículos. Enquanto num outro projeto concessionário, com um fluxo menor de veículos ou que conte com rotas alternativas de escape, uma interrupção na faixa de rolamento pode ter efeito de intensidade bem mais branda, a permitir, inclusive, que as obras de conservação tenham curso no sequenciamento temporal estabelecido no contrato.

Numa percepção inicial, a instabilização das fronteiras de mutabilidade dos contratos de concessão, por ser considerada como um acontecimento frequente, traz o indicativo de que eventuais acordos a serem celebrados devem tomá-la como premissa e devem contemplar cláusulas que reconheçam a possibilidade de mudança das próprias condições alteradas e fixar mecanismos apropriados à revisão do ajuste.

Numa *segunda questão*, entra em campo o papel da lei formal, entendida como aquela emanada, na maioria das vezes, do Poder Legislativo (salvo exceções pontuais de competências de editar leis atribuídas ao Poder Executivo). A ausência de lei formal expressa, instituidora de regras e princípios especificamente aplicáveis à negociação público-privada em contratos de concessão de infraestrutura e do conteúdo material, configura um impeditivo ao impulso dessas negociações?

É de se notar, de um lado, que a ausência de norma geral instituidora de processo de negociação em concessões de infraestrutura é um dado verificável da realidade do ordenamento jurídico. Isso não significa dizer que a ocorrência do fenômeno negociação

contratual seja dependente única e exclusivamente da preexistência desse marco regulatório geral.

O que se depreende como razão desse questionamento é a ideia difundida por intérpretes do princípio da legalidade numa acepção mais restrita, de que a negociação somente seria válida e eficaz caso o seu conteúdo material e procedimentos estivessem preordenados numa lei formal.

A transformação do princípio da legalidade é um fenômeno que vem sendo testemunhado e denunciado por uma série de autores administrativistas¹³.

A legalidade evoluiu de sentido oitocentista de contenção dos poderes estatais para resguardar direitos individuais e a liberdade dos cidadãos, de reserva da lei para autorizar a ação da administração pública (*vinculação negativa do Estado à lei*), para sentidos contemporâneos, afetos ao Estado Democrático de Direito, em que a legalidade passa a ser integrada por atos normativos de diversas fontes, não exclusivamente decorrentes do Parlamento ou da Chefia do Poder Executivo (pluralidade de órgãos dotados de função normativa, como as agências reguladoras), mas também princípios e valores previstos na Constituição Federal (*vinculação positiva da administração ao ordenamento e à lei*, ou ao *bloco de legalidade*)¹⁴.

Em paralelo a elemento evolutivo, há uma restrição imanente à lei formal, qual seja, a de não servir de lócus adequado para a antecipação e predeterminação de todas as condutas possíveis e relevantes a serem imaginadas de ocorrer e que necessitariam de alguma regulação. O processo legislativo é complexo, exige a observância de ritos procedimentais, na maioria das vezes não está vinculado a prazos máximos de apreciação e deliberação pelas

¹³ Confiram-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”. Em: *Debates em Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 13, out. 2014; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*”. Em: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, jan./mar/2007; MONTEIRO, Vera. “Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007; MOREIRA, Egon Bockmann, CAGGIANO, Heloisa Conrado, “O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 35-57, jul./set.2013.

¹⁴ Confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Princípio da legalidade”. Em: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

casas legislativas e, principalmente, depende de iniciativa parlamentar ou da Chefia do Poder correspondente para que seja realizada a proposição legislativa.

A lei formal, ainda não descartada, passa a ter refundada a sua operacionalidade à definição de padrões ou políticas públicas gerais e valores que devem ser observados pelos agentes e gestores públicos na aplicação do direito ou na expedição de normas específicas destinadas a regular situações concretas. Expande-se o sistema jurídico, para conferir a outros entes a capacidade de editar atos normativos de natureza infralegal, que, com força equivalente à da lei formal, também obrigam os seus destinatários.

Feitos esses registros, o que se procurará demonstrar ao longo do desenvolvimento da tese é a existência de efetivos padrões e valores subsistentes de leis formais que dão suporte à competência discricionária de a administração pública contratar a iniciativa privada para prover os objetos de uma concessão de infraestrutura e, principalmente, desenvolver, no bojo da execução dos contratos, processos negociais autônomos entre as partes contratantes. Há uma hipótese de resposta provisória, no sentido de que o mecanismo negocial assume o papel de ferramenta *conveniente e indispensável* para a estruturação e a dinâmica dos contratos concessórios.

Como uma *terceira questão*, põe-se a distinção entre a negociação e a renegociação de um contrato de concessão de infraestrutura. Debate-se se a atividade de negociar abrange ou não a de renegociar em virtude de circunstâncias supervenientes e, principalmente, se devem ser equivalentes os princípios e regras regentes em cada um dos processos, negocial ou renegocial.

Em sequência, como *quarta questão* de relevo a ser desenvolvida na tese, põe-se a questão de isonomia das partes contratantes num processo negocial ou renegocial. É de se indagar se as partes contratantes, entre si, estão em posição de igualdade numa negociação público-privada e, principalmente, se outros parceiros privados, contratantes de projetos semelhantes, merecem ser tratados de maneira equivalente ou vinculados à casuística de cada contrato celebrado.

Extrai-se a relevância do debate do tratamento igualitário das partes tendo em vista que, predominando o ponto de vista da paridade de um processo consensual de negociação, ambos os contratantes deveriam ter à disposição o acesso às mesmas informações fundamentais à tomada da decisão e os mesmos poderes de ação no curso do processo negocial/renegocial, numa perspectiva bifronte do devido processo administrativo.

Por obrigação determinada pela lei e pelo contrato, o concessionário deverá abrir a conhecimento, constante, informações e dados atinentes a aspectos técnicos e econômico-financeiros, mediante prestação de contas e permissão de livre acesso a seus registros administrativos aos encarregados de fiscalização (artigos 30 e 31, incisos III e V, da Lei Federal 8.987/1995).

Por outro lado, caso iniciado o processo negocial/renegocial pelo contratante público, é igualmente relevante que sejam estabelecidas as premissas fáticas, técnicas, econômicas e jurídicas que tenham justificado o pleito do parceiro público, especialmente se as informações que embasaram sua proposta têm ou não ligação com aquelas informações prestadas pelo concessionário.

Enfrentar a questão da existência de um fluxo comunicacional e informacional contínuo a ser estabelecido entre as partes, minimizando-se os efeitos da assimetria informacional, pode tornar um processo negocial/renegocial menos traumático ou sujeito a impugnações e questionamentos futuros.

Paralelamente, a questão do tratamento igualitário de concessionários em mesma situação jurídica perante as entidades reguladoras se mostra importante à luz de o processo negocial/renegocial poder ser implementado, quanto a questões análogas, de modo simultâneo com todos os delegatários.

1.4. METODOLOGIA DE PESQUISA.

Como metodologia de pesquisa, o trabalho adotará três frentes que se interpenetram.

O primeiro flanco será destinado à investigação da doutrina, legislação e jurisprudência de tribunais judiciais e de contas, nas apreciações específicas sobre os temas de negociações público-privadas e acordos administrativos sobre concessões de infraestrutura. Prestigia-se aqui o mapeamento do estado da arte da matéria e as possibilidades de evolução do tema das negociações público-privadas nas concessões de infraestrutura.

É sabido que o enfrentamento da ação da administração pública com os particulares não se limita aos instrumentos negociais firmados entre eles, mas também às interpretações que se agregam das disposições contratuais – conduzidas pelos partícipes e por outras instâncias chamadas a atuar na conformação do conteúdo contratual – e às impugnações e declarações

de legalidade/constitucionalidade feitas sobre os processos negociais/renegociais ou dos produtos-acordos que deles resultem.

Nesse ponto, cabe ressaltar o detalhe de que a pesquisa se restringirá à averiguação dos acordos presentes de termos aditivos efetivamente celebrados entre as partes contratantes público e privada, sem que isto corresponda à minimização ou esquecimento de processos negocial/renegocial que estejam públicos e em andamento ou não tenham sido objeto de decisão administrativa definitiva pela celebração de acordo¹⁵.

Há de se lembrar, igualmente, que a celebração do termo aditivo não necessariamente conduz ao entendimento de que o seu conteúdo verta a celebração de um acordo, consensualmente chegado pelas partes. Existe uma nota consensual extraída de todo e qualquer termo aditivo, significando a concordância da concessionária com a modificação ou complementação de um aspecto da execução contratual. No entanto, deve-se ressaltar que se constata da prática administrativa acordos que se configuram acordos-adesão, ou acordos de torção de braço (*arm-twist agreement*¹⁶), em que a margem de negociação é ínfima ou praticamente inexistente, cabendo à concessionária simplesmente aceitar os termos, diante de indiscutibilidade dos termos da proposta negocial ou da imposição de elevados custos para a sua confrontação objetiva.

Num segundo aspecto, as concessões de infraestrutura serão materialmente recortadas, a fim de que seja averiguada a experiência específica obtida nas concessões de rodovias, no Estado de São Paulo e no Governo Federal, da década de 1990 em diante.

A questão principal a ser enfrentada nesse tópico está em saber se os acordos estimulam, ou não, a eficiência nos contratos de concessão de rodovias e da ação administrativa e se eles garantem a segurança jurídica contratual, com a definição de núcleo-duro de matérias necessariamente negociáveis, ou daquelas que episodicamente sejam aptas a serem objeto de negociação.

¹⁵ Confira-se, a esse respeito, reportagem na imprensa que revela que a concessionária CCR Ponte, antiga prestadora da concessão da Ponte Rio-Niterói, desistiu de celebrar acordo com a ANTT para a inclusão de novos investimentos na ponte, devido às dificuldades para a conclusão de entendimentos sobre o valor das obras e do tempo remanescente exíguo até o final do contrato de concessão, combinado à nova licitação impulsionada pelo governo federal. Em: VALOR ECONÔMICO. “CCR negocia R\$ 414 milhões em aditivos em São Paulo”. Publicada em: 11/11/2014. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2014/11/11/ccr-negocia-r-414-milhoes-em-aditivos-em-sao-paulo.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

¹⁶ Expressão esta extraída de ensinamentos de Juliana Bonacorsi de PALMA.

O parâmetro de análise da eficiência desses acordos celebrados no âmbito de concessões rodoviárias é extraído do artigo 26 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Tal dispositivo legal, de forma inédita no ordenamento, fixa balizas gerais para a celebração de compromisso e acordo pela administração pública e particulares, a partir de definição operacional mínimo do compromisso.

Num terceiro plano, busca-se aprofundar o estudo das concessões de infraestrutura em momentos de crise e os parâmetros de negociação e renegociação que sejam aplicáveis a situações de excepcionalidade, à luz da experiência estrangeira, argentina. Compreendo ser relevante estender a análise à Argentina uma vez que lá existiu a experiência de se promover uma renegociação geral, por ordem de lei, sobre os contratos qualificados como de obras e serviços públicos, depois de instaurado regime de emergência.

Tentar-se-á, na sequência, estabelecer-se um paralelo à experiência brasileira, que, recentemente, deu contornos ao instituto da relicitação de contratos de parceria em crise de adimplemento.

No encerramento, expor as conclusões e direcionamentos possíveis da análise realizada.

1.5. CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL DA TESE.

A temática da negociação nos contratos públicos em geral vem sendo analisada sob o enfoque das possibilidades de alteração dos contratos administrativos, não se apurando, no estado atual da bibliografia nacional, algum estudo ou trabalho acadêmico que tenha se proposto a analisar a temática da negociação, com o enfoque desejado nesta tese, aplicada internamente aos contratos de concessão de infraestrutura.

Cabe esclarecer que, ao longo do desenvolvimento da tese, foram apresentados trabalhos científicos que tangenciam a proposta dessa pesquisa. Exemplificativamente, a dissertação de mestrado de Ronaldo José de ANDRADE, que abordou o tema de “Incorporação de novas tecnologias em contratos de concessão¹⁷”, à luz do estudo de caso do setor rodoviário paulista, a dissertação de mestrado de Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal RIBEIRO, denominada “Novos Investimentos em Contratos de Parceria”¹⁸, a dissertação de mestrado

¹⁷ ANDRADE, Ronaldo José de. *Incorporação de novas tecnologias em contratos de concessão: estudo de caso do setor rodoviário paulista*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

¹⁸ RIBEIRO, Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal. *Novos Investimentos em contratos de parceria*. São Paulo: Almedina, 2021.

de Antonio Henrique Medeiros COUTINHO, com título de “Reprogramação de investimentos em contratos de parceria: solução para as concessionárias de rodovia da 3ª etapa do PROCROFE?¹⁹”, e a tese de doutorado de Flávio Amaral GARCIA, intitulada “A mutabilidade nos contratos de concessão²⁰”.

A presente tese distingue-se do primeiro e segundo trabalhos mencionados pelas diferenças de escopo e pelo alcance restrito aos processos consensuais que, por exemplo, podem ser adotados para a inclusão de novas tecnologias ao longo da execução do contrato de concessão de infraestrutura rodoviária. Quanto ao terceiro exemplo, existe a diferenciação no que diz respeito ao escopo da pesquisa, mais restrito no trabalho referenciado. Do quarto exemplo, muito embora haja similaridade quanto a algumas das premissas enfrentadas, o objeto da presente tese é dirigido, especialmente, ao estudo pragmático dos acordos celebrados e as repercussões da prática da gestão administrativa dos contratos de concessão no aprimoramento do sistema jurídico aplicável.

No geral, a doutrina administrativista vem trabalhando, com larga produção, sobre os eventos que podem ensejar na repactuação ou revisão dos contratos administrativos, especialmente naqueles contratos sujeitos ao regime geral de licitação e contratação pública e em virtude de comportamentos unilaterais praticados pela administração pública²¹.

No que diz respeito especialmente às concessões, são igualmente numerosas as produções que abordam os temas de alteração dos contratos de concessão²². Vale destacar que nem

¹⁹ COUTINHO, Antonio Henrique Medeiros. *Reprogramação de investimentos em contratos de parceria: solução para as concessionárias de rodovia da 3ª etapa do PROCROFE?*. Dissertação (mestrado), Escola de Direito de São Paulo da FGV Direito SP. Data de publicação: 17/08/2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29676>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

²⁰ GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. Editora Juspodivm: Salvador, 2021.

²¹ Em rastreamento, resultaram os seguintes achados, aqui expostos de forma exemplificativa: BARROSO, Luís Roberto. “Contratos administrativos – limites e possibilidades de alteração”. Em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 421-434; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003; JUSTEN FILHO, Marçal. “Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos”. Em: *Revista do advogado - AASP*, v. 29, n. 107, p. 122-131, dez. 2009; PORTO NETO, Benedicto. “Contrato administrativo e a alteração unilateral em razão de sujeições técnicas imprevisíveis: o dever de concomitante recomposição de preços.” Em: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51-58.

²² A título de exemplo: BARROSO, Luís Roberto. “Alteração dos contratos de concessão de rodovias”. Em: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, p. 99-129, 2006; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. “Concessão de serviço público. Limite para as alterações contratuais”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella et al. (coord.) *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 353-357.

todas as negociações público-privadas em contratos de concessão têm como resultado alguma alteração contratual, nem toda alteração contratual deriva necessariamente de negociações.

Cabe frisar que a tese é apresentada na perspectiva de estudo e pesquisa da negociação dos termos e das condições dos instrumentos contratuais nas concessões de infraestrutura.

Não é ignorada a existência de produção acadêmica a propósito de temas que margeiam ou se relacionam diretamente à temática da negociação e dos acordos administrativos.

Constituem bons exemplos o trabalho de Juliana Bonacorsi de PALMA, “Sanção e acordo na administração pública” (São Paulo: Malheiros, 2015), fruto de sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e focado na análise dos acordos administrativos substitutivos de aplicação de sanções, não sem antes de dedicar um roteiro geral da internalização da consensualidade na prática da administração pública brasileira, em convivência e/ou prevalência em comparação à atuação imperativa da administração pública. Vale destaque também o esforço metodológico da autora em apartar as categorias de acordos administrativos, entre acordos de integração (com o objetivo de a administração pública modelar processos administrativos em conjunto com o destinatário, reservando, ainda, para si a competência do ato final, decisão) e acordos substitutivos (voltados à finalizar um processo e, especialmente no objeto versado no trabalho de PALMA, substituir uma sanção aplicável em procedimento administrativo de responsabilização)²³.

Mencione-se igualmente a tese de doutorado defendida por Rodrigo Bracet MIRAGAYA, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada “Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo: entre atos unilaterais e contratos”. Na sua produção, o autor fez um estudo comparativo entre as figuras de atos unilaterais e contratos, concluindo, a final, que as fronteiras entre esses institutos vêm se diluindo, de modo a se aferir relevância no estudo de processos de constituição, reconstituição ou extinção de relações jurídicas. Permeia todo o trabalho a discussão a respeito de processos de negociação e a emissão de decisões negociadas materializadas por meio de acordos, com o detalhe de que o autor faz uma aproximação teórica e abstrata sobre o tema, sem aprofundamento transversal da negociação aplicada a concessões de infraestrutura.

²³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 247 e ss.

Também de relevo o trabalho de Gustavo Justino de OLIVEIRA, “Contrato de Gestão” (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008), com investigação da emergência de uma administração pública consensual e retrato dos acordos administrativos no sistema italiano, como fundamentos à formulação do contrato de gestão na realidade constitucional brasileira.

No âmbito internacional, pode-se mencionar a existência de um trabalho de fôlego do assunto, de autoria de J. Luis GUASCH, professor de economia na Universidade de California, em San Diego, Estados Unidos, num trabalho divulgado pelo Banco Mundial, intitulado “Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right”²⁴. Nesse escrito, a partir de uma análise empírica dos fatores determinantes da renegociação em contratos de concessão, apresenta *guidelines* para um desenho ótimo da concessão.

Ainda que nesta tese se possa debater uma ideia semelhante à definida por GUASCH e o método de pesquisa empírica também seja pertinente para o objetivo dessa tese, a originalidade se preserva por conta da temporalidade desse estudo projetado, que investigará concessões celebradas mais recentemente (o estudo de GUASCH coletou dados de concessões celebradas na América Latina de meados de 1980 aos anos 2000), e também se focará na estática e na dinâmica dos contratos restritamente celebrados no Brasil.

Por último, menciono artigo científico de autoria de Aline Lícia KLEIN, com o nome “Consensualidade na execução dos contratos de concessões rodoviárias”, publicado na obra coletiva “Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes”, em meados do ano de 2019²⁵. Referido artigo traz subsídio doutrinário que reforça a operacionalidade do presente Projeto de Pesquisa, ao identificar um campo de aplicação da consensualidade e renegociação das condições contratuais nas concessões de rodovias para fins de assegurar a continuidade do serviço. A articulista, todavia, não realiza estudo empírico com a extensão aqui sugerida, a realçar a nota de originalidade.

Assim se pretende demonstrar o cumprimento do requisito da originalidade da tese, com contribuição à comunidade científica e acadêmica nacional.

²⁴ GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right?*. Washington D.C.: The World Bank, 2004.

²⁵ KLEIN, Aline Lícia. “Consensualidade na execução dos contratos de concessões rodoviárias”. Em: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio Barcelos (coords.), *Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes: arbitragem, concessões, contratos, desinvestimento estatal, mobilidade urbana, obras públicas, PMI, regulação e transformação digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17-32.

CAPÍTULO 2 – OS DESAFIOS E IMPASSES DA NEGOCIAÇÃO INSERIDA NA PRÁTICA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TEMOS UM MODELO PRONTO E COMPLETO DE CONCESSÃO E NEGOCIAÇÃO A ELA APLICÁVEL?

Afirmar a existência de um modelo pronto e completo de concessão e da prática administrativa de negociação endógena ao contrato concessório é uma assertiva arriscada. Para ser verdadeira, contrariaria a própria essência do ordenamento jurídico. Colhe-se da experiência o dado da realidade de que os fatos sociais são mutáveis e, em resposta, as ferramentas jurídicas vão se moldando a fim de conferir um tratamento regulatório adequado para organizar e ordenar a vida em sociedade e solucionar os problemas e conflitos que decorrem da interação social. Em segundo lugar, dita afirmação seria contraditória com a noção de prática administrativa, que significa absorver, continuamente, as ações da administração pública, aprendidas com as idas e vindas decorrentes de alterações de projetos de governo, gestão pública e planejamento estatal.

O instrumento da concessão, assim como outros ferramentais disponíveis à ação da administração pública, evolui em conformidade com as demandas sociais e os contornos e limitações que vão se apresentando como freio ou exigência da ação estatal. A concessão, como demonstrado pela doutrina especializada²⁶, pode ser compreendida como um instrumento em “permanente reconfiguração”²⁷, serviente ao cumprimento de inúmeras e diferentes finalidades públicas e influenciada por marcos regulatórios gerais e setoriais relacionados com a utilidade ou cometimento público delegado à iniciativa privada, que evoluíram ao longo do tempo.

A par de alguns elementos essenciais comuns (como a temporalidade, com detalhamento de início e fim de sua vigência temporal), a concessão é adaptável, nos seus elementos orgânicos, conforme a variabilidade e a complexidade de objetos que lhe são apresentados, até em vista das diferenças de densidade e abertura para conformação de suas regras existentes em cada espécie de concessão prevista na lei.

²⁶ Confira-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. Em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 565-588.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 369.

Há um núcleo-duro ditado à concessão, extraído da lógica constitucional que reconhece a sua existência (artigo 175 da Constituição Federal), qual seja, a de que a delegação por meio de concessão se aperfeiçoa por meio da celebração de um contrato. A marca da contratualidade, inerente à concessão, rompe com o histórico de outorgas de delegação expedidas exclusivamente com fundamento legal ou por decisão unilateral de administradores públicos, adotando-se um fundamento primordial, o de que o contratante delegatário passa a manifestar, dentro de sua liberdade, a vontade de contratar com o poder público a fim de desempenhar a função relevante prestacional e de investimentos associada a um empreendimento concessório.

A premissa, jurídica, de que a concessão se exterioriza por meio de um contrato carrega em si uma série de questionamentos sobre quais os poderes da administração pública ela pode exercitar na posição de contratante, assim como quais seriam os poderes resguardados à ação do outro contratante, seja ele de origem pública ou privada.

A resposta intuitiva para essa indagação, à luz do desenvolvimento histórico fincado na atuação da administração pública conformada pelas regras e princípios legais, abarcaria a conclusão de que a administração pública poderia agir dentro dos limites especificados pela lei formal de regência e, quando muito, delimitados pelo instrumento do contrato.

Todavia, essa percepção, restrita do fenômeno, não concorre com a ampliação das funções da administração pública verificadas na contemporaneidade. Não basta à administração pública contratante, no exercício de prerrogativa frequentemente a si atribuída, fiscalizar a execução de um contrato público, punir o cocontratante em caso de irregularidades ou inexecuções ou assumir a prestação de um serviço ou o oferecimento de uma utilidade pública no caso de incapacidade ou insuficiência financeira do prestador.

Exige-se mais, demanda-se uma postura colaborativa da administração pública, no sentido de que a sua ação, enquanto contratante público, seja *dirigida* pelos valores caros e importantes à sociedade (como uma entidade permeável que converge e declara os interesses relevantes buscados numa dada contratação), seja *tempestiva* quanto ao exercício dos poderes e prerrogativas que lhe sejam atribuídas (no sentido de que a ação sua deve ser contemporânea e reativa aos acontecimentos relevantes na vida do contrato) e, especialmente, seja *processualizada* e *integrativa*, de modo a solucionar crises da execução dos contratos por meio dos instrumentos que sejam previstos tanto na lei, quanto na regulação administrativa infralegal, quanto no próprio instrumento convencional celebrado.

Na esteira de se indagar a amplitude desses comportamentos da administração pública, enquanto detentora da autoridade pública de celebrar esses contratos, deve-se refletir, nesta pesquisa, como as ações negociais da administração pública se conectam com o seu papel enquanto contratante. E, principalmente, aferir, a partir do quadro normativo construído para orientar e justificar a ação da administração pública, como um todo, se houve ou não preocupação com o reconhecimento da existência de um poder autônomo de negociação público-privada extensível a toda e qualquer emanção da atividade pública ou se ele seria dotado de especificidade e pertencimento a determinados campos de atuação, como a contratação pública.

2.1. HÁ NECESSIDADE DE FUNDAMENTO NORMATIVO ESPECÍFICO PARA A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NEGOCIAR COM O PARCEIRO PRIVADO?

2.1.1. RECONHECIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ENTE DOTADO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E CAPAZ DE CONTRATAR.

Basta recorrer às notícias da imprensa para identificar que a administração pública, enquanto contratante, realiza procedimentos competitivos para seleção de parceiros habilitados e qualificados para a prestação de cometimentos públicos e, durante a extensão desse vínculo, mantém uma relação de sintonia, organizando os seus comportamentos e cumprimento de obrigações a reflexo das posturas do parceiro contratado, igualmente vinculado ao cumprimento de prestações.

Apenas no campo da infraestrutura de rodovias, em tempo recente, já se divulgaram iniciativas de governo para (i) intervir na administração de concessionárias de rodovias no Estado do Paraná, investigadas na Operação Lava-Jato (em outubro de 2018)²⁸, (ii) declarar a caducidade de concessão de rodovia federal por inexecução reiterada de obrigações contratuais (em agosto de 2017)²⁹, (iii) a ANTT, entidade reguladora do setor rodoviário federal sugerir o impulso de processo administrativo de revisão extraordinária das tarifas para a finalidade de recomposição do desbalanceamento de equilíbrio econômico-financeiro

²⁸ G1. “Governo do Paraná decreta intervenção administrativa feita por militares nos pedágios investigados pela Lava Jato”. Publicado em: 04/10/2008. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/10/04/governo-do-parana-decreta-intervencao-dos-pedagios-investigados-pela-lava-jato.ghtml>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

²⁹ VALOR ECONÔMICO. “Governo declara caducidade de rodovia concedida ao grupo Galvão”. Publicado em: 16/08/2017. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2017/08/16/governo-declara-caducidade-de-rodovia-concedida-ao-grupo-galvao.ghtml>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

pelas perdas de demanda havidas durante a pandemia de covid-19 (em abril de 2021)³⁰; (iv) encerrar divergências havidas ao longo da execução dos contratos de concessão de rodovias paulistas administradas, em comum, por um grupo econômico (em junho de 2021)³¹.

É amplo, portanto, o leque de comportamentos atribuídos à administração pública contratante no curso de um contrato de concessão de infraestrutura.

Há uma justificativa acoplada nessa constatação, derivada da forma de organização administrativa: as administrações públicas têm incumbências a si conferidas enquanto *peças jurídicas de direito público interno* (artigos 40 e 41 do Código Civil de 2002). A personalidade jurídica assegura o exercício de direitos e deveres a quem a porte (artigo 1º do Código Civil de 2002). Declarada a existência de uma pessoa jurídica de direito público interno, ela pode agir para cumprir a sua missão institucional, são a si atribuídas competências e poderes. No rol destes, há uma competência pertinente ao debate da negociação, qual seja, o de que a administração pública é um ente *capaz de contratar e, como uma de suas derivações, de negociar*.

A capacidade de contratar pela administração pública não se limita à etapa da celebração de um contrato público. Ela se projeta desde antes de tal momento da celebração do contrato, quando das etapas preparatórias e projetos da contratação pública, até confluir à conformação do conteúdo das cláusulas contratuais e ao desempenho de todas as condutas apropriadas à execução do contrato e das responsabilidades assumidas pós-encerramento do prazo de vigência. Admitido como concluído o contrato público após a divulgação do interesse em contratar pela administração pública, sucedido pela apresentação da proposta pelo proponente (no mais das vezes, privado) e a sua aceitação pela contraparte pública, as partes se conectam, de maneira obrigatória, porém dissociável (rescindível), vinculando-se ao cumprimento das obrigações convencionadas. Trata-se de aplicação da máxima *pacta sunt servanda*.

Reconhecer a administração pública como ente capaz de contratar carrega, no seu íntimo, a discricionariedade de a administração pública ajustar o teor do negócio jurídico³², detalhar a

³⁰ VALOR ECONÔMICO. “ANTT propõe alta de pedágio para repor perdas da pandemia”. Publicado em: 13/04/2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/04/13/antt-propoe-alta-de-pedagio-para-repor-perdas-da-pandemia.ghtml>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

³¹ VALOR ECONÔMICO. “CCR encerra longa disputa com governo de SP”. Publicado em: 30/06/2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/06/30/ccr-encerra-longa-disputa-com-governo-de-sp.ghtml>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

³² Como enunciam Egon Bockmann MOREIRA e Célio Lucas MILANO, “a competência discricionária da autoridade responsável pela elaboração do contrato resultará na aplicação dos deveres estatutários (leis e

substância das cláusulas contratuais ou complementar o seu sentido ou os métodos aplicáveis de interpretação e integração, direcionar e se comunicar com a contraparte com a finalidade de extrair consensos sobre a forma adequada de se entregar ou exigir a execução de uma determinada prestação fixada.

Negociar, em essência, significa exteriorizar todos esses comportamentos mencionados, derivados da contratação originária, promotores da interação entre os contratantes e necessários em prol da adequada execução do ajuste, obedecendo à consecução dos interesses recíprocos das partes.

Como defende Egon Bockmann Moreira,

*“[A] administração pública não negocia direitos e interesses de titularidade das respectivas autoridades. Ela não pode abdicar do interesse público, mas precisa se esforçar em descobrir os meios mais eficazes de o atender. No exercício da função administrativa, são manejadas técnicas de concretização do interesse público positivado em lei e tornado mais denso, muitas vezes até específico e minucioso, por meio de regulamentos e contratos. Por isso, as autoridades públicas são **titulares de competência discricionária privativa em determinados assuntos – dentre os quais, a possibilidade de celebrar acordos que prestigiem a lei e o direito** (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso I, c/c LINDB, art. 26)”* (grifo nosso)³³

Quer-se dizer que a negociação endógena ao contrato público tem por pressuposto imediato a capacidade de contratar e, especialmente, a formalização desse contrato-base entre as pessoas capazes para a celebração, para autorizá-las ao atingimento de finalidades destacadas de interesse coletivo previstas naquele instrumento contratual. Uma pessoa que não seja contratante não terá, em regra, poderes de influenciar ou adjudicar soluções relacionadas a tal contrato público, enquanto terceira e não destinatária de seus efeitos, a não ser que os contratantes disponham e confirmem poderes de ação para esse terceiro.

Delimitada essa premissa, de que a negociação interna a um contrato público é um poder conferido a ambos os partícipes e derivado da sua capacidade de contratar enquanto entes

regulamentos) e na criação de obrigações prestacionais específicas, somente aplicáveis àquele contrato. Serão as suas cláusulas que conferirão personalidade àquela concessão – que pode ser parecida, mas é diferente de todas as outras”. Em: “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.

³³ MOREIRA, Egon Bockmann. “Sentando-se à mesa de negociação com autoridades públicas”. Em: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 23-27, especificamente p. 23.

dotados de personalidade jurídica, avança-se por se identificar quais seriam as diretrizes legais e infralegais aplicáveis a uma negociação contratual público-privada.

2.1.2. OS COMANDOS CONSTITUCIONAIS GERAIS APLICÁVEIS A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONTRATAÇÃO PÚBLICA, PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E CONCESSÕES.

A pressuposição da existência da negociação público-privada interna a um contrato de concessão perpassa inicialmente por reconhecer a incidência, no mínimo, de três blocos de comandos constitucionais e as suas complementações normativas realizadas no nível infraconstitucional.

O primeiro bloco é relativo à *estruturação da contratação pública* (artigo 22, inciso XXVII, artigo 37, inciso XXI) e à sua categorização como *processo administrativo* (artigo 5º, inciso LV).

O segundo conjunto decorre das regras e princípios genericamente aplicáveis à *administração pública* (artigo 37, *caput*, e demais princípios esparsos).

Como terceira fonte normativa constitucional, surgem as disposições específicas sobre a *concessão*.

De partida, a contratação pública é uma espécie de processo administrativo. A administração pública insere-se numa cadeia produtiva, num mercado, em que ela enuncia as suas necessidades e os interessados em as prover se apresentam, dada a segurança extraída da qualidade da administração pública enquanto credora e portadora de recursos financeiros orçamentários. A escolha do contratante privado, no entanto, não é livre. A Constituição Federal descreve a necessidade da passagem, como etapa necessária, de uma seleção pública, transparente, determinada por critérios republicanos, especialmente respeitada a isonomia entre os competidores.

Atribuir a qualidade de processo administrativo à contratação pública revela outra face importante, a de que os interessados em contratar com a administração pública terão as suas propostas ponderadas e consideradas pelo licitador público e receberão respostas fundamentadas, seja pelo aceite formal da proposta, seja pela sua recusa, assegurado, em ambos os casos, o acesso pleno às informações disponibilizadas no processo de contratação e a possibilidade de emissão de manifestação, inerentes às garantias de contraditório e ampla defesa. Os processos de contratação são públicos (artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal).

A processualização da decisão administrativa na contratação pública reforça a profissionalização da gestão pública em prol dos interesses da coletividade, afastando, porque antijurídicas, as decisões pouco ou deficientemente motivadas pela contratação, ou aquelas que sirvam ao desiderato de arbitrariedades ou ao atingimento de objetivos particulares dos governantes³⁴. O processo de contratação permite, ao mesmo tempo, o escrutínio qualificado pela sociedade civil e pelas entidades controladoras.

Efetivada a contratação, o seguimento do curso do contrato igualmente é monitorado e acompanhado por meio de processos administrativos. Ao longo da execução, fiscalizações são feitas pelo contratante público, com a finalidade de averiguar se o nível de desempenho e execução do contratante particular está satisfatório e se serão necessárias tomadas de medidas corretivas ou de adaptação no curso da tramitação de tal processo.

Como decorrência de a contratação pública ter, na composição orgânica, a natureza de um processo administrativo e ser relevante subsistirem diretrizes nacionais sobre o assunto, normas de organização desse processo são necessárias de serem editadas, privativa a competência de edição de normas gerais, reservada à União (artigo 22, inciso XXVII, Constituição Federal), e subsidiária a competência de normas suplementares pelos demais entes federados, compatíveis ao âmbito de suas peculiaridades (artigo 24, parágrafo 2º, Constituição Federal) e possuidoras do dever de conformação à disciplina das normas gerais em lei federal (artigo 24, parágrafo 4º, Constituição Federal).

Ao definir que a contratação pública é matéria relevante e deve merecer um tratamento nacional, diretivo e orientativo às demais esferas de governo distintas da União, a Constituição tenta conferir racionalidade e coordenação ao sistema de contratação pública, observando as externalidades negativas da falta de harmonia ou ausência de regras sobre esse assunto e visualizando o papel estratégico, na ordenação da economia pública, de se terem definidas regras estáveis de contratação administrativa.

As regras e princípios enunciados como valores de ação da administração pública, descritos, mas não restritos, ao arrolamento previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, igualmente se mostram importantes para direcionar a negociação público-privada nos contratos de concessão. Tais valores não devem ser respeitados exclusivamente pela administração pública, o dever de obediência é bifronte, exigido de todos os contratantes,

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. “Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão”. Em: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006, p. 41.

sejam eles públicos ou privados. A negociação contratual deve obediência aos princípios da administração pública, a exemplo dos princípios explícitos da legalidade, eficiência, moralidade, publicidade e impessoalidade, restringindo, conformando e provendo de significados o espaço da liberdade contratual. Não se admite, por exemplo, sejam os atos negociais realizados à obscuridade, nos porões das sedes administrativas, devendo as ocorrências de reuniões e conversas entre os contratantes, no mínimo, terem a sua existência identificada. O que não significa dizer que a publicidade, adotados certos parâmetros, não possa ser relativizada. Certo grau de sigilo de informações e temáticas de reuniões pode ser interessante de ser resguardado, por certo período, evitando-se tornar públicas informações confidenciais e estratégicas relacionadas ao contrato público.

No lado remanescente, a Constituição Federal vigente traz uma redação ostensiva a respeito do contrato de concessão (artigo 175, CRFB), apontando a incumbência do poder público prestar serviços públicos de forma direta ou indireta, via concessão ou permissão. O mesmo dispositivo constitucional fixa que a complementação do sentido do caráter concessório na prestação de serviços ou exploração de infraestrutura pública deve ser realizado por meio de leis, que devem verter conteúdo mínimo destacado do próprio texto constitucional, a exemplo da amplitude de matérias que devem constar do referido contrato de concessão.

Ademais, há de se notar que a Constituição Federal atribui “especialidade” ao caráter de concessão, distinguindo-o, pois, de outras figuras contratuais que ligam a administração pública e particulares, como locações de bens imóveis ou compra de insumos ao funcionamento ordinário de repartições públicas. Ao trazer a nota de “especialidade”, constata-se a valorização conferida a esse instrumento, que, além de prover à população serviços e obras que impactam na vida em sociedade, agregam ao planejamento estatal, tomados os investimentos nela previstos como molas propulsoras ao desenvolvimento nacional.

Em complemento à Constituição Federal, as normas legais e infralegais conferem contornos de orientação e direção aos entes públicos e privados, quanto aos contratos de concessão celebrados. Sua análise vem a seguir.

2.1.3. AS DIREÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS À NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA.

Podemos divisar, no campo da análise das normas legais e regulamentares expedidas por órgãos reguladores, *quatro fases*, relacionadas à ordem de cronologia dos eventos em que aconteceram e à identificação de padrões, dos órgãos que produzem as leis, de preocupação com o detalhamento dos regramentos influentes do processo administrativo negocial em contratos de concessão de infraestrutura.

Podemos enunciá-las como: (i) *fase de experimentação e relativa liberdade de atuação*; (ii) *fase de edição de normas gerais de processualização de contratos de concessão*; (iii) *fase de incentivos normativos à negociação público-privada*; e, como etapa mais recente, uma (iv) *fase de consolidação do mecanismo negocial como ferramenta à disposição das partes em contratos públicos*.

2.1.3.1. A FASE DA EXPERIMENTAÇÃO E RELATIVA LIBERDADE DE ATUAÇÃO: ENTRE A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A APROVAÇÃO DA LEI GERAL DE CONCESSÕES.

Quando se está a afirmar que a administração pública desfruta de *relativa liberdade de atuação*, aponta-se ali um sentido de que existe um campo de amplitude da discricionariedade administrativa, na decisão de contratar e de negociar, desamarrado de influências de regras mandamentais especiais e que sejam de aplicação compulsória.

A administração pública, num momento do florescer da ordem constitucional pós-1988, conta com *standards* de direcionamento às políticas públicas que desenvolve. O ordenamento constitucional de 1988, de ruptura do regime anterior, consagra a ideia de uma administração pública profissional, que deve estar paramentada de pessoal capacitado para produzir os atos necessários ao cumprimento de suas competências arroladas constitucionalmente e preparada para a interação com os particulares, no que diz respeito a preservar a esfera de direitos fundamentais, numa tutela ampliada em relação ao regime pretérito.

Paralelamente, embora não inédito o relacionamento contratual entre público e privado para o cumprimento de atividades de utilidade pública, havia, na década inaugural da Constituição de 1988, experiências práticas no ramo das concessões que ou se mostravam isoladas a determinada época histórica, ou restritas a certos setores da economia. Àquela altura, no início e meados dos anos 1990, toda a produção contratual pública relacionada às concessões de infraestrutura vinha moldada as ideias de um regime legal de estímulo à descentralização pensado no momento anterior à Constituição de 1988 (Decreto-lei

200/1967, especialmente o artigo 10, parágrafo 1º, alínea “c”, e Decreto-lei 2.300/1986), sem que houvesse, em si, uma preocupação com o próprio contrato ou valorização dos interesses de titularidade do contratante privado, mas principalmente com os resultados objetivados em favor da administração pública contratante, para aprimorar a sua eficiência e redirecionar os seus esforços a outros interesses e atividades ditas prioritárias.

Veja-se, nesse sentido, o que descrevia o artigo 10, parágrafo 7º, do Decreto-lei 200/1967, ao referir que incumbia à administração pública “desobrigar-se da realização material de tarefas executivas” e, para cumprir tal finalidade, deveria recorrer, “sempre que possível” e mediante contrato, à prestação de tais atividades materiais pela iniciativa privada, “suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

O Decreto-lei 2.300/1986, apontado como lei geral de licitações e contratos administrativos da época, fazia em seu artigo 82 uma referência generalista da aplicabilidade de suas disposições aos instrumentos de concessão, sem dedicar detalhamentos de regras específicas às concessões, à exceção de obrigatoriedade do procedimento licitatório pela modalidade de concorrência.

No campo das concessões de infraestrutura de rodovias, nesse intervalo, havia igualmente a incidência do Decreto-lei 791/1969, que autorizava o Governo Federal a instituir cobrança de pedágio em vias públicas integrantes do sistema rodoviário federal, inclusive, segundo disciplinava seu artigo 7º, por intermédio de concessões com particulares, seja para explorar e construir rodovias e obras rodoviárias federais novas, seja para explorar e administrar as rodovias existentes.

A Lei Federal 8.666/1993, que viria a ser editada para servir de normas gerais de licitações e contratos administrativos, dispôs, ao contrário do Decreto-lei 2.300/1986, que no seu campo de incidência não estavam automaticamente inseridos os contratos de concessões de serviços públicos (artigo 124), exigindo-se a observância de um crivo de *compatibilidade* entre o que era previsto na Lei Federal 8.666/1993 e as normas legais específicas até então editadas sobre o assunto.

Nesse particular, quanto à aplicação supletiva da lei geral de licitações e contratos administrativos às concessões, pode-se cogitar da existência de alguns permissivos genéricos que autorizam a negociabilidade sobre certos objetos.

Por um lado, a Lei Federal 8.666/1993 trouxe uma disposição geral, atributiva de sentido de complementação do regime geral de contratação proposto às regras que estejam dispostas

em um regime privado. As regras que disciplinam os contratos estão dispostas nas suas cláusulas e em regras que podem ser consideradas como pertencentes a um regime de direito público, no entanto, não existe interdição, *ex ante*, a fim de que haja uma compatibilização dessas cláusulas e regras de direito público às regras de direito privado. Ao reverso, compreende-se que essa disposição legal instituiu uma obediência legal da administração pública também aos princípios de teoria geral de contratos e as disposições de direito privado, reconhecendo-se o papel peculiar da administração pública como entidade contratante e sujeita aos deveres e ônus previstos no Código Civil e leis privadas compatíveis com o contrato público e suas estipulações.

Significa dizer que, não apenas as regras gerais sobre anulabilidade e defeitos de negócios jurídicos acabam sendo estendidas à ação administrativa contratual, mas igualmente os parâmetros gerais de validade e eficácia dos negócios jurídicos (tal qual o artigo 104 do CC/2002), as diretrizes de interpretação compatíveis (extraídas dos artigos 113 e 421 do CC/2002), disposições gerais atinentes aos contratos (artigo 421 a 480 do CC/2002), como as disciplinas principiológicas (artigos 421 a 424, CC/2002), a admissibilidade de formação de pactos atípicos (artigo 425, CC/2002), possibilidade de formação de contrato preliminar (artigo 462, CC/2002), hipótese de extinção contratual por distrato (artigos 472 e 473, CC/2002).

Além disso, a Lei Federal 8.666/1993 define a “prévia concordância do contratado” como passo obrigatório na hipótese de alteração das cláusulas econômico-financeiras do contrato, no artigo 58, § 1º, da Lei Federal 8.666/1993, a cogitar essa matéria seja dependente de celebração de acordo entre contratante público e privado, notadamente caso a alteração impulsionada seja unilateral da parte contratante pública.

Num outro campo, a Lei Federal 8.666/1993, no artigo 65, inciso II, delimitou a possibilidade de celebração de acordo entre as partes contratante e contratada para quatro finalidades, a saber, (i) substituir a garantia da execução, (ii) modificar o regime de execução de obra ou modo de fornecimento, (iii) se verificada tecnicamente a inaplicabilidade dos termos contratuais do contrato original e, por fim, (iv) restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, quando sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, ou nas hipóteses de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

Como se denota da análise dos contratos da Primeira Etapa do PROCROFE, em especial o pioneiro da Ponte Rio-Niterói (cláusula 146), consta a cláusula de permissão à alteração bilateral, por acordo entre as partes, justamente com referência a duas das hipóteses delineadas pela Lei Federal 8.666/1993, a substituição consensual de garantia que seja qualificada como uma mudança conveniente e a da celebração de ajuste recíproco para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Havia, portanto, a confluência de uma nova ordem constitucional, que vinha exigir o planejamento estatal para o disparo de processo licitatório de contratação de concessões, convivendo com marcos regulatórios sobre contratos de concessão que precediam a ela, recepcionados nos pontos que com ela não conflitavam, paralelamente à edição de uma norma geral de contratos e licitações administrativos que, a princípio, não tinham influência direta nos projetos concessórios.

Em simultâneo, a década de 1990 situou diversas leis aprovadas com incentivo às desestatizações, como as normas instituidoras do Programa Nacional de Desestatização (Lei Federal 8.031/1990, regulamento no Decreto 1.647/1995 e suas sucessivas alterações). No campo das rodovias, diferentemente de outros setores regulados (como saneamento, telecomunicações e energia elétrica), a participação estatal na prestação dos serviços operacionais, conservação e ampliação das rodovias não se aperfeiçoava por intermédio de empresas estatais, mas sim, em sua maioria, por meio de órgãos da administração direta, com recursos orçamentários, vindos de receitas tributárias, e os decorrentes da exploração de rodovias por pedágio. A privatização anunciada nesse setor, portanto, não envolvia os custos políticos da desmobilização de pessoal da administração pública.

A relativa liberdade que se impunha à administração pública concedente, nesse intervalo, se refletia na possibilidade de organização do certame licitatório e do instrumento contratual que serviria de suporte à exploração e/ou construção da infraestrutura e obra pública, sem estar balizada, como limites, a contratos de concessão anteriores (a experiência era rarefeita) ou ao marco legal (inexistia até então interpretação consolidada tanto da administração pública, quanto de entidades de controle, quanto à intensidade de influência das leis gerais de licitações e contratos de 1993 sobre os contratos de concessão).

A abertura advinda das leis, que não traziam especificidades sobre o conteúdo dos contratos de concessão ou dos processos de acompanhamento nele previstos, trazia a possibilidade da experimentação administrativa.

Especialmente, faz-se referência aos primeiros processos de licitação de concessões rodoviárias, conduzidas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) no âmbito do PROCROFE (Programa de Concessões de Rodovias Federais).

Relativamente ao primeiro contrato de concessão celebrado na Primeira Etapa do PROCROFE, de objeto da exploração da Ponte Rio-Niterói, o único desta Etapa celebrado antes da entrada em vigor da Lei Federal 8.987/1995, constata-se que houve diversos temas em que o contrato relegou à mutualidade entre as partes o crivo para a sua adoção ou decisão. Diz-se, por exemplo, do acertamento consensual das partes para eleger índice de reajuste substitutivo, para a hipótese de ter sido extinto o índice anteriormente vigente no contrato. Todavia, não se identifica, ao longo desse contrato, delineamento de justificativas plausíveis para a adoção de poderes negociais expressos em determinados temas e a ausência de tais poderes para outros assuntos.

Pode-se dizer, com base nesse exemplo da prática, que essa primeira fase de *experimentações e relativa liberdade* conferida pelos marcos regulatórios legais e infralegais à administração pública contratante tinham por decorrência o (i) reconhecimento de que as partes tinham a capacidade de negociar e (ii) limitadas aos temas explicitados ao longo do contrato, ausente (iii) cláusula geral autorizadora ou estimuladora da celebração de acordos ao longo da execução do contrato de concessão de infraestrutura, ao menos no enfoque temático rodoviário.

Em paralelo, observa-se que, mesmo que não tivesse sido feita referência a esse dispositivo legal, havia, à época, um permissivo genérico para a adoção da atividade administrativa consensual, proveniente do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei Federal 7.347/1985, a Lei de Ação Civil Pública. Referida disposição legal permitia aos órgãos públicos a celebração de compromisso de ajustamento de conduta aos interessados, com a conformação de seu comportamento aos preceitos e exigências legais.

Muito embora não tenha sido mencionado no instrumento do contrato analisado (o da Ponte Rio-Niterói celebrado em 1994), esse dispositivo legal se mostrava aplicável à realidade e poderia ser invocado como suporte legal a eventuais acordos que tivessem por objetivo a conformação do comportamento do prestador privado à legalidade.

2.1.3.2. A FASE DAS NORMAS GERAIS DE PROCESSUALIZAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO: ENTRE AS LEIS GERAIS E SETORIAIS DE CONCESSÕES, PROCESSO ADMINISTRATIVO GENÉRICO E ORGANIZAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

Passando à segunda fase dos blocos de leis e normas infralegais regulamentares que influenciam na disciplina dos poderes negociais em contratos de concessão, deve-se fazer referência às leis que inauguraram a inserção de normas gerais de processualização de contratos públicos em geral, igualmente aos de concessão.

Nesse tópico, a convergência se estabelece entre três espécies de normas: as leis de processo administrativo (aprovadas tanto em âmbito nacional, quanto estaduais e municipais), as leis de organização das agências reguladoras e as leis de concessões públicas, gerais e setoriais, especialmente nessas no que diz respeito aos processos de licitação e definição de cláusulas contratuais e obrigações e poderes dos contratantes.

A evolução legislativa não foi simultânea, uma vez que da Lei Geral de Concessões, de fevereiro de 1995, passando pela lei geral nacional de processo administrativo, até a lei instituidora da ANTT, em junho de 2001, e da ARTESP, no Estado de São Paulo, em janeiro de 2002, houve um intervalo aproximado de sete anos. O sequenciamento desses diplomas normativos mostra não apenas o incremento da complexidade de um processo de contratação de concessão (à vista da extensa regulação de pontos mínimos necessários à licitação e celebração de um contrato de concessão), mas igualmente o reforço da estruturação adequada das instituições burocráticas reguladoras para gerar a segurança jurídica necessária aos processos de contratação lançados ao mercado.

De início, foram editadas as Leis Gerais de Concessões (Lei Federal 8.987/1995 e 9.074/1995) e suas disposições.

Na redação original da Lei 8.987/1995, note-se ter sido pontual a referência explícita a processos administrativos negociais, que dispusessem da técnica de comum acordo entre as partes para a composição de alguma decisão relacionada aos aspectos contratuais. Constaram como cláusulas essenciais do contrato a definição de “condições para prorrogação do contrato” (artigo 23, inciso XII) e do “modo amigável de solução das divergências contratuais” (artigo 23, inciso XV), a redundar na viabilidade jurídica de as partes, por seus esforços próprios, acertarem-se para encerrar litígios ou disputas decorrentes da execução contratual.

Outros processos administrativos que poderiam ser impulsionados, por iniciativa da concessionária, poderiam reunir característica negocial, evidentemente, desde que a abertura conferida pela lei ao contrato no detalhamento das cláusulas essenciais realmente trouxesse indicações no sentido da adoção da consensualidade e da celebração do acordo como meios para se atingir a definição de algum tema relevante do negócio concessório.

Nas modificações da Lei Geral de Concessões, foram introduzidas duas regras de relevo à técnica de negociação contratual. A primeira, a possibilidade de adoção de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato, conforme inclusão da Lei Federal 11.196/2005. A segunda, a disciplina de transição para as concessões com prazos vencidos, de caráter precário ou aquelas com tempo indeterminado. Em relação a essas espécies de concessões problemáticas, a Lei Federal 11.445/2007, ao introduzir parágrafos no artigo 42 da Lei Geral de Concessões, viabilizou a extensão de vigência de prazo respectiva até 31 de dezembro de 2010, desde que respeitadas, entre outras condicionantes, a celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre critérios e indenização de eventuais investimentos não amortizados ou depreciados e apurados por instituição de auditoria escolhida de comum acordo.

A Lei Federal 9.074/1995, na sua redação original, ao mencionar processos administrativos negociais, faz referência tão-somente às hipóteses de prorrogação do prazo das concessões, restritos aos campos de estações aduaneiras e terminais alfandegados de uso público em porto ou aeroporto (artigo 1º, parágrafo 2º) e de serviços de energia elétrica (no artigo 4º, parágrafos 1ª a 4ª, artigo 19 e seus parágrafos, artigo 20, artigo 22, artigo 23, artigo 25) e às hipóteses de privatização de empresas estatais de controle direto ou indireto da União (artigo 27 e parágrafos).

Note-se, da análise dessas leis gerais de concessões, o amplo espaço conferido ao estruturador de um projeto concessório de estipular as matérias subsumíveis a disciplinas de acordos entre concedente e concessionário, e eventualmente envolvendo outro agente que estivesse vinculado à execução do contrato (como entidade reguladora ou financiadores).

As rodovias da Primeira Etapa do PROCROFE (embora licitadas antes da entrada em vigor da Lei Federal 8.987/1995, tiveram os contratos assinados já sob a égide da Lei Geral de Concessões e suas disposições a ela adaptadas) e as rodovias da Primeira Etapa das Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo são exemplos da adoção do marco regulatório geral das concessões. Diante da padronização adotada à época, os contratos da

Primeira Etapa do PROCROFE (à exceção do contrato da Ponte Rio-Niterói) tinham regras uniformes a respeito dos acordos possíveis.

A Lei Federal 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas pela administração pública, também definiu o instrumento de concessão como a categoria em que o contrato PPP se insere e remeteu à Lei Geral de Concessões boa parte da disciplina compatível às concessões patrocinadas (artigo 3º, parágrafo 1º). Registre-se que o artigo 11, inciso III, da Lei Federal 11.079/2004 dispôs expressamente a possibilidade de se prever o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, como cláusula possível na PPP.

Já a Lei de normas gerais sobre processo administrativo (Lei Federal 9.784/1999) alberga um espírito duplo, de servir de base principiológica e de definição de regras gerais que servem de base orientativa para certas espécies de processos administrativos nela mencionados, reconhecido o seu papel de resguardo e tutela aos direitos e deveres dos destinatários de suas ordens, a administração pública, os administrados e os interessados.

A lei geral preocupa-se em ordenar o processo administrativo, definindo as suas fases procedimentais mínimas desejáveis, as formas de comunicação dos atos praticados ao longo de sua ocorrência, o dever de instrução e o dever de decidir. Sua relevância aos demais processos, em especial ao de contratação pública, é de servir de orientação para a hipótese de lacunas, já que a lei geral de processo administrativo, por determinação do seu artigo 69, tem a aplicação subsidiária assegurada aos processos administrativos que estejam contemplados em leis específicas.

A lei geral de processo administrativo, todavia, não detalhou a existência de um *processo administrativo de negociação*, em que estivesse em jogo a substituição da autoridade impositiva unilateral no dever de decidir em deslocamento a uma outra autoridade, ou melhor, atuação compartilhada entre administração pública e administrado para o atingimento da decisão definitiva, de modo concertado.

Vale lembrar que o artigo 48 da Lei Federal 9.784/1999 limita-se a afirmar que consiste num *dever* a administração pública emitir explicitamente decisão nos processos administrativos. E mesmo que, no artigo 11, a Lei Federal 9.784/1999 disponha a irrenunciabilidade da competência da autoridade administrativa ao longo do processo administrativo (à exceção de hipóteses de delegação e avocação legalmente admitidos), não se compreende como

“renunciar à competência” o ato de celebração de acordo, num dos aspectos da execução do contrato, como forma de substituir ou conformar o conteúdo da decisão administrativa.

Não apenas pelo fato de que a administração pública contratante, ao assumir essa posição contratual, ela acaba se despidendo, de certo modo, da função de autoridade entendida da forma hierarquizada, para desempenhar o papel de partícipe de uma relação negocial.

O raciocínio se harmoniza com a identificação de que o *processo administrativo negocial*, interno a um contrato de concessão, reúne especificidades, em que a tomada da decisão, reputada eficiente para os fins do cumprimento do objeto concedido, não necessariamente deva ser reservada ao partícipe público, mas sim compartilhada, a fim de gerar aderência de ambos os partícipes ao resultado do acordo.

A lei geral de processo administrativo, portanto, não veicula vedações ou restrições específicas a que, no curso de um contrato de concessão de infraestrutura, venha subsistir um delineamento especial e apropriado ao monitoramento e execução do referido contrato.

Por sua vez, as normas legais de instituição das agências reguladoras, que foram aprovadas no final da década de 1990 e início dos anos 2000, reestruturaram a forma de gerenciamento da infraestrutura e operação dos mais variados serviços públicos e atividades econômicas reguladas. Especificamente quanto às concessões de infraestrutura rodoviária, a Lei 10.233/2001 criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (artigo 21), delimitou os transportes rodoviários interestadual e internacional, de cargas ordinárias e especiais e perigosas como área de sua atuação (artigo 22, incisos III, IV, V, VII).

Ao definir as atribuições da ANTT, a Lei Federal 10.233/2001 não foi específica³⁵ no que diz respeito ao delineamento de competência para celebrar acordos (artigo 24, incisos). No lugar, como expressão da autonomia administrativa, funcional e decisória da entidade reguladora, a lei indicou a competência da ANTT de “editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos” (artigo 24, inciso V) e “reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração

³⁵ A mesma Lei Federal 10.233/2001, no artigo 82, inciso VIII, detalhou que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), autarquia vinculada ao Ministério setorial que lida com os transportes, tem competência específica para “firmar (...) acordos (...) e demais instrumentos legais, no exercício de suas atribuições”.

de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta lei (...)” (artigo 24, inciso VI).

Espelhando o que a Lei Geral de Concessões de 1995 trouxe, a Lei Federal 10.233/2001 enumerou cláusulas essenciais do contrato de concessão (artigo 35 e incisos), a destacar, quanto as eminentemente categorizadas como negociais, as cláusulas disponentes de regras sobre “prazo de vigência da concessão e condições para sua prorrogação” (artigo 35, inciso II) e “solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução” (artigo 35, inciso XVI).

O decreto que regulamentou a instituição da ANTT, o Decreto 4.130/2002, exibiu, como finalidades de atuação da entidade reguladora, a implementação de políticas públicas do ministério setorial, a regulação e fiscalização das atividades de prestação de serviços e exploração da infraestrutura rodoviária, assegurar movimentação de pessoas e bens em observância a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade de fretes e tarifas e harmonizar os interesses dos usuários com os das concessionárias, preservando o interesse público (artigo 2º, incisos). A lei em questão também reiterou a competência da ANTT de celebrar e gerir os contratos derivados da outorga de infraestrutura rodoviária federal (artigo 3º, inciso VI) e explicitou a competência de arbitramento de conflito de interesse entre concessionárias e usuários (artigo 3º, inciso XXX) ou entre poder concedente e os concessionários (artigo 3º, inciso XXVIII).

Como se percebe, a lei instituidora da ANTT e o decreto regulamentar introduziram a agência no jogo da gestão dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária, conquanto não tenham explicitado a amplitude do poder referente à celebração dos contratos de concessão e o seu monitoramento e gerenciamento na fase de execução.

No que diz respeito à implantação da ARTESP, a Lei Complementar Estadual 914/2002 criou a entidade reguladora, definindo como alguns de seus objetivos prioritários fiscalizar os contratos de concessão de serviços públicos de transportes, zelar pela eficiência econômica e técnica de tais contratos e dos serviços públicos a eles relacionados, fixar regras procedimentais para revisão, reajuste de tarifas para manter equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e promover estabilidade entre poder concedente, entidades reguladas e usuários, estimular a modernização e expansão dos serviços delegados e estabelecer os padrões de serviço adequado (artigo 3º e incisos).

Especialmente sobre os contratos de concessão, a Lei Complementar Estadual 914/2002, regulamentada pelo Decreto 46.708/2002, reservou papel à ARTESP de entidade responsável por “celebrar e gerenciar os contratos de prestação de serviços públicos de transporte” (artigo 4º, inciso V), “autorizar reajustes periódicos de tarifas, previstos em contrato” (artigo 4º, inciso VII), “comunicar ao Secretário de Transportes, para a sua homologação, revisão de tarifas a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (artigo 4º, inciso VIII), “avaliar permanentemente a política tarifária, propondo revisões ditadas pelo interesse público” (artigo 4º, inciso IX).

Especificamente quanto ao desenvolvimento de processos administrativos negociais, a LCp 914/2002 explicitou atribuições da ARTESP para “promover extinção unilateral ou *consensual* dos contratos de prestação de serviços públicos de transporte, autorizados, permitidos ou concedidos, nos casos previstos em lei ou em contrato” (artigo 4º, inciso XII), “dirimir, no âmbito técnico-administrativo, divergências entre concessionários, permissionários e autorizados, e entre esses agentes e usuários” (artigo 4º, inciso XIII), “deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais e contratuais, no que se refere a serviços públicos de transporte, fixando a orientação a ser adotada nos casos omissos” (artigo 4º, inciso XIV).

Como se observa, a organização da ARTESP, muito embora com as atribuições detalhadas com rigor parecido àquele verificado na organização da ANTT, prevê expressamente os modos consensuais de atuação da entidade reguladora, a ratificar o uso do processo administrativo negocial como instrumento apto de atuação na harmonização dos interesses dos agentes regulados, usuários e poder delegante.

2.1.3.3. A FASE DOS INCENTIVOS LEGAIS À NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA: LEIS DE PROCESSO CIVIL EXPLICITANDO A COMPATIBILIDADE DA AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS.

Numa terceira fase das leis infraconstitucionais, podemos qualificar o presente bloco de leis que exprimem incentivos diretos à negociação público-privada em contratos públicos.

Tais leis, que podemos categorizar como de natureza *processual*, fizeram alterações substanciais no marco legal do Código de Processo Civil e das disciplinas tradicionalmente reconhecidas como métodos de solução de controvérsias diversas e alternativas ao Poder Judiciário, a saber, a mediação e a arbitragem.

O CPC/2015, em caráter inovador, prescreveu consistir num dever do Estado, “sempre que possível”, a solução consensual dos conflitos (artigo 3º, parágrafo 2º), como clara fórmula de conformação à regra da inafastabilidade do Poder Judiciário para os interessados em nele ingressar para resolver seus litígios.

Essa chave-mestra do CPC/2015 desloca a atuação do Estado de uma necessidade para uma avaliação prévia de oportunidade e conveniência, em que devem ser minimamente ponderados os custos e benefícios de uma solução eficiente alternativa, que seja diferente do acesso ao Judiciário e contemple a consensualidade e a aproximação com a contraparte da disputa.

Em complemento à atuação do Estado como ente promotor da consensualidade administrativa, a mesma dedicação de difundir os mecanismos de consensualidade para a solução de conflitos é exigida dos demais partícipes comuns do processo judicial, tais como advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, tanto em âmbito extrajudicial, como no judicial (artigo 3º, parágrafo 3º, CPC/2015), dever este extensivo e reforçado aos juízes (artigo 139, inciso V, CPC/2015), tribunais (artigo 165, CPC/2015), e oficiais de justiça (com atribuição de certificar, no mandado relacionado a diligência que tiver cumprido, sobre a proposta de autocomposição apresentada pela parte, conforme artigo 154, parágrafo único, CPC/2015).

A propósito da conciliação e mediação, há a inferência de que poderão ser adotadas “técnicas negociais” no ato da sessão conciliatória ou de mediação, com o fito de estimular um ambiente favorável à autocomposição (artigo 166, parágrafo 3º, CPC/2015), além de subsistir um respeito à livre autonomia dos interessados na definição do procedimento na mediação e conciliação (artigo 166, parágrafo 4º, CPC/2015).

Destaca-se, ademais, a previsão do artigo 175 do CPC/2015 que traz um dever obrigatório a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de implementar câmaras de mediação e conciliação, com enfoque para resolver consensual e administrativamente conflitos, especialmente para realizar uma triagem dos conflitos que podem ser suscetíveis a uma resolução consensual (artigo 174, inciso II, CPC/2015) e, quando couber, celebrar termo de ajustamento de conduta (artigo 174, inciso III, CPC/2015).

O artigo 190, CPC/2015 ainda traz a figura do negócio jurídico processual, em que se admite a atividade convencional das partes sobre o procedimento do processo judicial, para adequá-lo às especificidades da causa e aos interesses dos litigantes quanto à manutenção ou

alteração de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, atividade negocial esta permitida de ocorrer tanto antes quanto depois da distribuição do processo. Tal atividade negocial e as convenções dela oriundas submetem-se ao crivo de validade do juízo de primeiro grau.

Decorrente desse microsistema de autocomposição, é possível favoravelmente estendê-lo aos processos administrativos, tendo em vista a válvula de escape prevista, também de modo inédito, no artigo 15 do CPC/2015, que veicula a possibilidade de aplicação³⁶ supletiva e subsidiária das normas do CPC/2015 aos processos administrativos na ausência de normas que disciplinem os aspectos tratados no CPC/2015 no âmbito administrativo.

É uma revolução que assegura não apenas o reconhecimento de que o processo administrativo é adaptável à promoção de soluções autocompositivas, destinadas à formulação de acordos entre a parte pública e privada. Assim como reúne potencial para exigir das partes, que venham a apresentar pleitos administrativos ao longo da execução de um contrato de concessão, ajam de forma a procurar, num primeiro instante, a solução consensual, admitindo-se até que a entidade reguladora ou contratante público possam abdicar de adotar prerrogativas a si reservadas por lei ou contrato em prol da resolução mais célere e eficiente da disputa.

A segunda alteração de relevo decorreu da aprovação da Lei Federal 13.129/2015, que alterou dispositivos da Lei Federal 9.307/1996 e passou a prever expressamente permissivo genérico de a administração pública submeter-se à arbitragem para resolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, parágrafo 1º, Lei Federal 9.307/1996).

Esse dispositivo legal encerra polêmica de décadas, com judicialização e sequenciais pronunciamentos contrários no TCU, acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela

³⁶ Egon Bockmann MOREIRA alude a um “dever de compatibilização aplicativa”, em relação ao CPC/2015, pelas normas processuais-administrativas gerais, relacionadas a disciplina geral, ou especiais, regentes de processos administrativos específicos. Especialmente, defende a compatibilidade de incidência das regras de negociação endoprocessual (artigo 190, CPC/2015) aos processos administrativos, sinalizando dever de cautela no seu emprego dada a peculiaridade de que a administração pública, por vezes, assume dois papéis cambiantes ao mesmo tempo, o de parte e o de órgão julgador. Ainda, sinaliza cinco regras importantes de serem seguidas, no vértice dos direitos a assegurar às pessoas privadas, *verbis*: “[A] pessoa privada tem plena liberdade de colaborar na estipulação negocial (tratativas e sugestões sobre o conteúdo); de receber e prestar informações (transparência público-privada); de ver prestigiada sua autonomia e dignidade subjetiva (ausência de subordinação e poder de mando por parte da pessoa pública) e, por último, mas não menos importante, de celebrar a negociação processual (pode ou não firmar o documento). Caso não haja prestígio a essas regras, não haverá negociação, mas imposição (a macular a validade do negócio jurídico-processual)”. Em: MOREIRA, Egon Bockmann. “O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016.

administração pública, tanto direta quanto indireta, além de explicitar campo da arbitralidade objetiva e subjetiva.

Em enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Administrativo³⁷, ocorrida em agosto de 2021, esclareceu-se parte do alcance de tal disposição legal, ao se apontar que “controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias”.

Como efeito lateral, ao explicitar o nível hierárquico de autoridade capaz de celebrar a convenção de arbitragem, a Lei Federal 13.129/2015 teve o mérito de disciplinar que deve haver paralelismo de nível hierárquico de autoridade competente para celebrar a convenção de arbitragem e aquela para celebrar acordos ou transações. Há um reconhecimento, ainda que indireto, de que a administração pública tem expressa competência discricionária, fundada na lei, para celebrar acordos, independentemente do processo administrativo em que essa pretensão de celebração de acordos se manifeste.

Por fim, como terceira expoente dessa presença de estímulos à celebração de acordos pela administração pública, há a Lei Federal 13.140/2015, que teve como objeto, além da mediação entre particulares, as fórmulas de autocomposição de conflitos na administração pública.

No artigo 32 da Lei Federal 13.140/2015, foi prevista a faculdade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios de criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, vinculadas ao órgão da advocacia pública. As competências atribuídas a essas câmaras é similar às câmaras de conciliação e mediação previstas no CPC/2015, compatível com a resolução de conflitos entre órgãos e entidades da administração pública (artigo 32, inciso I), celebrar termo de ajustamento de conduta (artigo 32, inciso III) e, como ponto de distinção, a avaliação de “admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição”, quando a controvérsia seja estabelecida entre particular e a pessoa jurídica de direito público (artigo 32, inciso II).

³⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *I Jornada de Direito Administrativo – Enunciados Aprovados*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

De relevo apontar que uma das competências materialmente definidas como admissíveis é aquela de avaliar a prevenção e resolução de conflitos pertinentes a equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares (artigo 32, parágrafo 5º, da Lei Federal 13.140/2015). Esse dado reforça que os contratos estão no âmbito possível de atuação das referidas câmaras de conciliação e mediação, além de que se identifica a possibilidade de que tais órgãos possam ter atuação transversal junto às agências reguladoras que sejam contratantes públicas.

O artigo 44 da Lei Federal 13.140/2015 promoveu alteração relevante na Lei Federal 9.469/1997, que trata da Advocacia-Geral da União. Alterou o artigo 1º, *caput*, da Lei Federal 9.469/1997, para a finalidade de prever que o Advogado-Geral da União, diretamente ou por delegação a outros agentes administrativos, ou dirigentes máximos de empresas públicas federais podem autorizar realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, tanto administrativos quanto judiciais.

Trata-se, em síntese dessa Lei Federal 13.140/2015, da fixação simultânea de permissivo genérico à administração pública submeter-se a procedimentos de autocomposição e mediação e permissivo específico para Advogado-Geral da União, ou agente delegado, autorizar celebração de acordos para prevenção ou terminação de litígios administrativos e judiciais.

A moldura extraída desse conjunto de leis processuais mostra que a abertura que se reconhecia existente da administração pública aos meios consensuais de resolução de conflitos se expandiu, a ponto de compreendê-la como uma política pública a ser implementada. Admitir expressamente a possibilidade de pactuação de acordos processuais para a delimitação de regras em processos administrativos agrega nova visão às leis processuais-administrativas.

2.1.3.4. A FASE DE CONSOLIDAÇÃO DO MECANISMO NEGOCIAL COMO FERRAMENTA À DISPOSIÇÃO DAS PARTES EM CONTRATOS PÚBLICOS.

Numa quarta fase, ainda em curso, podemos enunciar três grupos de normas legais que ratificaram a possibilidade de processos administrativos negociais para a celebração de acordos em contratos públicos.

O primeiro grupo é formado pelas alterações havidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) (LINDB), advindas com a aprovação da Lei de Segurança para Inovação Pública (Lei Federal 13.655/2018).

O segundo grupo é formado pelas leis que introduziram processos administrativos negociais específicos aos contratos de parceria, por intermédio de prorrogação e relicitação, no âmbito federal e com replicações, ao menos, em um Estado da Federação (São Paulo) e Município (São Paulo).

O terceiro grupo decorre da aprovação de atualização do marco legal geral das licitações e contratos administrativos (Lei Federal 14.133/2021).

Após anos de tramitação do projeto de lei apresentado pelo Senador Antonio Anastasia, a LINDB foi modificada, a fim de fazer constar disposições de sobredireito, com a finalidade de promover a segurança jurídica nas ações da administração pública e a obediência a deveres reforçados de motivação, promoção da participação administrativa e ponderação das consequências do caso concreto na tomada de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos.

Especificamente quanto à temática da negociação, as alterações da LINDB tiveram o propósito relevante de disciplinar, em linhas gerais, parâmetros mínimos para a celebração de compromissos pela administração pública com particulares, aferida a natureza de acordos desses compromissos de atuação. Trata-se de incentivo ao emprego do consenso como opção pública prevalente em detrimento da prerrogativa da autoridade imperativa, combinado à adoção de mecanismos atípicos da atuação administrativa, exibida, da moldura do compromisso do artigo 26, ductibilidade e flexibilidade coerente com a sua amplidão de campos possíveis de incidência.

A LINDB, pois, colaborou com a edição de um permissivo genérico para a celebração de acordos (artigo 26, LINDB), extensível a todas as esferas da administração pública.

Relativamente ao segundo grupo, observam-se iniciativas no âmbito do governo federal de promover e implementar novos regimes de negociação público-privada em contratos de parceria, determinando novo arranjo institucional.

A Lei Federal 13.334/2016, de início, quando do Governo do Presidente Michel Temer, foi a lei instituidora do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). Com o objetivo de reordenar estrategicamente o papel do Governo Federal na execução de empreendimentos

públicos de infraestrutura complexos de relevância nacional, ampliar as oportunidades de investimento, expandir a infraestrutura e a competição entre os interessados, foi criado o órgão do PPI, originalmente vinculado à Presidência da República. O PPI deve, como suas atribuições, selecionar os empreendimentos públicos federais e qualificá-los como pertinentes à implantação de contratos de parceria e executar as políticas federais para investimento em infraestrutura de longo prazo definidas nas leis setoriais e lei geral aplicável.

A estratégia de trazer um órgão com atuação transversal em vários setores de infraestrutura tinha uma justificativa bem demarcada: o aprimoramento da infraestrutura trata-se de questão de relevância nacional e uma demanda urgente. Resulta em concentração de recursos humanos e esforços a fim de que os projetos qualificados como estratégicos tivessem previsível trajetória em sua estruturação e lançamento para o mercado, como forma de ampliar o acesso de novos investidores e financiadores e propiciar a entrega do investimento na área de infraestrutura.

A Lei Federal 13.448/2017, consentânea e complementar à lei instituidora do PPI, inaugurou uma nova hora nos processos administrativos negociais em contratos de concessão de infraestrutura. É uma lei definidora de diretrizes gerais para prorrogação e relicitação de contratos de parceria em setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, aplicável aos empreendimentos de infraestrutura qualificados pelo PPI.

Basicamente, estabelece os requisitos básicos que devem ser observados para que prestadores privados possam ter acesso ou ao elastecimento do prazo de exploração da infraestrutura pública ou serviços delegados, mediante a prorrogação do prazo de vigência, seja de modo ordinário, seja antecipado. Ou, ainda, oportuniza-se aos prestadores privados que estejam em curso de explorar ativos em situação crítica de inexecuções das obrigações contratuais requerer a adesão ao processo de relicitação, em que se tem, encadeados, a extinção amigável do contrato de parceria e a submissão do objeto delegado a uma nova licitação para outra contratação, desenvolvida de acordo com novos projetos, condições e contratados.

Em ambas as espécies, prorrogação ordinária e antecipada e relicitação se tratam de processos administrativos negociais, por envolver, em sua decisão, a celebração de acordo entre as partes para que haja ou o prolongamento da extensão do prazo de vigência para a inclusão de nova pauta de investimentos (no caso da prorrogação), ou a extinção antecipada

do contrato, de forma amigável, com continuidade da prestação do objeto concedido no contrato de parceria até que haja a seleção do novo prestador habilitado (a relicitação).

Em paralelo à experiência havida no Governo Federal, cuja efetividade ainda está em curso de ser debatida, leis foram aprovadas no Estado (Lei Estadual 16.933/2019) e Município de São Paulo (Lei Municipal 17.731/2022) para definir diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação nos contratos de parceria, na área de sua competência.

Em terceiro lugar, convive-se com a nova lei geral de licitações e contratos administrativos, a Lei Federal 14.133/2021. Nela, previu-se, de forma geral, a negociação público-privada em prevenção e resolução de controvérsias em contratos públicos e definição de temas compatíveis ao exercício dessa competência, especialmente as controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis, questões de restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações contratuais de qualquer dos polos contratantes e cálculo de indenizações.

O mérito da Lei Federal 14.133/2021 foi de tornar clara e firme uma tendência verificada a partir da experiência inaugurada pela alteração na Lei Brasileira de Arbitragem, no sentido de que a patrimonialidade dos direitos da administração pública é um critério seguro para viabilizar o acesso às vias de solução de conflitos diversas do Poder Judiciário, sem que seja admissível cogitar de renunciabilidade ilícita de direitos.

Por último, ainda que hipóteses não vinculadas essencialmente à contratação pública, mas sim de forma geral à atividade administrativa, deve ser feita referência à Lei Anticorrupção (Lei Federal 12.846/2013), a qual definiu campos de cabimento da celebração de acordo de leniência (reservando à administração pública, enquanto contratante, a possibilidade de celebrar tal acordo com a pessoa jurídica contratada, como se infere do artigo 17 da lei, quando constatada a prática, pela pessoa jurídica contratada, de ilícitos criminais previstos na Lei Geral de Licitações). Igual notícia deve ser dada à atualização da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/1992), feita com a Lei Federal 14.230/2021, que fixou competência ao Ministério Público celebrar acordo de não persecução civil.

Extraí-se da evolução dos fundamentos legais, mediatos ou imediatos, à atividade negocial da administração pública uma evolução consentânea com a franca admissão dos processos administrativos negociais como ferramenta de ação legítima aos contratantes público e privados para atingirem as finalidades dispostas nos contratos de concessão de infraestrutura.

Sem prejuízo a essa constatação originada da análise da evolução das leis, há de se privilegiar outra, de igual relevância, no sentido de que o instrumento contratual adquire proporção de suma importância na definição dos processos administrativos negociais, como adiante será visto.

2.1.4. O ÂMBITO REGULATÓRIO CONTRATUAL COMO SEARA DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA.

Por melhor que seja a regulação legal aprovada pelo Parlamento, ou a sua complementação realizada pelas agências reguladoras, é certo que, na maior parte dos temas, haverá espaço para complementação, caso a caso, nos contratos a serem celebrados.

Ainda que seja possível, como método de ação, à entidade contratante pública determinar a padronização e uniformização de cláusulas contratuais e processos administrativos negociais internos a cada contrato de concessão celebrado, é certo que, no momento da celebração do contrato, ou durante a sua execução, haverá sempre uma amplitude de autonomia negocial reservada às partes pública e privada³⁸.

Essa autonomia, se desempenhada no sentido de estimular a consensualidade, haverá por determinar uma essência amplificadora dos temas objetos de negociação público-privada, não apenas se estendendo às possibilidades de resolução de conflitos, mas também focalizando em aspectos econômico-financeiros da avença ou sobre avaliações sobre a pertinência de manutenção ou modificação de obrigações originalmente estabelecidas às partes.

O ponto de desvantagem dessa solução, do recurso ao contrato para a delimitação dos processos negociais contratuais, pode decorrer da desconfiança de pessoas estranhas às posições de partes no contrato quanto à efetividade do mecanismo negocial e quanto aos ganhos de eficiência e tempo útil que são propagandeados como virtudes do processo negocial.

Outro ponto de reação poderia ser extraído dos custos inerentes à procedimentalização interna das negociações nos contratos. Caso não sejam padronizados, há uma despesa

³⁸ Fernando Menezes de ALMEIDA aponta que, em contratos de concessão, há uma maior proximidade entre parceiro público e parceiro privado, com o concessionário “*participando tecnicamente da definição do projeto a ser executado, trazendo para o contrato o modelo de financiamento que tornará viável o negócio, partilhando ganhos econômicos e riscos decorrentes da atividade contratual*”, o que justifica a mitigação de prerrogativas unilaterais de ação imperativa da administração pública enquanto contratante. Em: ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 363.

financeira e de tempo, inerente à organização da agência reguladora, contratante pública, e do poder concedente, quanto a ter de dispensar, a cada peculiaridade de contrato, um tratamento desigual, conforme as circunstâncias e estipulações do negócio jurídico.

Basta, para o momento, ressaltar que, à luz do mencionado artigo 175, parágrafo único, da Constituição Federal, deve ser respeitado o caráter especial do contrato de concessão, sua característica normativa, de disciplina de regramentos jurídicos vinculantes entre os partícipes do contrato, e as possibilidades de disciplina diferenciada do seu conteúdo, em atendimento à complexidade do contrato de concessão (que pode envolver soluções tecnológicas alteradas com frequência, ou divergências de natureza técnica), ao vulto de investimentos exigidos e à definição do agrupamento de usuários.

Ao lado do questionamento da suficiência de fundamentos legais e normativos para a negociação público-privada, avança-se para a análise de fundamentos teóricos comumente postos como freios à negociação ou, no seu contraste, estímulos à negociação contratual público-privada.

2.2. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUALIFICADOS COMO FREIOS À NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA.

2.2.1. NEGOCIAR CONSTITUI AFRONTA AOS “PRINCÍPIOS” DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO?

A negociação público-privada interna aos contratos de concessão e os meios admissíveis de sua aplicação não foram considerados meios de atuação aceitos da administração pública.

Muito por conta do debate havido sobre a submissão da administração pública à arbitragem³⁹⁴⁰, os argumentos contrários levantados à implementação desse meio de resolução de disputa se focalizaram na defesa de que a administração pública, ao aderir à arbitragem, estaria dispondo do interesse público ao não escolher a solução judicial. A seara judicial seria a prioritária e inafastável para a declaração do interesse público em todo litígio

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”. Em: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 117-126, mai./ago. 2008.

⁴⁰ Confira-se o histórico da evolução da arbitragem na administração pública, na visão de Tribunal Superior no Poder Judiciário: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Conflito de competência 139.519/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017.

envolvendo a administração pública. Assim como estaria violando o princípio de que o interesse público deveria sobressair sobre o interesse privado⁴¹⁴².

A questão da supremacia do interesse público foi, mesmo sem base legal, construída amparada em manifestações doutrinárias, que conferem essa posição superior do interesse público em paralelismo à superioridade da administração pública em comparação ao particular nas mais diversas funções administrativas, inclusive no contrato administrativo. A indisponibilidade do interesse público, por sua vez, passa pela compreensão de que o administrador e gestor público não pode dispor do interesse estatal que pertence à administração pública e estaria, ao realizar transações, dispondo de interesses legalmente previstos em favor da administração pública, violando-se, assim, a legalidade estrita.

Admitindo-se que a negociação público-privada endógena ao contrato, em paralelismo à arbitragem, revela a atuação de uma administração pública sobre interesses negociáveis enquanto entidade contratante, percebe-se que a ação da administração pública, ao contratar, tende a envolver interesses patrimoniais, expressidos naturalmente no custo definido para cada obrigação convencionada no contrato.

As prerrogativas que são resguardadas à administração pública, como impor sanções em caso de descumprimento do contrato, igualmente reúnem expressão patrimonial numa ponta, aquela da sanção quantificada em desfavor do particular. A prerrogativa imperativa unilateral, em si, havida pela administração pública não estaria a princípio sujeita a uma quantificação patrimonial e, portanto, não teria como ser considerada negociável, à luz da lei de arbitragem. O exercício da prerrogativa unilateral, por outro lado, pode ser objeto de negociação, para a finalidade de evitar o seu acontecimento, sem que, com isso, esteja posta sob risco de desaparecimento tal prerrogativa.

⁴¹ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO argumenta ser inadequada a assertiva difundida de que o interesse público sempre é prevalecente em relação ao interesse particular. Defende que o “princípio da supremacia do interesse público”, no sentido de que o interesse público deve prevalecer sob o interesse particular, pode ser realizado “nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico”, salientando que “são inúmeras as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público. E isso não ocorre por decisão única da Administração Pública. Ocorre porque a Constituição o permite, a legislação o disciplina e o direito administrativo o aplica. A proteção do interesse público, mesmo que feita em detrimento do interesse particular, é possível porque o ordenamento o permite e outorga os instrumentos à Administração Pública”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 246-249.

⁴² Com posição refletida no sentido de que o valor da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público não teriam valor metodológico de impedir o exercício da consensualidade, confira-se: PALMA, Juliana. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 166-188.

Na linha de entendimento de Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA sobre a amplitude dos temas negociáveis em contratos sobre serviços públicos,

“Ninguém discute que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de delegação a particulares, o que se faz mediante contratação. Logo, os direitos oriundos da exploração do referido serviço por terceiro são, indiscutivelmente, passíveis de negociação. Preços, condições de pagamento, cronograma de investimento, financiamentos, enfim, tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se as partes assim pactuarem.

As condições de exploração são objeto de negociação desde um primeiro momento, quando o Poder Concedente delega o serviço do qual é titular para ser explorado por terceiros. As condições econômicas de prestação do serviço são determinadas contratualmente entre o Poder Concedente e as empresas. Depois, no relacionamento de tais empresas com outros agentes do mercado, mais uma vez, o que se tem é a livre disposição sobre condições econômicas. Nesses casos, não há qualquer tratativa sobre questões de império, ou seja, sobre temas insuscetíveis de negociação. As partes envolvidas definem, fazendo uso de seu respectivo poder de autotutela, quais as condições econômicas do relacionamento. A duração do contrato, a remuneração do contratado e as condições de pagamento, multas pecuniárias e, se assim dispuserem, a sujeição do contrato à arbitragem são exemplos de temas que, embora digam respeito à prestação de um serviço público, podem ser perfeitamente objeto de negociação entre as partes envolvidas. Trata-se do que, na terminologia empregada na Lei de Arbitragem, é denominado de direito disponível, isto é, direito negociável, passível de estipulação em contrato e, conseqüentemente, de ser objeto de procedimento arbitral”⁴³

Deflui do raciocínio desse trecho doutrinário que a administração pública, ao celebrar o contrato de concessão, pode exercitar a negociação com o contratado privado sobre diversos temas, sem que isto signifique afrontar seja a indisponibilidade do interesse público, seja a supremacia do interesse público sobre o particular.

A administração pública mantém sob a sua esfera de responsabilidade as prerrogativas unilaterais que são conferidas pela lei – por exemplo, decretar a caducidade de uma concessão caso o particular contratado venha a descumprir reiterada e injustificadamente as obrigações contratadas –, sem que isto constitua impeditivo a que os efeitos do manejo das prerrogativas unilaterais ou as cláusulas eminentemente patrimoniais e disponíveis possam estar sob o crivo negocial das partes.

Deve-se ressaltar que a arbitragem na administração pública enquanto partícipe de contratos de concessão, como visto da evolução doutrinária e jurisprudencial recente, foi

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. “O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”. Em: *Revista de Direito Administrativo*, 248, p. 117-126, mai./ago.2008, p. 125.

constantemente introduzida como cláusula contratual pelo conforto dado pela aprovação da Lei Brasileira de Arbitragem, em meados da década de 1990, e, na sequência, pelas edições das leis de concessões, gerais e setoriais, que fizeram referência explícita a esse meio de solução de disputas e indicavam a necessidade de se apontar meio de solução de disputas que propiciasse o encontro amigável das partes.

O advento da lei que previu expressamente a possibilidade de a administração pública submeter-se à arbitragem, enfim, serve de sepultamento dos argumentos contrários, revelado que o interesse público que seja patrimonial e disponível da administração pública pode, sim, ser objeto de submissão a juízo arbitral para solução de controvérsias.

Como adendo, deve-se notar que a extensão da negociabilidade das matérias e procedimentos em um dado contrato de concessão pode ou não se igualar ao campo da arbitrabilidade objetiva⁴⁴, a depender da conformação conferida pelo contrato de concessão em específico. O campo reservado à arbitragem, de *direito patrimonial disponível* da administração pública⁴⁵, tem o condão de conferir uma zona de certeza positiva a respeito das matérias consensualmente dialogadas entre as partes em negociação direta, o que não implica dizer que as próprias partes possam dispor diferentemente, expandindo ou restringindo o âmbito de tais matérias, em expressão de sua autonomia e liberdade contratual.

2.2.2. NEGOCIAR SIGNIFICA AFRONTA AO “PRINCÍPIO UNIVERSAL” DO DEVER GERAL DE LICITAR NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?

Noutro flanco, é comum ouvir que a administração pública contratante, ao negociar dentro de um contrato público, estaria promovendo alterações indevidas no objeto da contratação

⁴⁴ Maurício Morais TONIN, em distinção dos conceitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva no estudo da arbitragem, propõe a adoção, para a negociação, das terminologias “negociabilidade subjetiva” e “negociabilidade objetiva”. Conceitua “negociabilidade” como “*termo que define sobre critérios ratione materiae e ratione personae parâmetros daquilo que se pode levar à negociação, ou seja, o tipo de matéria que pode ser negociada e quem pode se valer da negociação*”. Ainda, argumenta que esses termos se aplicam “*a todos os métodos de solução consensual de conflitos, ou seja, também se aplicam à conciliação e à mediação*”. Em: TONIN, Maurício Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 161-162.

⁴⁵ Maurício Morais TONIN, à luz do precedente do STJ no Conflito de Competência 139.519/RJ, sugere como conceito de direito patrimonial disponível da administração pública “*o bem dominical, suscetível de valoração econômica e que possa ser livremente negociado por seus titulares, ou seja, objeto de contratação*”. Em: TONIN, Maurício Morais. “Direito patrimonial disponível da administração pública: tentativa de definição”. Em: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 59, p. 61-79, jul./set.2018.

e, por extensão, violando um “princípio universal” do dever geral de licitar na administração pública.

Especificamente sobre esse tema, tive oportunidade de sustentar, em ocasião anterior⁴⁶, a inexistência de um princípio geral e universal de licitação, na medida em que subsiste um espaço de discricionariedade conferido à administração pública para que defina, dentro dos limites e valores outorgados pela Constituição Federal, o método de contratação pública adequado conforme a peculiaridade do caso.

A seleção objetiva de interessado para a prestação de uma utilidade pública não necessariamente deve ser precedida de um processo de licitação tradicional, devendo ser reconhecido que há hipóteses em que a competição possa ser inviável diante da natureza do objeto a ser contratado, ou, ainda, possa ser mais aderente e proveitoso ao interesse coletivo a manutenção de um prestador atual com iminência de encerrar o prazo de vigência de sua contratação, prorrogando-se tal prazo.

Feito esse registro, a gestão de um contrato público pela administração pública enseja uma análise racional dos custos e benefícios de se tomar decisões por meio da autoridade mantida pelo poder público contratante, uma vez que, de outro ângulo, existe a ferramenta da negociação à disposição, para que o contrato seja adequadamente executado.

O raciocínio da suposta violação à licitação também desconsidera a circunstância das múltiplas funcionalidades aferíveis à atividade contratual negociada. No aspecto econômico-financeiro, pode ser desejável que, ao tomar uma decisão sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a entidade reguladora contratante esteja ciente da preferência de método de recomposição de cada uma das partes e, identificada a convergência, prefira a solução consensualmente acertada a uma solução adversarial, que porá em desconforto ao menos um dos polos da relação contratual.

2.3. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS REPUTADOS ESTÍMULOS À NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL PÚBLICO-PRIVADA.

2.3.1. A APLICABILIDADE DAS TEORIAS DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E DOS CONTRATOS RELACIONAIS À ATIVIDADE DE NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL.

⁴⁶ MARQUES JUNIOR, José Jair. *Prorrogação de concessões de serviços públicos*. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 342-343.

Como fundamentos teóricos reputados favoráveis à aplicação da técnica de negociação em contratos públicos, temos a percepção da influência das teorias dos contratos incompletos e dos contratos relacionais aos contratos celebrados pela administração pública, o que vem sendo largamente reconhecido na doutrina nacional⁴⁷.

A construção original da teoria dos contratos incompletos, na seara de economistas, vem sendo atribuída a Oliver HART, por ele apresentada nos meados da década de 1980. Ao reconhecer um contrato como incompleto, delimita-se o pressuposto de que as situações passíveis de acontecimento num dado contrato, ao longo do intervalo de sua vigência, não podem ser antecipáveis no momento da contratação, mas apenas verificáveis quando da sua efetiva ocorrência, no plano dos fatos. A atividade de tornar um contrato mais próximo à completude, como forma de garantir ampla resposta aos fatos futuros, seria indesejada, tendo em vista os custos associados à previsão de obrigações, deveres e direitos às partes, sendo que não se haveria certeza da sua efetiva implementação.

Nesse sentido, tomado por empréstimo o racional estabelecido por Fernando ARAÚJO, a construção inicial para um contrato é a sua proximidade de incompletude, em que estabelecidas lacunas relativas às situações futuras impossíveis de descrição inicial e, ao mesmo tempo, abertas possibilidades de habilitação das partes a futuras renegociações de aspectos do contrato, a fim de responder às verificações fáticas posteriores do longo do contrato⁴⁸.

A impossibilidade de descrição de uma situação futura ou conhecimento da onerosidade a ela respectiva pode decorrer de inúmeros fatores, de origem estrutural ou exógena (como a aversão a assumir risco por algum dos agentes contratantes, com pressentimento de probabilidade de ocorrência de situações futuras que sejam impossíveis de ponderar no

⁴⁷ Como exemplos, confirmam-se: FREITAS, Rafael Vêras de. “Incompletude em contratos de concessão: ainda a teoria da imprevisão?”. Em: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar./ago.2020; FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho. “O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’”. Em: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 192, p. 60-71, dez. 2017; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67-69; NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*. Em: *Revista do XXXV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*, out. 2009. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022; NÓBREGA, Marcos. “Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços público e PPPs”. Em: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun/2009; NÓBREGA, Marcos. “Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs”. Em: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010.

⁴⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 158.

momento presente), endógena (caso de inacabamento do contrato por ordem deliberada dos contratantes) ou casual (referente a distribuição de riscos no contrato de forma desinteressada, uma vez que não seria relevante à conquista dos ganhos econômicos esperados no contrato)⁴⁹.

Modelo de um contrato incompleto pressupõe que as partes estejam dispostas a qualificar esses fatos futuros e os potenciais efeitos em relação à execução contratual, conferidas essencialmente duas alternativas, uma externa e outra interna ao contrato. A externa seria reservar a uma decisão arbitral ou judicial, a julgadores externos, o ato de completar as disposições contratuais, até pela via da interpretação e integração das cláusulas contratuais. No caso de uma solução interna ao contrato e às partes contratantes, pode-se dizer em bifurcação para uma opção de recuo (em que as partes retornam ao estado anterior à contratação) ou para uma modulação negocial ou renegocial, voltada à preservação do vínculo, em que *ou* as partes trocam entre si direitos sobre aspectos do contrato (por exemplo, justificando que a controlabilidade dos efeitos de uma determinada obrigação ou risco seriam melhor gerenciáveis pela outra parte contratada), *ou* as partes renegociam por completo o contrato⁵⁰.

O prosseguimento da relação contratual, com as exigências de cumprimento de prestações e deveres por ambas as partes, vai gerando as evidências de cumprimento ou descumprimento do acordado. Caso sejam constatadas ações paulatinas de descumprimentos, ou de acontecimentos que não têm a devida resposta extraída dos termos do contrato, acumulam-se faltas, que geram custos. Na medida em que um partícipe contratual acaba por acumular tais custos numa proporção elevada e irrecuperável, há a consequência de fragilização da posição da parte faltosa em relação à contraparte, que ou se submete à renegociação, ou à recusa da renegociação⁵¹.

No contrato incompleto, as partes igualmente se submetem ao emprego de válvulas de interpretação e integração contratual, suscetíveis de serem influenciadas pela subjetividade dos aplicadores intérpretes, dada a variabilidade dos parâmetros e critérios que podem ser adotados.

⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 162-163.

⁵⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165 e 167-168.

⁵¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 169.

Noutro vértice, o conceito de contrato relacional é apresentado por Fernando ARAÚJO como:

*“aquele em que as partes não reduzem termos fulcrais do seu entendimento a obrigações precisamente estipuladas, porque não podem ou porque não querem, e se remetem a modos informais e evolutivos de resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência dos seus interesses e no desenvolvimento de suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para os conflitos endógenos para privilegiarem o recurso a formas alternativas de conciliação de interesses, seja as que vão emergindo da evolução da relação contratual, seja as que são oferecidas pelo quadro das normas sociais”*⁵²

O contrato relacional, portanto, traz uma nota de flexibilidade às obrigações e estipulações inicialmente ajustadas, que podem ser reconstruídas e até substituídas ao longo da passagem do tempo e dos investimentos realizados, de acordo com análise contextualizada de elementos influenciadores da contratação. Adoção de um contrato relacional revela-se típica de uma governança compartilhada do instrumento contratual e dos interesses negociais de ambas as partes, com soluções autossustentadas e autodisciplinadas. Há, simultaneamente, o estabelecimento de uma estrutura estável no contrato, de confiança mútua entre as partes, e uma flexibilidade compatível para resistir e se amoldar aos efeitos de futuras contingências⁵³.

Vale destacar que um contrato mais propenso à completude pode adquirir a característica de relacional, desde que os poderes conferidos às partes estejam pautados na expectativa e concordância de que ambos os polos do contrato deverão desenvolver seus comportamentos em prol da construção e preenchimento do sentido do contrato, confiantes de que a solidariedade e cooperação são meios mais eficazes do que o mero recurso à lei formal.

Essas teorias dos contratos incompletos e relacionais se interpenetram na averiguação dos contratos de concessão de infraestrutura.

Uma vez que os contratos de concessão versam sobre delegação de cometimentos num horizonte de longo prazo, com massiva ordem de investimentos, é de se esperar que ao longo da execução do contrato circunstâncias contingenciais afetem o cumprimento das obrigações e deveres convencionados. O instrumento contratual de uma concessão, por sua vez, é

⁵² ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 395.

⁵³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 395, 398 e 403.

moldado de acordo com a especificidade do marco regulatório aplicável e do empreendimento concedido, com variação de intensidade do acabamento contratual.

Há a expressão atribuída a Egon Bockmann MOREIRA, constantemente replicada na análise de administrativistas, no sentido de que a estabilidade e segurança jurídica da relação contratual público-privada, em sede de contratos de longo prazo, decorre da certeza da mudança⁵⁴. A modificação é compreendida como necessária e deriva da observação do plano dos fatos e dos ciclos de desenvolvimento econômico em que a coletividade se insere, a exigir cumprimento de deveres de regularidade, modernidade e atualidade na prestação de serviços públicos.

O contrato incompleto e o contrato relacional, nessa abordagem da certeza da mudança, constituem ferramentas que explicam a conveniência de se reconhecer, em contratos de concessão, um estado de permanente reconfiguração do contrato, para que ele venha a se adaptar às circunstâncias fático-jurídicas e à passagem do tempo, sugerindo-se, como uma das alternativas, o emprego dos mecanismos de negociação e renegociação.

⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. “Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

CAPÍTULO 3 – INSTRUMENTOS DA NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA EM CONTRATOS DE CONCESSÃO

Neste capítulo, a proposta é examinar os instrumentos do processo de negociação público-privada.

A negociação, como uma forma de interação entre pessoas, pode servir aos mais variados propósitos. A ideia fulcral da negociação é permitir que duas ou mais pessoas possam expor os seus interesses e, eventualmente, considerar interesses portados por outras pessoas e pela sociedade, a fim de que seja ponderada e escolhida uma construção de uma resposta para algum conflito ou necessidade surgida entre as partes.

A ciência jurídica tem se aproximado, com maior frequência, ao estudo da consensualidade na administração pública e a negociação é apresentada como uma das formas de exteriorização dos meios consensuais à disposição do poder público para gerir e administrar interesses coletivos.

O primeiro passo, já afirmado no capítulo segundo, é reconhecer que a administração pública negocia, num sentido largo⁵⁵, permanentemente os interesses estatais, ao permitir aos cidadãos a formulação de pleitos e a obtenção de esclarecimentos de situações pessoais, com base no direito constitucional de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, alíneas “a” e “b”). O sequenciamento de abrir as portas da administração pública para receber manifestações e, após triagem e filtragem no curso de um processo, venha conferir resposta oficial aos interesses públicos e privados envolvidos configura um fluxo negocial.

Mesmo que não seja partícipe do interesse manifestado pelo privado, a administração pública é destinatária da fundamentação externada pelo particular, a fim de que a pretensão deste prevaleça e seja concedida, e deve emitir o seu convencimento, que pode ser, com maior ou menor intensidade, delineado pela forma negocial, mediante ofertas e concessões recíprocas de condicionamentos ou direitos.

⁵⁵ Cabe lembrar que a negociação público-privada não é mecanismo exclusivo da atividade contratual desenvolvida pela administração pública voltada à prestação de serviços públicos ou à gestão de patrimônio público e empreendimentos sociais. Há proposições de uso da negociação em diversas funções desempenhadas pela administração pública, a exemplo da negociação coletiva com servidores públicos, negociação voltada a transações em processos judiciais, como execuções fiscais.

Nessa acepção mais ampla, a administração pública, interagindo com particulares, promove o encontro de interesses múltiplos e, no mais das vezes, interpreta, com preferência⁵⁶, e realiza ponderações, a fim de indicar qual dos interesses deve prevalecer ou, na mistura de aspectos dos interesses analisados, qual seria a resposta administrativa adequada para privilegiar, em intensidade ótima, a gama de interesses examinados, atendendo a mais de um interesse.

É fundamental para a confirmação da atividade negocial da administração pública o estabelecimento da premissa de que negociar interesses não significa minimizar ou excluir competências ou poderes da administração pública. Deve-se conferir um caráter autônomo à atividade negocial, a fim de que, igualmente estabelecida como uma competência, possa ser manejada de modo a servir de meio válido no cumprimento das finalidades públicas.

De posse desses elementos, parte-se para a averiguação do papel da administração pública contratante e negociadora, sobre as finalidades possíveis de serem identificadas no enfoque da contratação pública.

3.1. O QUE SIGNIFICA “NEGOCIAR”, NO ENFOQUE DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA?

O processo da contratação pública é complexo. Não se resume à existência de um contrato formal que vincule as partes e estabeleça suas obrigações e deveres. Por dever de observância às regras e princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, inclusive no aspecto da contratação, o poder público deve se planejar e promover a seleção de modo impessoal, transparente, publicizado, objetivo e eficiente. Exige-se a previsibilidade da ação pública quando da contratação, a fim de que os interessados em potencial possam ter conhecimento sobre a utilidade que está sendo objeto de procura ou sondagem no mercado.

Um processo de contratação pública, para ser impulsionado, exige a tomada da decisão administrativa por contratar, antecedida de estudos que identifiquem e especifiquem o alcance material e subjetivo do contrato. Será contratada uma ou mais pessoas para a prestação de um serviço público, se a obra pública a ser realizada será efetuada em lotes ou etapas distintas no tempo, se os insumos que serão adquiridos terão condições de prover o funcionamento de um prédio público durante um intervalo prefixado.

⁵⁶ Juliana PALMA alude a uma presunção derivada do Estado Democrático de Direito de que a administração pública está situada numa “melhor posição técnica e de rotina para interpretar normas públicas”. PALMA, Juliana. “Segurança jurídica para a inovação pública”. Em: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020, especialmente p. 227-228.

Adotada essa noção dúplice de planejamento e execução contratual, a negociação possível de ser estabelecida no curso de uma contratação pública pode se desenvolver tanto na fase de concepção do projeto, quanto na execução contratual, qualificado o particular como um colaborador no curso dessa contratação⁵⁷.

3.1.1. NEGOCIAR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL: ADMISSÃO DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA DEFINIÇÃO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SELEÇÃO DO PARCEIRO PRIVADO ADEQUADO.

Nessa primeira fase, de planejamento, pré-contratual, pode-se conceber a atividade negocial da administração pública relativamente próxima ao sentido amplo, quando ela assegura, aos particulares, a participação administrativa na formulação do objeto da contratação. Um primeiro sentido atribuído à negociação seria o de reconhecer *a participação privada na concepção e definição do projeto de contratação pública*, como oportunidade, em fase pré-adjudicatória, de alocação eficiente dos interesses envolvidos dos agentes econômicos e na definição da matriz de riscos.

A modelagem do instrumento contratual, na fase de estruturação, pode ser auxiliada pela apresentação de estudos, projetos, investigações e levantamentos feitos pelos particulares, no âmbito de um procedimento de manifestação de interesse (PMI). Esse instrumento, atual e expressamente regulado, em caráter de norma geral, pelo artigo 81 da Lei Federal 14.133/2021, já detinha histórico amplo de aplicação, pautado numa autorização, qualificada como permissivo genérico, extraída da Lei Federal 8.987/1995, que permitia a emissão de autorização pelo poder concedente a que particulares efetuassem esse tipo de investigação e estudo preliminar a contratação de concessões, de modo a colaborar com a definição do objeto a ser concedido e os aspectos técnicos associados.

Ainda a colaboração privada, na fase de estruturação do objeto da contratação, pode ser apresentada no curso de procedimentos de audiência e consulta pública, em que auscultada

⁵⁷ Vera MONTEIRO utiliza essa expressão “particular colaborador”, em oposição à locução “destinatário da decisão administrativa”, para designar o particular que consensualmente participa da contratação pública. Aponta a autora que a administração consensual em contratos administrativos se baseia em duas constatações práticas: (i) a presunção de maior eficiência do contrato administrativo quando assumido pelo particular papel ativo na concepção e gestão de contratos; (ii) a responsabilidade do poder público contratante na elaboração dos contratos e a sua execução, devendo usar a capacidade estatal de indução de comportamentos para elaborar contratos que minimizem os riscos de inadimplemento, antecipem soluções qualificadas justas e adote cláusulas específicas, e não genéricas, para cumprir esse objetivo. Em: MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58-59.

a sociedade civil e o mercado relativamente aos projetos concebidos ou adotados pela administração pública para fundamentar a contratação.

Esses dois movimentos, conjugados, constituem exemplos de negociação em sentido largo, imbricada no processo pré-contratual, reforçando a capacidade de influência dos particulares sobre a profundidade e abrangência das cláusulas contratuais. Desafiam a ideia disseminada quanto a uma primazia exclusiva da administração pública na emissão de atos de conformação do conteúdo desses contratos, rotulados como de adesão.

Numa segunda acepção, também na fase pré-contratual, negociar pode ser considerado no contexto da contratação pública como a *seleção do parceiro privado adequado como contratado*.

As leis que regem a contratação pública têm especial preocupação em definir as regras de participação dos interessados em um processo de contratação pública. Embora haja liberdade de iniciativa e concorrência asseguradas como fundamentos e valores constitucionais da República brasileira e da ordem econômica, não é de significar que o acesso subjetivo à contratação pública seja irrestrito. Existem filtros relacionados à capacidade técnica dos interessados, qualificações e habilitações básicas e mínimas reputadas necessárias para a prestação e entrega segura e esperada do objeto da contratação, assim como vinculados à idoneidade moral (como a não detença de histórico de declarações de inidoneidade e outras punições).

Em simultâneo, subsiste a análise da proposta apresentada pelo interessado, que pode, a depender do critério de julgamento adotado, abranger aspectos técnicos (como na fase de encerramento de um diálogo competitivo, em que explicitada, pelo privado, a solução de inovação técnica ou tecnológica) e econômico-financeiros (como no caso de licitações que abarquem o menor preço ou maior desconto). Inclusive, o arcabouço legal reúne diversas e explícitas hipóteses em que, no curso do certame licitatório, possa haver a negociação de melhores termos à proposta⁵⁸, seja redefinindo o conteúdo das cláusulas do pacto⁵⁹, seja por oportunidades negociais específicas abertas durante a fase de licitação pública.

⁵⁸ Como na experiência portuguesa analisado por Luís Verde de SOUSA. *A Negociação nos procedimentos de adjudicação: uma análise do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2010.

⁵⁹ Sobre o tema da negociação na licitação pública, este candidato manifestou-se pela pertinência da internalização de técnicas negociais na etapa de disputa licitatória, aferindo externalidades positivas, notadamente em relação de economia de custos à administração pública, quando se admite a possibilidade de debates negociados com vistas à melhora das condições ofertadas e fixadas no contrato a ser celebrado. Confira-se: MARQUES JUNIOR, José Jair. “A negociação prévia à formalização dos contratos públicos como

Esses elementos de negociações pré-contratuais, embora não constituam o foco da pesquisa, devem ter a existência elucidada e demarcada. Há a percepção de que são as bases constituídas pela ocasião do planejamento e licitação prévios à contratação pública que fornecem as diretrizes para as negociações havidas durante a execução do contrato público. A minuta de contrato trabalhada e esclarecida quando da publicação do edital e suscitação de questionamentos por interessados, os projetos que explicam, em dados e ilustrações, as atividades a serem realizadas pelos particulares, todos constituem elementos orientativos e diretivos da negociação público-privada interna ao contrato público.

3.1.2. NEGOCIAR NA FASE CONTRATUAL: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE E PRIVADOS CONTRATADOS COMO PARTÍCIPES DE MÚLTIPLOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS INTERNOS AO CONTRATO PÚBLICO.

Como partícipes de um contrato público, historicamente a relação entre parceiro público e parceiro privado constituiu um dos campos em que a autoridade da administração pública esteve sujeita a limites mais precisos, comparativamente a outras funções da administração pública, em que a atuação de imposição verticalizada se constituía como padrão de conduta.

Basta adotar o exemplo em que o poder público, na expressão de seu poder de ordenação das atividades privadas, ou poder de polícia, determina pagamento de tributos caso preenchidos os requisitos previstos na lei, ínfima a possibilidade de reação do particular em refrear a exigência.

No campo dos contratos públicos, por sua vez, a autoridade da administração pública imperativa encontra-se pautada pelos termos do contrato e das leis que gravitam sobre ele. Enquanto contratante público, descabe a administração pública, por capricho ou arbítrio de governante, simplesmente deixar de cumprir as obrigações a que se vinculou, assim como não pode despojar o particular da propriedade privada dos meios de produção inerentes ao cumprimento do objeto do contrato público, sem que haja a prévia autorização legal (a

estímulo preventivo à corrupção.” Em: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro *et al.* (coords.), *48 Visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 181-212. Floriano de Azevedo MARQUES NETO inclui a possibilidade de negociação na licitação pública como um dos instrumentos marcantes à adesão da consensualidade na prática administrativa. Confira-se: [Do contrato administrativo à administração contratual](#), Revista do Advogado, AASP, ano XXIX, n. 107, p. 80, dezembro de 2009. Destaco outro artigo de referência sobre o assunto: MOREIRA, Egon Bockmann. [Licitação pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado](#). Em: Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 2, n. 2., set. 2012/fev.2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86115>.. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

exemplo no caso de encampação de uma concessão de serviço público) ou motivos contundentes que justifiquem (intervenção na concessão para assegurar a continuidade da prestação da utilidade pública concedida).

As condições contratuais estabelecidas por ocasião da proposta vencedora da licitação, então, se revelam como um motor possível para a definição das ações de natureza negocial entre a administração pública e particulares.

Nesse particular, frisa-se que o modelo constitucional construído sobre as “condições efetivas da proposta” apresentada no certame licitatório não é indicativo da *inflexibilidade* ou *invariabilidade* desse parâmetro ao longo da execução contratual. A proposta inicial do vencedor da licitação é relevante por ser adotada como um dos elementos necessários à formação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que não significa dizer que as condições da proposta não possam ser moldadas ao longo da execução contratual para o fim de reequilibrar o contrato público.

Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Caio de Souza LOUREIRO explicam, com clareza, esse ponto:

“A equação contratual se ultima, portanto, com a apresentação da proposta pelo particular – elaborada mediante as circunstâncias estabelecidas no edital e na minuta de contrato que obrigatoriamente o acompanha – e sua aceitação pela Administração. Quando a Administração ataca a proposta do particular, classificando-a e posteriormente contratando com este, manifesta sua anuência com as condições que orientaram essa proposta e, por conseguinte, avaliza a equação econômico-financeira do contrato. A partir de então, alterações evidenciadas nessas circunstâncias passam a ensejar a recomposição contratual por configurarem uma modificação nas condições efetivas da proposta”⁶⁰

Reconhecida essa capacidade de mudança das condições efetivas da proposta para acomodar aos acontecimentos e desdobramentos da relação contratual, esses mesmos autores sinalizam que a alteração das condições da proposta não segue parâmetros iguais a todo tipo de contratação pública, atendendo, ao reverso, uma lógica de variabilidade dirigida a cada regime aplicável aos contratos públicos⁶¹.

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014, p. 136.

⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014, p. 138.

Sobre as condições de proposta especificamente em contratos de concessão de serviços públicos, MARQUES NETO e LOUREIRO reconhecem que o licitante tem um grau de vinculação menos intenso às matérias disciplinadas no edital, que se apresentam em termos mais indicativos e programáticos, em um menor detalhamento. Afere-se um grau de liberdade, superior ao de contratação de bens e serviços simples, para que o licitante à concessão de serviço público possa projetar os trabalhos durante a execução contratual e se utilizar dos conhecimentos e técnicas a fim de aprimorar a eficiência na administração de seus custos⁶².

Num outro passo, apontam os autores que a obtenção de receitas pelo concessionário, delineada no instrumento contratual celebrado, não necessariamente acompanha os ciclos de desembolso e investimento colocados como obrigação da concessionária, o que reflete numa possível e às vezes necessária precificação dos custos de acesso ao capital, em razão de sua antecipação em comparação ao fluxo de recebimentos do contrato e da frequente utilização de mecanismos de financiamento em operações de crédito. Na delimitação da proposta, o licitante acaba por precificar os riscos que incorrerá em caso de celebrar o contrato de concessão, além dos custos relacionados com o fluxo financeiro do projeto concessório⁶³.

Abaladas as condições efetivas da proposta por algum evento, MARQUES NETO e LOUREIRO apontam que a afetação do equilíbrio e a necessidade de sua recomposição deve ser examinada de acordo com um procedimento específico. Numa primeira etapa, é sequenciada pela (i) verificação do evento danoso, (ii) se pela alocação de riscos da concessão o episódio, qualificado como evento de desequilíbrio, deve ser suportado por alguma das partes; (iii) pela apresentação de pleito pela parte prejudicada para instaurar o procedimento de recomposição, com demonstração probatória do fato desequilibrador e da repercussão na equação econômico-financeira⁶⁴. Numa segunda etapa, é preciso identificar se (iv) o tratamento fixado no contrato ao risco alocado prevê ou não oportunização de recomposição ao equilíbrio e, no caso positivo, (v) passar-se à apuração do impacto do evento, a partir da identificação de todas as condições que orientaram a formulação da

⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014, p. 139.

⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014, p. 140-142.

⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014, p. 143.

proposta e qual o ponto de encontro de tais condições para a formação do equilíbrio; (vi) e, enfim, definir qual o objetivo esperado com a recomposição, e até onde irá para se reequilibrar, e qual dos métodos previstos em contrato deve ser empregado, comumente havendo a referência à taxa interna de retorno e ao fluxo de caixa marginal⁶⁵.

O que pode se inferir desse roteiro procedimental apresentado é que as condições efetivas da proposta podem ser abaladas por eventos, cuja consequência pode ou não estar preestabelecida no instrumento contratual (no sentido de ter de ser suportada por algum dos partícipes, como algum risco atribuído à sua esfera de responsabilidade). As condições iniciais da proposta, então, acabam por se conformar à dinâmica de eventos do curso do contrato de concessão e o seu melhoramento, numa perspectiva de ou promover recomposição de equilíbrio, ou determinar meios aprimorados para o cumprimento efetivo do contrato de concessão, pode ser conformado pelo instrumento consensual de negociação.

Demarcada essa característica de flexibilidade das condições efetivas da proposta ao longo de um contrato de concessão, pode-se cogitar da existência de quatro finalidades principais numa negociação desenvolvida⁶⁶ no âmbito desse tipo de contrato⁶⁷: a adoção da atividade de negociar como meio de (i) *saneamento de insuficiências, irregularidades e incertezas no instrumento contratual* (negociação saneadora ou integradora); (ii) *conjugação e harmonização de interesses para a emissão de uma decisão administrativa consensual* (negociação de convergência); (iii) *conservação ou restabelecimento de equilíbrio*

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014, p. 144-145.

⁶⁶ Ainda que de modo indireto, a classificação proposta conversa com os elementos de categorização de instrumentos consensuais trazidos por Juliana Bonacorsi de PALMA, no seu “Sanção e Acordo na Administração Pública”. Segundo a autora enumera, categoriza como instrumentos consensuais em sentido amplo os “acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos” e os “ajustes de conduta”, e como instrumentos consensuais em sentido restrito, os “acordos integrativos” e os “acordos substitutivos”. Os acordos integrativos seriam aqueles que precedem o provimento administrativo final sem o substituírem, viabilizando uma modelação conjunta, entre as partes, quanto ao ato final de competência unilateral que permanece com a administração. O enfoque dos acordos integrativos seria de permitir às partes, administração pública e administrado, delinear a forma de exercício da prerrogativa da administração pública e não tem como fim terminar o processo administrativo. Já os acordos substitutivos teriam por finalidade a terminação consensual do processo administrativo no bojo do qual são celebrados, evidenciando funcionalidades de substituição da sanção, suspensão do trâmite do processo administrativo ou, ainda, impedimento de instauração do processo administrativo. Em: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 241, 244-245, 247-248 e 252.

⁶⁷ Floriano de Azevedo MARQUES NETO aponta que a negociação estabelecida entre as partes contratantes de um contrato de concessão configura-se um dos eixos estruturantes do pacto concessório. Ressalta que o contrato de concessão deve prever procedimentos e parâmetros para que seja viável a instauração de uma negociação, assegurando-se flexibilidade do negócio contratado, bilateralmente ajustada, com a finalidade de superação de problemas e conflitos evidenciados ao longo da vigência do contrato. Em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 391.

contratual (negociação de recomposição de equilíbrio); e (iv) *meio de prevenção e resolução de disputas internas ao contrato* (negociação de divergências).

Quanto à *negociação saneadora ou integradora*, pode-se dizer que o instrumento contratual, por opção do poder público contratante, pode conter conceitos jurídicos indeterminados que dependem de preenchimento por manifestação de vontade das partes, realização de condutas ou, ainda, exijam o intercâmbio de declarações das partes a fim de que o conteúdo da obrigação, dever ou condicionamento possa restar inteligível e exigível de cada um dos partícipes.

Há um mecanismo de excelência nesse tipo de negociação, qual seja, a negociação derivada da interpretação ou integração do contrato⁶⁸, atribuída como poder compartilhado a ambas as partes.

Muito embora os contratos públicos, ao definir as balizas de interpretação e integração contratual, venham se restringir em dizer que certos padrões de interpretação, focados nos textos das leis e dos instrumentos contratuais, devem ser adotados com ordem de prioridade, há, nitidamente, de se reconhecer que a interpretação de uma obrigação ou dever parte, originalmente, de um dos partícipes, seja aquele que esteja obrigado, seja aquele que tem condições de exigir o cumprimento daquela cláusula contratual estipuladora de direito, obrigação ou dever.

Será no confronto da interpretação estimulada por uma das partes e a resposta dada pela contraparte que se desenvolverá, ainda que despida de observância de formalidades específicas, uma etapa negocial sobre a interpretação dos termos do contrato público. A resposta que a contraparte pode apresentar, nesse caso, pode variar, conforme o contexto, podendo se limitar a aceitar a interpretação dada, suscitar a existência de deficiências, irregularidades ou insuficiências do clausulado, refutar a interpretação e conferir a sua própria versão interpretativa, ou, ainda, propor o acertamento da interpretação em acordo, à luz do que se prevê no artigo 113, parágrafo 2º e no artigo 421-A, inciso I, do CC/2002, introduzido pela Lei Federal 13.874/2019.

Ainda que, no limite, possa restar sob a prerrogativa unilateral da administração pública a declaração do direito aplicável a uma ou bloco de cláusulas contratuais, é certo que esse

⁶⁸ Sobre o tema, confira-se: MARQUES JUNIOR, José Jair. “Interpretação de contratos públicos por acordo: a aplicabilidade da Lei Nacional de Liberdade Econômica (LNLE) à administração pública contratante”. Em: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (org.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*. Volume 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 280-290.

processo interativo de ações e reações entre as partes, voltadas ao preenchimento das cláusulas contratuais, é inegável que a confrontação e o relacionamento derivado dessas comunicações pode ser compreendido como uma expressão de uma atividade negocial e pode ensejar, como produto, a interpretação por acordo das cláusulas e termos do contrato de concessão.

Num segundo aspecto, sobre a aludida *negociação de convergência*, pode-se admitir que no contrato a aproximação das partes em negociação seja determinada pelo próprio instrumento, a fim de que, de modo concertado, as partes expressem manifestações conjuntas, como forma de composição de algum interesse relevante delimitado no contrato originado dessa composição amigável.

O campo da negociação de convergência é irrestrito, podendo variar dos temas que ambas as partes já tenham enfileirado nas cláusulas como um problema expectado a ser superado ao longo da execução contratual (o exemplo da obtenção de financiamento no contexto de restrição fiscal e baixo volume de recursos financeiros disponíveis no mercado, ou, ainda, a obtenção de autorizações e licenças ambientais) ou de contingências futuras apresentadas ao longo da execução (a exemplo de ocorrências de força maior ou caso fortuito, que sejam reconhecidas, por ambos os polos, como impactantes do desenvolvimento adequado das obrigações contratadas).

O contratante privado pode, no exemplo de se deparar com a frustração de promessa feita por instituições financeiras de fomento públicas quanto à concessão de financiamento ao empreendimento concessório, conversar com o contratante público, no sentido de pactuar nova disciplina de prazos para a obtenção de tal financiamento, evitando-se a configuração de inexecução contratual.

No terceiro exemplo, a *negociação de recomposição de equilíbrio* parte do pressuposto de que todo contrato público tem, na sua formação, a identificação de um equilíbrio econômico-financeiro inicial, parametrizado pelo encontro dos dados econômicos, financeiros, técnicos da proposta e da matriz de riscos convencionalizada. E é complementado de um segundo pressuposto, no sentido de que a relação contratual público-privada, quanto mais complexa seja e de projeção alongada no tempo, se suscetibiliza a ocorrências que, vinculadas ou não à conduta das partes, podem influenciar e gerar desbalanceamento do equilíbrio contratual.

A admissão da negociação para recomposição do equilíbrio é reconhecida na doutrina como método pertinente, a fim de que sejam definidos, de forma consensual, não apenas os dados

sobre os quais se identificará a necessidade de recomposição, mas também sobre os métodos que serão aplicados para o rebalanceamento da relação⁶⁹.

Por fim, a negociação interna ao contrato público pode assumir a forma de *negociação de divergências*, como *meio de prevenção ou resolução de disputas* havidas ao longo do contrato.

Prevenir ou resolver conflitos pressupõe a habilitação dos partícipes para que possam administrar ou gerenciar os interesses de suas entidades, numa composição direta, sem intermediários. Os partícipes autorregulam-se e resolvem, entre si, as pendências, podendo, se o caso, ser auxiliadas tecnicamente por terceiros (como na hipótese de contratação de câmaras técnicas ou *dispute boards*). A negociação, para encerrar ou evitar a ocorrência de um conflito, privilegia a autocomposição, em detrimento da heterocomposição, esta última compreendida como os mecanismos adjudicatórios de solução de conflitos que dependem da intervenção e decisão de um terceiro externo à relação contratual (a exemplo da arbitragem e do controle exercido pelo Poder Judiciário).

Explicitadas essas principais funções atribuídas à negociação interna nos contratos públicos, constata-se o fato de que os instrumentos contratuais de concessão de infraestrutura examinados na presente pesquisa apresentam, com certo grau de variação e densidade a depender da entidade contratante e do tempo em que celebrados os contratos, essas quatro funcionalidades da negociação público-privada, ou apenas algumas delas.

Os contratos da Primeira Etapa de Concessões de Rodovias do Estado de São Paulo contam com as cláusulas de negociação saneadora ou integradora pela via da interpretação (cláusula 4^a⁷⁰, contrato da AUTOBAN), negociação de convergência na definição de programa de

⁶⁹ Letícia Lins de ALENCAR afirma que “*não há lei que discipline os meandros da negociação direta entre a Administração Pública e os concessionários. No entanto, trata-se de ferramenta ínsita à gestão de qualquer tipo de contrato e implícita, na Lei Geral de Concessões, ao tratar sobre as hipóteses de manutenção e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.*”. Em: ALENCAR, Letícia Lins de. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 216.

⁷⁰ “CLÁUSULA 4ª. INTERPRETAÇÃO.

4.1. Na interpretação, integração ou aplicação de qualquer disposição do CONTRATO, deverão ser consideradas em primeiro lugar as cláusulas contratuais e, depois, as disposições dos ANEXOS que nele se consideram integrados, conforme cláusula 2ª, que tenham maior relevância na matéria em causa.

4.1.1. Se nos Projetos Executivos apresentados pela CONCESSIONÁRIA e aprovados pelo CONTRATANTE existirem divergências entre as peças, que não se possam resolver através de recurso às regras gerais de interpretação, observar-se-á o seguinte:

4.1.1.1. As peças desenhadas prevalecerão sobre todas as outras quanto à localização, especificações, características dos serviços e especificações relativas às suas diferentes partes;

4.1.1.2. No que se refere à natureza e aos métodos construtivos dos trabalhos, prevalecerão as condições do Projeto Básico constante do Edital de Concorrência;

trabalho para a declaração de utilidade pública de imóveis desapropriáveis necessários à implantação, operação e exploração da rodovia (cláusula 17.1.1.,⁷¹ contrato da AUTOBAN), negociação de recomposição de equilíbrio pela definição da modalidade adequada ao rebalanceamento (cláusula 25.3.⁷², contrato da AUTOBAN) e, por fim, negociação de

4.1.1.3. Nos demais aspectos, prevalecerá o que constar da memória descritiva e escrita das restantes peças do Projeto Básico.”

⁷¹ “CLÁUSULA 17. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA.

17.1. São de responsabilidade da CONTRATANTE as providências necessárias à declaração de utilidade pública, pelo PODER CONCEDENTE, dos imóveis a serem desapropriados para a realização do objeto da CONCESSÃO, incluindo aqueles de uso temporário ou objeto de instituição de servidões.

17.1.1. As PARTES, de comum acordo, estabelecerão um programa de trabalho, estabelecendo os prazos para a obtenção da declaração de utilidade pública dos imóveis, para fins de desapropriação ou de instituição de servidões, e os elementos necessários que deverão ser fornecidos pela CONCESSIONÁRIA, dentro das condições previstas na legislação aplicável e compatível com os prazos fixados para a realização dos serviços compreendidos pelas FUNÇÕES DE AMPLIAÇÃO (...)”

⁷² “CLÁUSULA 25. – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

25.1. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, nos seguintes casos:

I. Modificação unilateral, imposta pelo CONTRATANTE, ou pelo PODER CONCEDENTE, nas condições do CONTRATO desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos;

II. Ocorrência de casos de força maior, nos termos previstos na Cláusula 51.

III. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações no mercado financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, para mais ou para menos.

IV. Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos.

(...) 25.3. Sempre que se deva fazer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, pela ocorrência dos fatos definidos no item 25.1., essa recomposição poderá ter lugar, caso não haja acordo entre as PARTES, pela forma que for escolhida pelo CONTRATANTE e aprovada pelo PODER CONCEDENTE, através de uma das seguintes modalidades:

I. Prorrogação ou redução do prazo da CONCESSÃO;

II. Revisão extraordinária da tarifa de pedágio;

III. Uma combinação das modalidades anteriores.”

divergências pela cláusula de solução amigável de resolução de controvérsias (cláusulas 52⁷³ – divergências técnicas – e 53⁷⁴ – divergências contratuais).

Vale ressaltar que, nas etapas de concessões subsequentes, a referência ao processo de solução de divergências contratuais foi eliminada, tendo restado tão-somente a designação

⁷³ “CAPÍTULO XXII – SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS

CLÁUSULA 52. DIVERGÊNCIAS TÉCNICAS.

52.1. Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica, será constituída, nos 30 (trinta) dias seguintes à assinatura do CONTRATO, por ato do SECRETÁRIO DOS TRANSPORTES, uma Comissão Técnica, composta por 3 (três) membros efetivos e 3 (três) membros suplentes, que substituirão os membros efetivos em suas ausências ou impedimentos.

52.1.1. A Comissão Técnica será competente para emitir pareceres fundamentados sobre as questões que lhe forem submetidas pelo CONTRATANTE ou pela CONCESSIONÁRIA, relativamente a divergências que venham a surgir quanto aos aspectos técnicos dos serviços correspondentes a FUNÇÕES OPERACIONAIS, FUNÇÕES DE CONSERVAÇÃO e a FUNÇÕES DE AMPLIAÇÃO.

52.1.2. Os membros da Comissão Técnica serão designados da seguinte forma:

I. um membro efetivo, e o respectivo suplente, pelo CONTRATANTE;

II. Um membro efetivo, e o respectivo suplente, pela CONCESSIONÁRIA;

III. Um membro efetivo, que será o Presidente da Comissão, e o respectivo suplente, pelo SECRETÁRIO DOS TRANSPORTES.

52.1.2.1. O membro efetivo e o respectivo suplente, designados pelo SECRETÁRIO DOS TRANSPORTES, deverão ser profissionais independentes, de conceito reconhecido.

52.1.3. O procedimento para solução de divergências iniciar-se-á mediante a comunicação, pela PARTE que solicita o pronunciamento da Comissão Técnica, à outra PARTE, de sua solicitação fornecendo cópia de todos os elementos apresentados.

52.1.4. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da comunicação referida no item anterior, a PARTE reclamada apresentará as suas alegações relativamente à questão formulada, encaminhando à outra PARTE cópia de todos os elementos apresentados.

52.1.5. O parecer da Comissão Técnica será emitido em um prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data do recebimento, pela Comissão, das alegações apresentadas pela PARTE reclamada, se outro prazo não for estabelecido pelas PARTES, de comum acordo, e aceito pela Comissão Técnica.

52.1.6. Os pareceres da Comissão Técnica serão considerados aprovados se contarem com o voto favorável de, pelo menos, 2 (dois) de seus membros.

52.1.7. As despesas com o funcionamento da Comissão Técnica e os honorários de seu Presidente, e do respectivo suplente, serão rateados entre as PARTES.

52.1.8. A submissão de qualquer questão à Comissão Técnica não exonera a CONCESSIONÁRIA de dar integral cumprimento às suas obrigações contratuais e às determinações do CONTRATANTE, incluindo as emitidas após a apresentação da questão, nem permite qualquer interrupção no desenvolvimento das atividades relacionadas com a CONCESSÃO.

52.1.9. Se qualquer das PARTES não aceitar o parecer aprovado pela Comissão Técnica, poderá, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do recebimento da comunicação respectiva, solicitar à outra que a questão seja submetida à Comissão de Conciliação”

⁷⁴ “CLÁUSULA 53 – DIVERGÊNCIAS CONTRATUAIS

53.1. Além das questões submetidas à Comissão Técnica, cujo parecer não seja aceito por qualquer das PARTES, estas poderão pôr-se de acordo para dirimir outras eventuais divergências que possam surgir, sobre a aplicação ou interpretação das disposições do CONTRATO, através da Comissão de Conciliação.

53.2. A Comissão de Conciliação será composta por 3 (três) membros, cabendo a cada uma das PARTES a indicação de um membro, sendo o terceiro escolhido de comum acordo pelos outros dois membros designados pelas PARTES, devendo a escolha recair sobre profissional de comprovada experiência em Direito Administrativo.

53.2.1. Será considerada constituída a Comissão de Conciliação na data em que o terceiro membro aceitar a escolha e comunicar essa aceitação às PARTES.

53.2.2. A Comissão de Conciliação poderá ser assistida por técnicos que considere conveniente convocar.

53.3. A Comissão de Conciliação decidirá segundo o direito constituído e se pronunciará no prazo máximo de 6 (seis) meses.”

de Comissões Técnicas para a solução de divergências de natureza técnica entre as partes (a exemplo do contrato de concessão rodoviária dos Trechos Sul e Leste do Rodoanel Mário Covas, licitado no ano de 2010, cláusula 48, denominada “Divergências Técnicas”).

No âmbito do DNER, pode-se fazer referência ao contrato da Primeira Etapa de Concessões Rodoviárias, celebrado com a concessionária CONCERT, relativamente uniforme e padronizado aos demais contratos da mesma etapa. Nele também podem ser coletados os exemplos das quatro funções atribuídas às negociações internas ao contrato. Quanto à negociação saneadora ou integradora, pode-se atribuir essa qualidade tanto à cláusula geral de interpretação (cláusula 8, contrato CONCERT), quanto ao dever geral assumido por ambas as partes, no curso daquela concessão rodoviária, no sentido de estabelecer um dever de reciprocidade e cooperação ao longo da execução contratual, para lograr êxito nos objetivos e metas da concessão (cláusula 159, contrato CONCERT). A respeito de uma negociação de convergência, que se imiscui, em certa medida, com a negociação de recomposição de equilíbrio, observa-se a possibilidade de as partes, em mútuo entendimento, alterar cláusulas do contrato, focadas em duas matérias, a substituição de garantias e definição do método adequado para modificação do valor da tarifa básica do pedágio (cláusula 206, contrato CONCERT). Ainda quanto à negociação destinada à recomposição de equilíbrio, pode-se cogitar aquela que determina que qualquer modificação das cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão depende de prévia concordância da concessionária para serem efetivadas (cláusula 6, contrato CONCERT). Por último, quanto à negociação de divergências, observa-se que o referido contrato dispôs a possibilidade de as partes celebrarem acordo com a finalidade de remeter a questão para ser resolvida por “Processo Amigável de Solução das Divergências Contratuais” e, no âmbito procedimental, de as partes definirem os membros dessa comissão, na hipótese de o pleito do concessionário de revisão tarifária ser rejeitado pelo contratante público (cláusulas 68, 185 a 205, contrato CONCERT).

No âmbito da ANTT, no caso da Segunda Etapa do PROCROFE, pode-se exemplificar com o contrato celebrado com a concessionária Autopista Fernão Dias, com cláusulas padronizadas relativamente às outras concessões da mesma etapa. Em tal contrato, foram estipuladas cláusulas de negociação saneadora e integradora, como na hipótese de acordo possível a ser chegado na ocorrência de divergência interpretativa sobre peças nos projetos executivos apresentados pela concessionária (cláusula 1.8., contrato Autopista Fernão Dias) e na cláusula geral de reciprocidade e cooperação (cláusula 2.6., contrato Autopista Fernão Dias). Também são aferidas cláusulas de negociação de convergências (na hipótese de

alteração do contrato para a substituição de garantias, na cláusula 1.9., alínea “b”, contrato Autopista Fernão Dias), negociação de recomposição de equilíbrio (na mesma cláusula 1.9., alínea “b”, contrato Autopista Fernão Dias). Não há, nesse contrato, disciplinamento explícito sobre negociação genérica de divergências, o que não significa a impossibilidade da superação amigável das divergências, ferramenta que poderia ser depreendida como uma extensão natural do dever geral de reciprocidade e cooperação.

As funcionalidades das negociações, portanto, podem ser exercitadas isoladamente (como no caso da definição consensual de reajuste, prevista nas cláusulas 60 e 61 do contrato CONCERT), ou ao mesmo tempo, como se vê da possibilidade ditada nos contratos da Primeira Etapa de Concessões de Rodovias do Estado de São Paulo de a interpretação das cláusulas contratuais poder servir de fonte ao aparecimento de divergências e, com isso, sugerir-se a sua resolução por intermédio da adoção consensual de uma Câmara de Conciliação.

3.2. MOTIVOS PARA A NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA EM CONTRATOS PÚBLICOS.

Na linha do processo administrativo negocial, é oportuno apresentar os motivos possíveis que podem justificar o impulso de uma negociação ou renegociação de um contrato público.

Segundo Marcos NÓBREGA⁷⁵, constituem motivos para a renegociação do contrato público (i) uma inadequada atenção das partes a aspectos políticos e institucionais que interferem na dinâmica do contrato (por exemplo, fragilidade e deficiência das instituições brasileiras que atuam na regulação e no controle desses contratos; a existência de um “clima de euforia” com ciclo virtuoso de crescimento, sem atenção a problemas estruturais do país); (ii) a tolerância ou permissividade do governo com relação a propostas agressivas dos interessados no processo de licitação para acesso ao mercado público de infraestrutura (como alude NÓBREGA, há um estabelecimento de propostas no limite do inexecutável, a ponto de forçar a renegociação como forma de reduzir custos ao poder público, já que se tornaria demasiado oneroso retomar do zero o processo de contratação); (iii) a falta de precisão e detalhamento metodológico na redação das cláusulas contratuais e a natureza de adesão desse tipo de contrato, já anexado ao edital de licitação, a resultar em reduzido âmbito de capacidade negocial antes da formação do contrato público; (iv) o reduzido e enfraquecido poder de *enforcement* das instituições estatais envolvidas no processo de contratação (o poder público

⁷⁵ NÓBREGA, Marcos. “Análise econômica do Direito administrativo”. Em: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 404-416, versão digital.

angaria, em seu benefício, poucos mecanismos para exigir a execução do serviço, mas se vale de instrumentos reconhecidamente de viés sancionatório, como a ativação de garantias contratuais e imposição de sanções ao contratado).

GUASCH enumera alguns fatores determinantes à renegociação, agrupando-os em (i) choques macroeconômicos, (ii) o desenho e modelagem do instrumento concessório; (iii) o ambiente da regulação administrativa; (iv) o ambiente político e comportamental das partes, como o nível de corrupção experimentado no país; e, finalmente, (v) outros fatores gerais, como o ineditismo ou a experiência já consolidada de contratação de concessões num dado setor, que podem ensejar num acréscimo ou decréscimo da probabilidade de negociação⁷⁶.

Nota-se desse arrolamento, não exaustivo, um amplo leque de motivos que podem justificar a aproximação das partes para uma negociação num contrato de concessão de infraestrutura, sobretudo diante da constatação de que as expectativas iniciais constantes do contrato público podem não se concretizar na execução contratual, como também contingências fáticas, ou alteração de marcos institucionais e regulatórios, podem demarcar a impropriedade da manutenção de certas obrigações ou contrapartidas contratuais e exigir a sua remodelação diante das peculiaridades novas.

3.3. AS DISTINÇÕES ENTRE PROCESSOS DE NEGOCIAÇÃO E RENEGOCIAÇÃO.

Como inicialmente ressaltado por ocasião da introdução, processos administrativos de negociação e renegociação possuem amplitudes e campos de incidência diferenciados entre si, tratando-se de uma relação de gênero (negociação) e espécie (renegociação, repactuação abrangente das bases contratuais) o seu enquadramento.

A relevância da distinção entre processos negociais e renegociais se justifica pela própria disposição das partes, ao originalmente celebrar o contrato. Ao entregar a proposta para participar do certame licitatório, o propósito da licitante, afastada uma hipótese de comportamento malicioso e corruptivo, é o de se sagrar vencedora e obter a adjudicação do objeto licitado. Para cumprir esse objetivo, a empresa licitante desenvolve estudos internos, toma conhecimento dos estudos e projetos trazidos pela administração pública para a concepção do negócio a ser concedido, pode inspecionar presencialmente os locais da exploração da infraestrutura preexistente ou a construir e, especialmente, precifica os custos

⁷⁶ GUASCH, J. Luis. "Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right". Washington D. C., World Bank Institute, 2004, p. 89-90. Disponível em: http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Guasch_Granting_and_Renegotiating.pdf. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

e riscos envolvidos no projeto a fim de que seja atingida uma exploração lucrativa, à luz da demanda e receita projetadas.

Se o projeto originalmente licitado já contemplar e explicitar as possibilidades de negociação e renegociação, tornando-se elevada a previsibilidade de sua ocorrência, o licitante pode se sentir estimulado a apresentar proposta mais agressiva, fiando-se na deficiência do poder público de acompanhar e fiscalizar o projeto concessório, diante das assimetrias informacionais em desfavor do contratante público, e na relação de custo-benefício entre as vantagens e desvantagens de conservar, renegociado, o contrato ou de o extinguir em razão de inexecuibilidade constatada das obrigações contratuais.

Caso os processos negociais e renegociais não tenham as suas balizas predeterminadas, o licitante igualmente pode pautar uma proposta agressiva e de exequibilidade duvidosa, sem a certeza, todavia, de que os processos negociais e renegociais sejam implementados.

Em cada um dos casos citados, as adaptações negociais, gerais e pontuais, tendem a serem mais aceitáveis e terem menores restrições em comparação aos processos renegociais, mais amplos, nos quais a obediência à motivação idônea e à identificação da substância inflexível do objeto licitado constituem garantias mínimas à validade da referida repactuação.

Observe-se da doutrina, igualmente, uma diferenciação entre *renegociação* e *revisão do contrato de concessão*, como se depreende do seguinte trecho da obra de Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO:

“As revisões são procedimentos pautados por critérios estabelecidos no contrato ou em regulamento emitido pela Agência Reguladora, e ocorrem periodicamente, com o objetivo de adequar as condições contratuais às vicissitudes da prestação do serviço ou para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Já a renegociação é a modificação de condições do contrato independentemente de critérios nele previamente estabelecidos ou em regulamentos gerais da respectiva Agência Reguladora.

(...) Note-se que a fronteira entre renegociação e revisão contratual pode ser de difícil delimitação. Em alguns casos, apesar de os contratos ou regulamentos preverem os procedimentos para a revisão das condições contratuais, não estabelecem os exatos limites e os critérios a serem utilizados. Não é incomum que os procedimentos de revisão contratual dêem, na prática, abrigo a renegociações.”⁷⁷

⁷⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 128-129.

Ainda que os autores não tenham apontado essa característica, o processo de revisão previsto no contrato de concessão, por imperativo legal (artigo 9º, parágrafo 2º e artigo 10, da Lei Federal 8.987/1995), pode reunir características negociais⁷⁸, na forma da abrangência versada na presente pesquisa. Logo, assumindo a característica de um possível processo negocial, a revisão tarifária e das condições do contrato pode evoluir para uma renegociação, caso decidido mutuamente entre os partícipes do contrato assim o fazer, inexistindo interdição legal para o cumprimento desse objetivo.

Letícia Lins de ALENCAR especifica uma utilidade ao processo de renegociação, ao afirmar que ele pode servir para suprir a insuficiência dos mecanismos ordinários endocontratuais de manutenção do equilíbrio financeiro. Para a autora,

“A garantia do equilíbrio econômico-financeiro, da forma concebida pelo direito administrativo, é um mecanismo cuja observância se impõe inclusive de forma coercitiva e, por essa razão, tem cabimento nas hipóteses restritas autorizadas por lei e conforme delineadas no contrato, em meio aos critérios de revisão e reajuste, não podendo servir de fundamento para que esse tipo de alteração – calcada na percepção individual das partes quanto àquilo que, concretamente, pode ser a solução mais adequada para assegurar a hígida execução contratual – seja realizada.

Apesar disso, embora seja vedada à Administração Pública a realização de alteração unilateral do contrato para modificar seu sinalagma econômico-financeiro, a renegociação, voltada à modificação das próprias bases da equação econômico-financeira dos contratos, constitui mecanismo extracontratual idôneo para a efetivação da justiça substancial subjetiva (...) e pode ser adotada em concreto, desde que haja mútuo acordo”⁷⁹

Ou seja, a autora mencionada admite a convivência de ambos os instrumentos, de *revisão* e *renegociação* dos contratos de concessão, cada qual voltado a um objetivo diverso, também estabelecendo a fronteira entre um e outro na previsão contratual, presente no caso da revisão, ausente no caso da renegociação.

No limite, a distinção mais relevante a ser observada pode ser extraída do detalhe de que o processo revisional baseado no contrato não necessariamente resulta de aproximação

⁷⁸ Aline Lícia KLEIN apontou, no caso da ANTT, a existência do procedimento de revisão quinquenal, introduzido a partir da Segunda Etapa de Concessões Rodoviárias, em 2008. O objetivo desse tipo de revisão nas concessões rodoviárias seria, segundo a autora, “a reavaliação da concessão ou do Programa de Exploração Rodoviária (PER), para adequá-los às reais necessidades do sistema rodoviário ou do cenário econômico”, podendo servir como “importante instrumento para que, periodicamente, as partes repactuem determinados aspectos do contrato adequando-o à realidade”. A autora sustenta que a potencialidade do instrumento ainda não teria sido atestada na realidade, porque vem sendo pouco utilizada. Em: KLEIN, Aline Lícia. “Consensualidade na execução dos contratos de concessões rodoviárias”. Em: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord.). *Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes, arbitragem, concessões, contratos, desinvestimento estatal, mobilidade urbana, obras públicas, PMI, regulação, transformação digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 28.

⁷⁹ ALENCAR, Letícia Lins de. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 155.

consensual entre as partes, o que não impede ele possa assumir essa feição consensualizada e negociada ao longo do seu percurso. Por outro lado, a renegociação, pela profundidade de seu impacto, dirigido sobre as bases da equação econômico-financeira tutelada pela garantia constitucional do ato jurídico perfeito, merece o encontro consensual em todo caso, exigida a concordância da concessionária e do contratante público quanto à delimitação de seus efeitos.

Passamos, no capítulo seguinte, a enfrentar detidamente os conteúdos dos aditamentos aos contratos de concessão de rodovias e a averiguação dos acordos nele fixados.

CAPÍTULO 4 – ESTUDO DE CASO: ACORDOS ADMINISTRATIVOS NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS E ANÁLISE DO PROCEDIMENTO CONDUCENTE À CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS

4.1. ESPECTRO DE ANÁLISE ESCOLHIDO: CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS E AS ESTADUAIS DE SÃO PAULO.

Neste capítulo, teremos por enfoque a análise jurídica da prática de acordos administrativos endógenos aos contratos de concessão de infraestrutura.

Por opção metodológica, foi definido um espectro material de análise, os termos aditivos celebrados em concessões de rodovias federais e estaduais de São Paulo.

A escolha do setor de rodovias não torna, como significado, a irrelevância de outros setores da infraestrutura pública, como saneamento, energia elétrica e telecomunicações. A adoção desse recorte temático é resultado da confluência de alguns aspectos de relevo, entre eles a *fertilidade de dados*, a facilitação do *rastreamento* dos documentos necessários à investigação, além de ser um setor com histórico de *competição* entre os agentes interessados e licitantes, a tornar plurais os comportamentos das sociedades empresárias que decidem por ingressar ou se manter como agentes contratantes nesse ambiente de negócios.

A expectativa, a partir do estudo do caso das rodovias, é permitir uma análise abrangente e que possa se expandir para os demais setores regulados, como repercussão da aprendizagem institucional das entidades reguladoras e dos agentes regulados.

O mapeamento dos acordos administrativos foi realizado por intermédio de investigação dos termos aditivos celebrados.

Adota-se o “termo aditivo” como objeto de pesquisa porque são os instrumentos documentais adotados pelas partes de um contrato público a fim de formalizar alterações, supressões ou complementações relevantes no instrumento contratual original.

As negociações, no sentido lato, podem ocorrer independentemente da chegada, como resultado, num acordo.

Assim como é necessário deixar ressaltado que a celebração de um termo aditivo não é indissociavelmente conectada à celebração efetiva de um acordo prévio sobre os aspectos disciplinados em tal aditamento.

Há, portanto, se reconhecer as diferenças intensidades de grau de consensualidade existentes em um termo aditivo, podendo variar de sua quase inexistência (reserva-se, no mínimo, um certo ponto de concordância, relativamente à anuência externada pelos partícipes para assinar o aditivo) à sua plena ocorrência (quando todo o processo administrativo negocial tenha contado, desde o seu impulso, com a participação dos contratantes e ponderação dos seus interesses envolvidos, culminando com a celebração consensual de um acordo).

O estudo sobre os termos aditivos, de natureza retrospectiva, acaba por desempenhar as finalidades de (i) identificar boas práticas para aplicação e replicação no futuro; (ii) averiguar pontos de incerteza ou insegurança jurídica que tenham resultado da celebração dos aditivos; (iii) explicitar a noção de aprendizagem contratual.

A exposição é agregada pela adoção, neste capítulo, de uma análise orientada pelos critérios objetivos previstos como regime mínimo desejável para a celebração de compromissos entre a administração pública em geral e particulares, disciplinados no artigo 26 da LINDB.

Como preliminar, é delineada uma síntese das especificidades de cada Programa de Concessão de Rodovias⁸⁰.

4.2. AS LINHAS GERAIS DOS PROGRAMAS DE CONCESSÕES DE RODOVIA FEDERAL E DO ESTADO DE SÃO PAULO.

4.2.1. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

⁸⁰ Para suporte dessas considerações, foram adotadas informações colhidas dos instrumentos contratuais e dos certames licitatórios, assim como fontes secundárias, ora discriminadas: (I) ANTT. “Histórico”. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/web/guest/historico>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022; (II) ARTESP. “Programa de concessões”. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/programa-de-concessoes.aspx>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022; (III) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS – ABCR. “Novos caminhos para Concessões de Rodovias no Brasil”. Disponível em: https://abcr.org.br/Library/novoscaminhos/abcr_relatorio_novos_caminhos.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022; (IV) CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva; MOREIRA, Sérvulo Vicente; MOTTA, Lucas Varjão. “Modelos de Concessão de Rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios”. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2378.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022; (V) CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. “Concessões Rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil”. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/5b/99/5b99c810-2de8-402b-bce0-7ab8d4130c4d/id_222691_concessoes_rodoviaras_miolo_1_1.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022; (VI) FERREIRA, Arian Bechara, *et al.* “Modelagem e Regulação de Projetos de Concessão Rodoviária sob a ótica do Financiador”. Em: *Revista BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, v. 27, n.54, p. 7-82, set. 2021. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/21524/3/BNDES_SETORIAL54%20-%20RODOVIAS-FINAL-rev14-12.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

No Programa de Concessão de Rodovias Federais (PROCROFE), as rodovias foram licitadas ao mercado de acordo com um programa sucessivo de Etapas, concentradas algumas unidades para certames licitatórios próximos ou conjuntos.

Na Primeira Etapa, entre 1994 a julho de 1997, especialmente na duração do primeiro mandato presidencial de Fernando Henrique Cardoso, foram licitadas e contratadas cinco concessões: (i) Ponte Rio-Niterói (BR-101/RJ) (concessionária CCR Ponte); (ii) BR-040/MG/RJ, Rio-Juiz de Fora (concessionária CONKER); (iii) BR-116/RJ/SP – Rio-São Paulo (concessionária CCR NovaDutra); (iv) BR-116/RJ – Teresópolis-Entroncamento BR-040/RJ (concessionária CRT); (v) BR-290/RS – Osório-Porto Alegre/Entroncamento BR-116/RS (concessionária Concepa). No total de extensão quilométrica, foram licitados 858 quilômetros de rodovias, observado o trecho mais curto o da Ponte Rio-Niterói, com 13,2 km, e o mais extenso o da NovaDutra, de 402 quilômetros. Observa-se o detalhe de que foi introduzida nessa Primeira Etapa (vi) a rodovia que inicialmente era delegada à responsabilidade do Governo do Rio Grande do Sul, no trecho de Polo de Pelotas, a BR 116-293/RS, explorado pela concessionária Ecosul, de extensão de quilometragem de 457,3 km.

O contratante público foi o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), tendo a ANTT, quando da sua instituição, assumido a posição de contratante público e os poderes, obrigações e deveres decorrentes.

O critério adotado para o julgamento na licitação, pela modalidade leilão, foi o de menor tarifa, ou seja, o maior deságio oferecido pelo licitante em relação à tarifa-teto determinada na licitação. Investimentos foram estipulados para serem realizados a partir de seis meses de vigência do contrato, com perfil voltado à realização de obras públicas. Havia variabilidade de prazo de vigência das concessões, entre 20 a 25 anos. Os reajustes da tarifa básica de pedágio foram estabelecidos com base numa cesta de índices, integrada por atividades relacionadas a obras públicas (terraplanagem, pavimentação, obras de artes especiais), calculados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e de porcentagem de participação na composição do índice previsto consoante parâmetros definidos no contrato. Os mecanismos de revisão de tarifas não tinham periodicidade predeterminada e dependiam da apresentação de requerimento da concessionária para ser impulsionado.

Afere-se ausência de detalhamento da matriz de riscos, observada a pactuação de cláusula em que a concessionária assumira integral responsabilidade pelos riscos inerentes da concessão, em especial o risco geral de demanda na exploração da rodovia e de redução de

volume do trânsito por transferência de trânsito a outras rodovias existentes. Ficaram excetuados apenas os riscos que estivessem detalhados no contrato como de assunção do poder concedente, no entanto, não havia uma definição organizada ou predeterminada sobre quais riscos teriam sido atribuídos ao poder concedente.

O método de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro derivava da obediência da taxa interna de retorno do plano de negócios⁸¹ apresentado pela licitante à época do leilão.

Na Segunda Etapa do PROCROFE, entre 2007 a 2009, sob o Governo Lula, foram licitados pela ANTT oito projetos de concessão rodoviária.

Foram os seguintes: (i) BR-116/PR/SC – Curitiba-Divisa/SC/RS (concessionária Autopista Planalto Sul); (ii) BR-116/376/PR e BR-101/SC – Curitiba-Palhoça (concessionária Autopista Litoral Sul); (iii) BR-116/SP/PR – São Paulo-Curitiba (concessionária Autopista Régis Bittencourt); (iv) BR-381-MG/SP – Belo Horizonte São Paulo (concessionária Autopista Fernão Dias); (v) BR-101/RJ – Divisa-RJ/ES – Ponte Rio-Niterói (concessionária Autopista Fluminense); (vi) BR-153/SP – Divisa MG/SP – Divisa SP/PR (concessionária Rodovia Transbrasiliana); (vii) BR-393/RJ – Divisa MG/RJ – Dutra (concessionária Rodovia do Aço); (viii) BR-116-324/BA (concessionária Via Bahia).

No total de extensão quilométrica, foram licitados mais de 3,2 mil quilômetros, existindo, em comum nos projetos, uma quantidade relevante de quilometragem, variando desde o mínimo de 200 quilômetros do projeto da Rodovia do Aço até 562 quilômetros do projeto de concessão da rodovia Fernão Dias.

O critério de julgamento adotado foi o de menor tarifa, devendo o licitante oferecer o maior desconto/deságio, em lance único, sem estabelecimento de limite-piso quanto ao valor da tarifa. Esse modelo foi construído com a intenção do Governo Federal de baratear o valor das tarifas, comparado com a fase anterior, sendo que tal objetivo restou concretizado, com modelo tarifário nitidamente inferior em comparação à etapa antecedente. Havia naquele momento a sensação de crescimento econômico nacional e otimismo, tendo sido verificados

⁸¹ Confira-se, sobre esse tema: VIANA, Felipe Benedito; SOUZA, Henrique Carvalho de; BRANDÃO, Renan. “A utilização de plano de negócios como ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de rodovias”. Em: *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 163-210, dez. 2016. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/10157/1/RB%2046%20A%20utiliza%20a7%20a3o%20de%20plano%20de%20neg%20c3%b3cios%20como%20ferramenta%20de%20reequil%20econo%20c3%b4mico-financeiro%20em%20contratos%20de%20concess%20a3o%20de%20rodovias_P_BD.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

elevados deságios nas ofertas apresentadas e geração de alertas quanto à efetiva viabilidade das propostas apresentadas.

No contrato de concessão da 2ª Etapa – Fase II, o da ViaBahia, foi incluída a metodologia de desconto de reequilíbrio e fluxo de caixa marginal para operações de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão para certas hipóteses discriminadas no contrato. Nos demais contratos de concessão desta Segunda Etapa houve a vinculação do plano de negócios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e foram estabelecidos os mecanismos de revisão ordinária (abarcando a aplicação dos reajustes tarifários periódicos), extraordinária (revisão da tarifa básica do pedágio para incorporar efeitos decorrentes de força maior, caso fortuito ou fato da administração que impactem e alterem os encargos da concessionária) e quinquenal (de periodicidade a cada cinco anos, para reavaliação do Programa de Exploração da Rodovia e a sua compatibilização às necessidades dinâmicas da rodovia).

Houve aperfeiçoamento da delimitação da matriz de riscos. Muito embora remanescessem sob a concessionária os riscos inerentes à concessão (a exemplo da cláusula 4.1. do contrato da concessão Fernão Dias), foram especificados certos riscos atribuídos à concessionária (erros de quantitativos, danos na rodovia que poderiam ser objeto de seguro, variação de custos de insumos, mão-de-obra e financiamentos da concessionária, redução de volume de tráfego) e ao poder concedente (riscos derivados de seu inadimplemento contratual, alterações unilaterais ou fato de príncipe que provocar impacto econômico-financeiro ao contrato).

Na Terceira Etapa do PROCROFE, em 2013 e 2014, no Governo Dilma, a licitação de rodovias foi incluída no Programa de Investimento em Logística (PIL), realizadas sete licitações de novas concessões de rodovias. Em 2015, houve uma licitação referente a uma concessão originalmente da década de 1990 e que teve o prazo de vigência expirado, o da Ponte Rio-Niterói (concessionária Ecoponte).

Foram as seguintes concessões outorgadas: (i) BR-050/GO/MG (concessionária MGO Rodovias, de controle adquirido pela Ecorodovias, renomeada para Eco050); (ii) BR-163/MT (concessionária Rota do Oeste); (iii) BR-060/153/262/DF/GO/MG (concessionária Concebra); (iv) BR-163/MS (concessionária MSVia); (v) BR-040/DF/GO/MG (concessionária Via040); (vi) BR-101/ES/BA (concessionária Eco101); (vii) BR-153

(concessionária Galvão BR-153, contrato cuja caducidade foi declarada em 2017, cerca de três anos após a adjudicação no certame).

O critério de julgamento adotado na licitação continuou a ser o do maior deságio para a tarifa-teto ordenada no certame.

No total de extensão quilométrica, foram licitados mais de 5,3 mil quilômetros, caracterizada pela presença de trechos de elevada quantidade quilométrica (como a concessão administrada pela Concebra, de 1,1 mil quilômetros).

Destaca-se dessa Terceira Etapa a preocupação regulatória em determinar, como obrigação contratual, um elevado nível de investimentos nos primeiros anos das concessões de rodovias, especialmente em obras de duplicação. É perceptível igualmente a intenção da especificação na alocação de riscos, em que, a despeito de indicar a concessionária como responsável pela integralidade dos riscos associados à concessão, foram especificados diversos riscos postos à responsabilidade da concessionária, assim como foram detalhadas as hipóteses em que os riscos são de responsabilidade do poder concedente, a exemplo de decisão arbitral, judicial ou administrativa impeditiva de a concessionária cobrar a tarifa de pedágio ou reajustá-la de acordo com os parâmetros contratuais (cláusula 21 do contrato da BR-050/GO/MG)

As dinâmicas estabelecidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro passaram, a partir da Terceira Etapa, contar com a aplicação do fator “D” (em caso de atrasos ou inexecução de serviços e obras, parâmetros de desempenho, ampliação de capacidade, manutenção de nível de serviço), fator “C” (para as hipótese de evento que impacte exclusivamente na receita ou verba da concessionária) e a elaboração do fluxo de caixa marginal para as hipóteses remanescentes que exijam a recomposição. Vale destacar que o contrato de concessão também fez referência reflexa a que o procedimento da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro seria realizado em resolução da ANTT, outra inovação relevante.

Na Quarta Etapa do PROCROFE, em 2019, os contratos de concessão foram celebrados com as concessionárias ViaSul (rodovias BR-101/290/386/448/RS, as Rodovias Integradas do Sul, com 473 km), Ecovias do Cerrado (BR-364/365/GO/MG, com 437 km), ambas com prazo de 30 anos. Em 2021, celebrou-se o contrato de concessão com a concessionária Ecovias Araguaia (BR-153/TO/GO; BR-080/GO; BR-414/GO, com 850 km), com prazo de 35 anos.

Nos casos da licitação à concessão das Rodovias Integradas do Sul e o da BR-364-365/GO/MG, foi adotado o critério de julgamento do maior desconto à tarifa-teto de pedágio. Destacado o plano de novos investimentos exigido nos primeiros anos da concessão, na ordem de 30% do investimento estimado para todo o período da concessão e a exigência de que deverá ser aportado capital social adicional calculado com base no percentual de deságio que fosse apresentado na proposta da tarifa básica de pedágio (cláusula 8.4. do edital da licitação vencida pela concessionária Ecovias do Cerrado).

No caso da concessão da Ecovias Araguaia, por sua vez, foi adotado um critério híbrido de julgamento das propostas econômicas na licitação, permeado pela menor tarifa combinada com o maior valor de outorga.

Foram mantidos, nesses três contratos da Quarta Etapa, os mecanismos de revisão de tarifas, mediante os métodos de revisão ordinária (realizada anualmente pela ANTT para reajustar a tarifa), extraordinária (que se aperfeiçoará a cada cinco anos, com a análise conjugada dos pleitos apresentados pela concessionária, diminuído ou excepcionado tal prazo em caso de, entre outros, repercussão com obrigações assumidas com financiadores ou atraso de abertura de praças de pedágio por fato configurado como risco do poder concedente) e quinquenal (a exemplo das cláusulas 18.6, 18.7 e 18.8 do contrato da Ecovias Araguaia).

4.2.2. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE RODOVIAS PAULISTAS.

Numa outra ponta, temos a evolução dos contratos de concessão rodoviárias celebrados pelo Governo do Estado de São Paulo.

Impulsionado pelo Plano Estadual de Desestatização aprovado pela Lei Estadual 9.361/1996, foram licitados 12 lotes de concessões de rodovias na Primeira Etapa desse Programa.

Já estão com os contratos extintos por advento do termo contratual, ocorridos antes de 2021, as seguintes concessionárias dessa Etapa: Vianorte S/A (Contrato 002/CR/1998); Centrovias (Contrato 008/CR/1998); Autovias S/A (Contrato 009/CR/1998).

As demais concessões rodoviárias da Primeira Etapa continuam em vigor. São elas: Concessionária do Sistema Anhanguera Bandeirantes S/A – AUTOBAN (Contrato 005/CR/1998, lote 1, 319 km administrados); Concessionária de Rodovias Tebe S/A (Contrato 001/CR/1998, lote 3, 156 km administrados), Concessionária de Rodovias do Interior Paulista S/A Intervias (Contrato 011/CR/1998, lote 6, 375 km administrados),

Triângulo do Sul Auto-Estradas S/A (Contrato 006/CR/1998, lote 9, 442 km administrados), Renovias Concessionária S/A (Contrato 004/CR/1998, lote 11, 345 km administrados), Concessionária de Rodovias do Oeste de São Paulo Viaoeste S/A (Contrato 003/CR/1998, lote 12, 169 km administrados), Rodovias das Colinas S/A (Contrato 012/CR/1998, lote 13, 306 km administrados), Concessionária Rodovias Integradas do Oeste S/A – SPVIAS (Contrato 010/CR/1998, lote 20, 516 km administrados), Concessionária Ecovias dos Imigrantes (Contrato 007/CR/1998, lote 22, 176 km administrados).

Com a aprovação da Lei Complementar Estadual 914/2002, a ARTESP foi criada com a competência institucional de gerenciamento dos contratos de concessão de rodovias, entre outras atribuições, com o objetivo de arbitrar os interesses das concessionárias, do poder público concedente e dos usuários, em prol da satisfação da prestação regular e contínua do serviço e a observância de padrões de segurança, eficiência e atualidade.

Na Segunda Etapa de Concessões, novas concessões foram lançadas ao mercado entre meados da década de 2010 e o início de tal década, entre elas a Rota das Bandeiras (lote 7, 297 km administrados), CART (lote 16, 834 km administrados), VIARONDON (lote 19, 416 km administrados), RODOANEL Oeste (lote 24, 30 km administrados), SPMAR – Rodoanel Sul e Leste (lote 25, 116 km administrados).

Numa Terceira Etapa, específica, pode-se dizer que apenas um contrato de concessão de rodoviária foi licitado, dadas as peculiaridades envolvidas no negócio, a parceria público-privada (e não concessão comum como nas demais de lotes passados) vencida pela concessionária TAMOIOS (lote 27, 84 km administrados).

Numa Quarta Etapa, que podemos dizer ser a contemporânea, no final da década de 2010 e início da década de 2020, têm-se os projetos vencidos pelas concessionárias ENTREVIAS (lote 28, 570 km administrados), VIAPAULISTA (lote 29, 720 km administrados, parcialmente em trecho que anteriormente era explorado pela concessionária AUTOVIAS) e EIXO-SP (lote 30, 1.273 km administrados).

Feita a exposição dos contratos de concessão objetos da pesquisa, avança-se pela análise focada dos aditamentos celebrados, à luz dos critérios enumerados pelo artigo 26 da LINDB, como tentativa de parametrizar a eficiência dos mencionados termos aditivos.

4.3. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS MÍNIMOS DE CONFORMAÇÃO REGULAMENTAR DO COMPROMISSO DO ARTIGO 26 DA LINDB.

Como afirmado anteriormente, o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸² veicula uma novidade, relacionada à categorização de uma autorização genérica, abrangente de todos os entes da administração pública, para a celebração de compromisso com os interessados, a fim de conformar a conduta dos agentes envolvidos para o cumprimento dos objetivos delineados no instrumento de acordo.

4.3.1. ANÁLISE DOS TERMOS ADITIVOS CONFORME A SUA FUNCIONALIDADE.

A funcionalidade de um compromisso pode ser tanto preventiva, como reativa a alguma situação fática delimitada, exigindo-se, logicamente, que o compromisso seja voltado a resolução de uma questão focada, e não servir de planos genéricos ou desvinculados de identificação dos destinatários afetados.

O artigo 26 da LINDB é preciso em adotar quatro funcionalidades ao instrumento do compromisso. Três delas são voltadas à eliminação de situações que estejam impedindo ou prejudicando a ação da administração pública e do interessado, sendo elas (i) irregularidade, (ii) incerteza jurídica, (iii) situação contenciosa. Na quarta espécie, depreende-se que a funcionalidade do compromisso também terá, em combinação com as funcionalidades anteriores, a fixação de uma (iv) solução jurídica para o problema posto em consideração.

Analisemos cada objetivo do instrumento de compromisso.

A irregularidade não pode ser confundida com ilegalidade, uma vez que são abrangências distintas. Um ato irregular pode não ser ilegal, trata-se de uma situação que o próprio direito admite uma *correção*, uma retomada da rota, prescritos os meios e formas adequadas para que a situação seja regularizada.

Incerteza jurídica decorre do estado de impasse que esteja derivado da situação concreta que liga o interessado em celebrar o compromisso e a administração pública, ou, ainda, mesmo que mediatamente, haja algum tipo de conflito ou colidência entre duas ou mais orientações gerais (tais quais explicitadas pelo artigo 24, parágrafo único, da LINDB, que definem orientações gerais como “*interpretações e especificações contidas em atos públicos de*

⁸² Uma análise do compromisso previsto nesse dispositivo legal é realizada em: GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. “Art. 26 da LINDB – novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública”. Em: *Revista de Direito Administrativo – RDA Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*, p. 135-169, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022. Confirma-se, igualmente: MACHADO, Gabriel. *Acordos administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 96-114.

caráter geral, em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”).

Num terceiro plano, observa-se a finalidade do compromisso para a extirpação de uma situação contenciosa. Nesse momento, o interessado e a autoridade administrativa já se encontram em rota de colisão, com litígio instaurado (seja administrativa ou judicialmente) ou prestes a ser, em proximidade de tempo interpretada do comportamento das partes em comunicações recíprocas de descumprimento de deveres ou obrigações. A feição contenciosa é qualificada pela efetiva existência de um conflito.

No quarto objetivo do compromisso, que deve ser necessariamente combinado com uma das hipóteses anteriores, observa-se que ele deve ter por destinação a apresentação de uma solução jurídica ao caso objeto do compromisso, com os outros qualificadores de uma solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Ao se apontar a solução jurídica do compromisso, quer-se não apenas afirmar que ele resolve uma questão jurídica, mas indicar que a ação da administração pública em compromisso deve ser norteada pela lei e pelo direito aplicável, justificada pelas normas, regras e princípios regentes.

O artigo 26 da LINDB veicula outros parâmetros positivos e negativos à celebração do compromisso.

A proibição está em se impedir que, por meio do compromisso, se atribua ao interessado uma desoneração permanente de um dever ou condicionamento de direito que seja decorrente ou estabelecido por uma orientação geral (artigo 26, parágrafo 1º, inciso III).

No plano permitido, o compromisso deve trazer, com especificação e clareza, as obrigações que tenham sido convencionadas entre as partes, o regime de prazos para o cumprimento e, especialmente, a atividade sancionatória derivada da verificação da inexecução de tais obrigações⁸³. Uma das obrigações possíveis a serem celebradas no instrumento de compromisso é justamente a averiguação do que se fazer se as circunstâncias e obrigações convencionadas não se configurarem no plano fático e, porque alteradas, qual seria uma solução substitutiva ou alternativa a ser adotada pelas partes comprometentes.

⁸³ No TA 2/2019 da concessionária AUTOPISTA LITORAL SUL, foi prevista a inclusão de novos investimentos para a implantação do Contorno de Florianópolis-SC e, no mesmo termo aditivo, foram disciplinados marco temporal para impulso das obras, relatório de acompanhamento, exigência de contratação de seguros e garantia da execução contratual, definição de incidência de penalidade (multa moratória por dia de atraso).

No geral, os termos aditivos que tenham por objeto a inclusão de novos investimentos ou supressões de obrigações podem ser categorizados como soluções jurídicas que afastam incertezas jurídicas, essas originadas de eventual avaliação de que a não previsão de obras ou serviços originalmente no instrumento contratual não os tornaria possível serem incluídos no rol de obrigações assumidas pela concessionária⁸⁴, ou, no outro vértice, o contrário, por alguma suposta vedação a supressões. O mesmo raciocínio pode ser adotado aos termos aditivos que, mesmo originados por determinações de entidade de controle direcionadas à entidade reguladora⁸⁶, incluam metodologia de fluxo de caixa marginal para a apuração de impacto desses novos investimentos sobre o equilíbrio econômico-financeiro e os mecanismos para a sua recomposição. Há casos igualmente em que a metodologia do fluxo de caixa marginal foi apontada como o instrumento de revisão contratual necessário por conta de alteração superveniente de índices de reajustes tarifários e apuração de diferença entre o montante anual efetivamente percebido e o montante que teria sido recebido caso houvesse aplicação do reajuste originalmente previsto no contrato⁸⁷.

Nos Termos Aditivos 6/2001 e 8/2002 da concessionária NOVADUTRA houve o controle de uma incerteza jurídica, diante de esclarecimentos feitos sobre o que significaria a obrigação de manutenção da titularidade de controle acionário efetivo pelos acionistas principais da concessionária e qual seria o papel da entidade reguladora no sentido de autorizar obrigatória e previamente a alienação que importasse em redução de 51% das ações titularizadas pelos grupos empresariais sócios controladores da Companhia de Concessões Rodoviárias, controladora da concessionária. No Termo Aditivo 11/2014 da NOVADUTRA

⁸⁴ O TA 12/2014 da concessionária CONCERT, em que houve a inclusão de novas obras da Subida da Serra de Petrópolis. No Acórdão 738/2017, relatado pelo Ministro Bruno Dantas, o Plenário do TCU determinou à ANTT a exclusão e anulação de cláusula do termo aditivo que previa a possibilidade de, não se concretizando o aporte público esperado para a realização das obras, fosse pactuada a prorrogação de prazo de vigência da concessão, apontada a violação de uma série de leis e princípios (“*legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), eficiência (art. 37 da CF/1988 e art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995), supremacia do interesse público (princípio geral do direito), segurança, atualidade e modicidade tarifária (art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995), vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, 41, 55, XI, e 57, I, da Lei 8.666/1993, e 14 da Lei 8.987/1995), interesse público (arts. 57, I, da Lei 8.666/1993, 20, II, ‘b’, da Lei 10.233/2001; 2º, II, ‘b’, do Decreto 4.130/2002; e 2º Lei 9.784/1999), bem assim ao disposto no art. 37, XXII, da CF/1988”).*

⁸⁵ Confira-se o exemplo de inclusão da obrigação de disponibilização, de concessionária, de verbas e insumos à polícia rodoviária responsável pelo monitoramento e fiscalização da rodovia. Confirmam-se os TA 10/2011 da CONCERT, 11/2011 da CONCEPA, 9/2009 da NOVADUTRA.

⁸⁶ O TA 11 da concessionária CONCERT, em observância à determinação proferida pelo Plenário do TCU no Acórdão 2927/2011 direcionada à ANTT.

⁸⁷ No caso dos contratos da ARTESP, a inclusão da metodologia de fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em caso das diferenças tarifárias foi disposta nos seguintes termos aditivos: termos aditivo e de retratificação 19/2011 da TEBE; 19/2011 da INTERVIAS, 25/2011 da COLINAS, 15/2011 da ECOVIAS, 19/2011 da RENOVIAS, 18/2011 da SPVIAS, 22/2011 da TRIÂNGULO DO SOL, 22/2011 da VIAOESTE.

houve acertamento da suspensão dessa obrigação de manutenção de 51% das ações ordinárias da concessionária, substituída por outra regra, no sentido de que incumbiria à ANTT emitir autorização prévia para a transferência de controle acionário da concessionária, direto ou indireto, sem estar vinculado ao percentual mínimo.

No que diz respeito ao compromisso para superação de irregularidade, podem ser mencionadas aquelas irregularidades reconhecidas por Tribunal de Contas ou Poder Judiciário e, mesmo que não concordes quanto à questão de fundo da irregularidade declarada, as partes venham a cumprir as decisões de controle externo e modificar os contratos de concessão por meio de aditamentos. Um exemplo é a Decisão 1460/2002 do TCU, relatada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues e proferida em outubro de 2002, que determinou ao contratante público incluir cláusula contratual, no capítulo de revisão de tarifas, no contrato da CONCEPA, a fim de prever que receitas adicionais havidas pela concessionária a título de receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados deveriam ser objeto de composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. O fundamento predominante da Decisão 1460/2002 do TCU foi a previsão legal do artigo 11 da Lei Federal 8.987/1995, que autoriza concessionários auferir essas receitas, e a sua aplicação imediata ao caso, porque o contrato de concessão fora celebrado sob a égide dessa lei geral de concessões. Sequencialmente a essa determinação do TCU, foi celebrado o Termo Aditivo 10/2003 da concessionária CONCEPA, justamente em adesão ao decidido pela Corte de Contas.

A respeito de compromissos para contornar situações contenciosas, os termos aditivos com esse enquadramento não foram numerosos⁸⁸, muito embora seja relevante o destaque necessário à celebração, pela ARTESP, dos termos aditivos com as empresas AUTOBAN, SPVIAS e VIAOESTE e com a empresa ECOVIAS, com a destinação de superação de passivos regulatórios existentes e encerramento de uma série de ações judiciais. Mais adiante será examinada especificamente a processualidade inerente a esses acordos, que redundaram na celebração de um acordo preliminar e um acordo definitivo (este já assinado, no caso da ECOVIAS). Houve um acordo substitutivo de processo sancionatório celebrado pela

⁸⁸ Diante de decisões judiciais proferidas em Ação Civil Pública 0015854-47.2016.4.01.3803, que tramita pela 1ª Vara Federal do Tribunal Regional Federação da Primeira Região, Subseção Judiciária de Uberlândia, foi apontado no TA 1/2017 que a concessionária ECO-050 assumiria a obrigação de novos investimentos, derivados da assunção de obras de trechos de segmentos rodoviários que estavam contratualizadas, na concessão, como de responsabilidade do DNIT, com aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

concessionária CONCERT, em que ela declarou ser devedora do pagamento de taxas de fiscalização devidas à ANTT e se comprometeu a realizar o pagamento, de modo parcelado, do saldo devedor apurado, com a inserção de cláusula contratual no instrumento originário⁸⁹.

4.3.2. ANÁLISE DOS TERMOS ADITIVOS CONFORME O SEU PROCEDIMENTO.

O artigo 26 da LINDB, ao disciplinar um regime geral de negociação de compromisso, não trouxe elementos procedimentais amplos. Limitou-se a fazer referência à necessidade de observância da legislação aplicável e a três procedimentos específicos, (i) oitiva do órgão jurídico, (ii) facultatividade de realização de consulta ou audiência pública e (iii) publicação em diário oficial para a liberação dos efeitos do ato-compromisso.

Deve ser inferido desse regime mínimo uma relativa *liberdade* procedimental. O artigo 26 da LINDB não limita o agente que possa tomar a iniciativa de requerer a celebração do compromisso (a inferir uma ampla legitimação dos interessados a acionar a referida ferramenta, inclusive a administração pública que seja parte em contratos administrativos), não define qual o procedimento deve ser atendido (a se inferir uma ampla possibilidade organizacional do ente que poderá receber ou iniciar a proposta de celebração do compromisso, não estando obrigatoriamente vinculado às normas gerais de processo administrativo que definam regras inaplicáveis à lógica de uma negociação), não estabelece qual seja a motivação esperada ou adequada de ser formalmente emitida pela autoridade administrativa competente (ressaltada apenas a necessidade de identificação das razões de interesse geral relevante).

Por se tratar o termo aditivo, o critério da investigação adotado, a ponta possivelmente de encerramento de um processo administrativo negocial, as informações a propósito de impulso do processo não foram expressadas com clareza na maioria dos instrumentos analisados. A referência a acolhimento de pleitos das concessionárias relativos a questões diversas às readequações de cronogramas físico-financeiros fora praticamente inexistente⁹⁰.

Há casos em que, devido à relevância, o preâmbulo dos termos aditivos apresenta motivação consistente, a fim de justificar a escolha feita pela celebração do acordo e apresentar a titularidade do pleito inicial. Dê-se como exemplo o Termo Aditivo 17/2018, do contrato da

⁸⁹ O TA 9/2004 da concessionária CONCERT.

⁹⁰ A título de exemplo do acolhimento de pleito de concessionária especificado como base à celebração do termo aditivo, consta o TAM 5/2003, no contrato da concessionária RENOVIAS, do programa paulista. Nele houve expressa referência a que o aditamento estava sendo celebrado devido à aprovação do pleito da concessionária para a supressão de uma praça de pedágio e que havia sido apreciado pelo Secretário Estadual de Transportes, acolhido sob o fundamento, como resumido no termo aditivo, em “justiça social”.

concessionária paulista ECOVIAS, do Sistema Anchieta-Imigrantes, em que foi identificado, a partir de uma solicitação apresentada pelo Município de Santos, um gargalo no acesso à margem direita do Porto de Santos, por existir um único acesso viável, e a ocorrência de congestionamentos frequentes, afetando a vida de munícipes e turistas. A solução proposta pela Prefeitura Municipal de Santos consistiu na implantação de um sistema binário de acesso ao Porto de Santos, a fim de aprimorar a fluidez e segurança aos usuários da rodovia, propiciar melhora no acesso à região da Alemoa pelos residentes locais, estimular o desenvolvimento socioeconômico da cidade de Santos-SP e o turismo regional. A concessionária, então, foi autorizada pela ARTESP a desenvolver os projetos executivos para a implantação da conexão entre o porto e a cidade de Santos-SP e, depois de autorizada pela ARTESP e anuída pela concessionária a aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para recompor o equilíbrio econômico-financeiro devido às novas obrigações mencionadas no Termo Aditivo, fora celebrado o termo aditivo, com a especificação das obras e investimentos a realizar.

Talvez uma solução de aperfeiçoamento consistente na régua trazida pela LINDB seria de permitir o conhecimento, por ocasião da celebração do aditivo, sobre quem é ou eram os proponentes do pleito⁹¹ ou se havia alguma determinação derivada do poder concedente ou entidade reguladora que se tornou, consensualmente, acolhido ou acolhida, após convergência de entendimentos entre as partes contratantes.

Ainda relativamente à fase inicial do processo administrativo negocial, pode-se identificar a pertinência, à luz dos artigos 29 e 30 da LINDB e 31 e 32 da Lei Federal 9.784/1999, de processo administrativo, da realização de audiências e consultas públicas. Comumente o tema do termo aditivo exorbita a esfera de interesses das partes contratantes⁹². Um dos exemplos notáveis dessa transcendência de interesses está em acordos celebrados entre concessionária e contratante público que versem sobre disciplina de praças de pedágio, sejam eles relativos à localização que tenha sido necessária de ser readaptada ou suprimida por circunstâncias verificadas ao longo da execução contratual, sejam concernentes à

⁹¹ Nos TA 4/1999 e 5/1999 da concessionária CONCER, foi explicitado que a solução consensual de adequação do PER decorria de pleitos formulados pela concessionária, a fim de implantação de novos acessos, supressão ou inclusão de obras e serviços.

⁹² O Plenário do TCU, no Acórdão 2927/2011, ao expedir a determinação da ANTT de adotar a metodologia de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro pelo fluxo de caixa marginal para novos investimentos, frisou expressamente que o manejo dessa ferramenta deveria ser acompanhado da garantia “*a todos os interessados o direito de manifestação, mediante audiências e/ou consultas públicas, com base nos art. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 23, inciso IV, e 29, inciso V, da Lei 8.987/1995 c/c art. 6º, inciso IX, 40, inciso X, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, e em conformidade com o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001*”.

implementação de melhoramentos tecnológicos (como métodos de sistema automático de cobrança, ampliado em toda a extensão da rodovia, e não apenas em praças fisicamente estabilizadas).

No campo das revisões ordinárias, os contratos de concessão rodoviária mais recentes licitados pela ARTESP (a saber, ENTREVIAS Concessionária de Rodovias, lote 28, VIAPAULISTA, lote 29, e EIXO-SP, lote 30) fixam a periodicidade quadrienal de sua realização, com amplo escopo, de rever e adaptar indicadores de desempenho, plano de investimentos, seguros, garantias e as outras condições da concessão para fim de se conformar às modificações fáticas e jurídicas relevantes do período de consideração. As revisões ordinárias contam com expressa sistemática de permeabilidade com os interesses da coletividade e de outros agentes influenciados pela concessão da rodovia, como municipalidades, usuários, moradores próximos ao trecho concedido.

Como exemplo da cláusula 24.3. do contrato da concessionária paulista EIXO-SP, a realização de audiências públicas é parte integrante do fluxo procedimental da revisão ordinária (cláusula 24.3.3.), ali se estipulando também a possibilidade de utilização de um sistema gerido pela concessionária (denominado “SISDEMANDA”), por meio do qual qualquer interessado pode incluir alguma solicitação no sentido de demandar a realização de novas obras, intervenções, investimentos ou adequações para melhora na prestação de serviços e condições do sistema rodoviário.

Sobre a exposição de motivação nos termos aditivos, considero uma relativa surpresa o resultado de que a motivação, apesar de não ilustrada nos termos aditivos iniciais celebrados (tanto no âmbito do DNER e do DER-SP, e das entidades que os sucederam, ARTESP e ANTT), passou a ser explicitada com frequência nos aditamentos firmados.

Uma hipótese a justificar o reforço de motivação conforme a passagem do tempo pode derivar de questionamentos, sejam provindos do Poder Legislativo na atividade de controle (como o Tribunal de Contas auxiliar agindo em representações em face dos acordos celebrados), sejam do Ministério Público ou da sociedade civil. Ainda que possa justificar alguma mudança de comportamento do contratante público ao definir a exposição dos motivos na minuta do acordo, a tendência das impugnações observadas tem se pautado em questionamentos pontuais⁹³ aos acordos, isoladamente, e não ao procedimento ou

⁹³ No início da prática da concessão de rodovias no âmbito federal, no primeiro termo aditivo celebrado no contrato de concessão da Ponte Rio-Niterói, o DNER elucidou os motivos pelos quais havia tomado a decisão pela celebração do contrato principal, a despeito da pendência de análise do monitoramento do processo

regulamento em si adotado pela entidade contratante pública para a emissão dos atos documentais pertinentes à celebração do acordo.

Exceção a essa constatação advém da realização da Comissão Parlamentar de Inquérito das “Tarifas dos Pedágios” (CPI dos Pedágios), na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, desenvolvida ao longo do ano de 2014. Presidida pelo então Deputado Estadual Bruno Covas, a instauração da CPI decorreu de um requerimento apresentado em 2011, por um agrupamento de Deputados Estaduais, com a finalidade de investigar os valores cobrados de tarifas pelas concessionárias de pedágio nas rodovias paulistas e se havia compatibilidade entre esses montantes e os contratos celebrados, o instrumento convocatório e a lei federal de concessões de serviços públicos⁹⁴. Houve ali um amplo questionamento à adoção da técnica de celebração de termos aditivos pela ARTESP, em especial aqueles que ensejaram em ampliação do prazo de vigência da concessão devido à recomposição de equilíbrio econômico-financeiro.

Como se depreende da memória constante do Relatório Final da Comissão da CPI das Tarifas dos Pedágios da ALESP⁹⁵, os participantes convidados a expor as suas posições e entendimentos sobre a sequencial produção de aditamentos aos contratos de concessão de rodovia do Estado de São Paulo

Relativamente aos termos aditivos modificativos firmados pelo Estado de São Paulo em dezembro de 2006 com as concessionárias com a finalidade de, adotando o método de extensão de prazo de vigência, recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, é de se notar que houve a atuação da ARTESP, cerca de cinco anos depois, em contratar uma nova consultoria (FIPE), realização de novos cálculos sobre o suposto desbalanceamento dos equilíbrios contratuais e, como resultado, ou a anulação administrativa (como no caso da concessionária Vianorte), ou a propositura, pela ARTESP e pelo concedente Governo do

licitatório pelo TCU, mas, por fim, acabou por acatar determinação expedida pelo TCU e alterou o instrumento contratual. A Decisão 188/1995 do Plenário do TCU considerou como “não-escrita” a cláusula 279 do contrato de concessão original, ao fundamento de que estava vigente, à época da assinatura de tal contrato, decisão do TCU que determinava a anulação do certame licitatório e o recurso interposto pelo DNER, a despeito de contar com efeito suspensivo, não teria o efeito liberatório para o prosseguimento da licitação. Vide: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Decisão 188/1995, Plenário, Relator Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Data da sessão: 10/05/1995.

⁹⁴ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). Requerimento 1.851/2011. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1041768>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

⁹⁵ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). Relatório final da CPI das Tarifas dos Pedágios. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/cpi_tarifas_pedagios_relatorio_final.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

Estado de São Paulo, de ações judiciais declaratórias de nulidade dos termos modificativos que redundaram nas extensões de prazos⁹⁶.

Não há exatamente coincidência temporal entre o reforço das motivações descritas nos termos aditivos e o acontecimento da CPI das Tarifas dos Pedágios. No entanto, foi possível constatar uma movimentação interessante no caso da ARTESP quanto à celebração de termos aditivos: houve uma queda acentuada na celebração de aditamentos a partir de 2014 (COLINAS, um termo aditivo; AUTOBAN, três aditivos; ECOVIAS, três aditivos; EIXO-SP, um aditivo; ROTA DAS BANDEIRAS, três aditivos; SPVIAS, dois aditivos; TEBE, um aditivo; VIAOESTE, um aditivo), considerado o histórico relativo de concessionárias com quase três dezenas de termos aditivos celebrados (como a Rodovia das COLINAS e a AUTOBAN).

No mais, quanto à exigência de apontamento de “interesse geral”, é possível colher dos termos aditivos que, como um fator constante, há uma preocupação singela de apontar os fundamentos legais e contratuais que conferem suporte à decisão da celebração do termo aditivo, assim como as circunstâncias fáticas que o ensejaram. O apontamento de interesse geral é incrementado em caso de questões que exorbitem a seara econômico-financeira entre os partícipes e tendam a afetar a coletividade.

No TAM 8/2006, da VIAOESTE, a alteração de cronograma físico-financeiro das obras, com a antecipação de uma série de obras de melhorias, duplicações e adequações

⁹⁶ Como memóriado do Relatório da CPI das Tarifas dos Pedágios, foram as seguintes ações propostas pela ARTESP e pelo Governo do Estado de São Paulo, processadas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de nulidade dos TAMs respectivos: (i) Processo 1013617-60.2014.8.26.0053, 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, referente à concessionária SPVIAS (TAM 14/2006, ampliação de 90 meses), conexa à ação proposta pela SPVIAS, Processo 019926-51.2013.8.26.0053, objetivando a declaração de impossibilidade de a ARTESP declarar a invalidade administrativamente do termo aditivo; (ii) Processo 1019684-41.2014.8.26.0053, 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, referente à concessionária VIAOESTE (TAM 12/2006, ampliação de 57 meses); (iii) Processo 1007766-40.2014.8.26.0053, 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, referente à concessionária RENOVIAS (TAM 13/2006, extensão de 50 meses); (iv) Processo 1022983-26.2014.8.26.0053, 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, referente à concessionária CENTROVIAS; (v) Processo 1027267-77.2014.8.26.0053, 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, referente à concessionária INTERVIAS (TAM 14/2006, extensão de 95 meses); (vi) Processo 1033457-56.2014.8.26.0053, 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, referente à concessionária Rodovia das COLINAS S/A (TAM 19/2006, extensão por 100 meses). Afora essas ações historiadas no relatório da CPI das Tarifas dos Pedágios, houve a ação ajuizada em face da (vii) AUTOBAN para invalidação do TAM 16/2006 (Processo 1040370-54.2014.8.26.0053, conexo ao Processo 1030436-72.2014.8.26.0053, ajuizado pela AUTOBAN para declarar a anulação do processo administrativo de invalidação do TAM mencionado); (viii) ECOVIAS para invalidação do TAM 10/2006 (Processo 1045799-02.2014.8.26.0053); e (ix) TEBE, para invalidação do TAM 11/2006 (Processo 1040986-29.2014.8.26.0053). A (x) AUTOVIAS propôs ação declaratória para anular o procedimento de invalidação do TAM 11/2006 (Processo 1014902-54.2015.8.26.0053), assim como a (xi) VIANORTE quanto ao TAM 07/2008 (Processo 1014891-25.8.26.0053).

operacionais nas rodovias do sistema da Rodovia Raposo Tavares (SP-270) foi acompanhada da descrição de dois interesses gerais (ali descritos como “interesse público”) reputados atendidos com a medida consensual. O primeiro interesse “público” seria o de antecipar melhorias físicas e operacionais no Sistema Rodoviário Castello Branco-Raposo Tavares, aumentando-se segurança, nível de serviço e conforto dos usuários nos trechos urbanos, e delimitando regime tarifário especial aos usuários de Marginais da Rodovia Castello Branco⁹⁷. O segundo interesse “público” apontado foi o de redução de interferência do tráfego das rodovias no segmento urbano, a fim de contribuir com a vida dos cidadãos dos municípios lindeiros das rodovias.

O TAM 1/2020, celebrado pela concessionária EIXO-SP com a ARTESP, em maio de 2020, trouxe exposição de motivos detalhada, com roteiro iniciado pelo êxito da proposta da concessionária para explorar os serviços do sistema rodoviário Lote Piracicaba-Panorama, a homologação da licitação em março de 2020, a prorrogação do prazo para assinatura do contrato, a superveniência da pandemia de covid-19 e a edição de atos governamentais de calamidade pública e restrição de circulação e quarentena em todo o território paulista. Diante de todas essas circunstâncias fáticas, associada à alocação de risco de caso fortuito ou força maior não segurável como de responsabilidade do poder concedente em cláusula específica (cláusula 48.1.1., item “iii”), foi acertado entre as partes que a pandemia do novo coronavírus (covid-19) seria reconhecida, entre as partes, como caso fortuito e força maior, justificadoras de aferição de efeitos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato (cláusula primeira, item 1.1.).

A respeito da oitiva prévia de órgão jurídico, o rastreamento dos termos aditivos não trouxe resposta segura a propósito da existência, ou não, de parecer jurídico apresentado. Isso diante da inclusão, como parte de fundamentação, a referência de que o termo aditivo ou estava relacionado a um processo administrativo específico que lhe dava suporte, ou tinha apoio em decisões proferidas no curso de outros processos administrativos autônomos.

Aparentemente, quando se tratava de questões sensíveis, em que haveria o risco potencial de invalidação do termo aditivo, as partes celebrantes tinham a intenção de deixar clara que a solução preconizada no acordo havia sido submetida a crivo anterior de assessoria ou consultoria jurídica, contratada externamente ou vinculada à entidade contratante pública,

⁹⁷ Esse mesmo objetivo, de assegurar tratamento tarifário diferenciado aos usuários das Marginais da Rodovia Castello Branco (SP-280), foi explicitado como um “interesse público concreto”, na motivação do Termo Aditivo 3/2002 da VIAOESTE.

ou, ainda, que a referida questão havia sido submetida a processo administrativo específico de avaliação de conveniência e oportunidade e aferição técnica da solução adotada pelas partes para a execução do contrato.

Dê-se, por exemplo, o caso de aditivos que indicavam, como objeto, a antecipação ou inclusão de obras⁹⁸ ou assunção de trechos não previstos em plano inicial de exploração da rodovia⁹⁹, ou de medidas inéditas, devido às circunstâncias de momento, como a implantação de projeto experimental de cobrança automática de pedágio pelo sistema ponto-a-ponto (ou *free-flow*)¹⁰⁰, o reconhecimento e declaração, do poder concedente, da caracterização da pandemia de covid-19 como hipótese de força maior e caso fortuito arrolada como risco do poder concedente e capaz de ensejar mensuração de seus efeitos para eventual recomposição do equilíbrio econômico-financeiro¹⁰¹.

Quanto a *fase de negociação efetiva*, em que apresentados os interesses recíprocos e delimitados os alcances em que as partes contraentes podem concretizar as suas propostas, os termos aditivos examinados não trazem minúcias a respeito dos temas que tenham sido ponderados, ou afastados, a fim de que se tivesse operado a decisão administrativa reputada aderente à solução desejada.

Sobre a necessidade de observância de dever de confidencialidade e sigilo apontado quanto aos assuntos abordados, é da experiência comum que encontros e diálogos presenciais ou virtuais sejam admitidos de ocorrer, sem a obrigatoriedade de publicidade do conteúdo dessas reuniões, apenas a publicidade de que a reunião tenha ocorrido. O contratante público, por outro lado, tem a prerrogativa legal (assegurada pelo artigo 30 da Lei Federal 8.987/1995) de acessar os dados da concessionária para o exercício de sua fiscalização, a redundar que, na atividade comercial, possa se valer desses elementos de conhecimento a fim de direcionar a sua conduta em face da concessionária.

Por outro lado, o mercado das concessões de infraestrutura em rodovias tem sido explorado economicamente em condições de exclusividade pelos prestadores, a tornar inespecífico algum temor de que informações relevantes sobre os registros contábeis e econômicos da empresa concessionária possam ser utilizados a fim de incentivar algum tipo de concorrência predatória por prestadores de mesma infraestrutura.

⁹⁸ O TA 3/2016 da ROTA DO OESTE.

⁹⁹ Os TAM 16/2012 e 17/2018 da ECOVIAS; TAM 9/2004 da RENOVIAS.

¹⁰⁰ Os TAM 3/2014 e 4/2016 da ROTA DAS BANDEIRAS.

¹⁰¹ O TAM 1/2020 da EIXO-SP.

Assim, à exceção de alguma previsão diversa em regulamento da agência reguladora ou no próprio contrato de concessão, admite-se haja a prevalência da regra constitucional da publicidade dos atos relacionados à negociação, seja na fase de instauração, seja no desenvolvimento dos atos negociais.

Quanto à *definição sobre o que se negocia*, algum objeto vinculado à exploração do serviço ou meios procedimentais, é nítida a preponderância sobre negociação de objetos, enquanto a negociação procedimental é escassa, mesmo diante dos estímulos derivados do CPC/2015 e leis de índole processual posteriores avalizando a celebração de negócios jurídicos que regulem procedimentos a que sujeitos às partes, em flexibilização à disciplina prevista em contrato ou regulamento.

Sobre os objetos negociados, observa-se nítida prevalência dos assuntos de índole econômico-financeira, rarefeitas as discussões sobre aspectos não diretamente econômicos ou financeiros (a exemplo de celebração de pacto de convenção arbitral¹⁰² ou introdução de cláusula escalonada de resolução de controvérsias¹⁰³).

Os contratos de concessão de rodovias da Primeira Etapa do PROCROFE tomaram objetos contratuais comuns, a exemplo de alteração de parâmetros de arredondamento tarifário¹⁰⁴, suspensão de reajustamento de tarifas por intervalo definido no aditamento¹⁰⁵, revisões da tarifa básica do pedágio¹⁰⁶.

Em comum aos dois Programas de concessão rodoviária, há frequente celebração de aditamentos com a finalidade de alteração do Programa de Exploração da Rodovia¹⁰⁷ ou da alteração do cronograma físico-financeiro constante do Plano de Negócios¹⁰⁸, conforme o caso, além de destinação de equipamentos e utilidades para a polícia rodoviária fiscalizadora¹⁰⁹.

¹⁰² O TA 3/2019 da VIABAHIA; o TA 2/2020 da AUTOPISTA LITORAL SUL, exclusivamente para os efeitos decorrentes da obra do Contorno de Florianópolis.

¹⁰³ O TA 1/2021 da ECOVIAS ARAGUAIA.

¹⁰⁴ Os TA 3/1996, 4/1997 da CCR PONTE; os TA 1/1996 e 2/1997 da CONCON; os TA 1/1996 e 2/1997 da CRT; o TA 2/1997 da CONCEPA; os TA 1/1996, 3/1997 da NOVADUTRA.

¹⁰⁵ O TA 5/1999 da CCR PONTE.

¹⁰⁶ O TA 8/2001 da CCR PONTE; o TA 8/2001 da CONCON;

¹⁰⁷ Os TA 4/1999, 5/1999, 7/2000 da CONCON; os TA 7/2000 e 8/2000 da CONCEPA; os TA 5/2000, 7/2001 da NOVADUTRA; TA 1/2021, da AUTOPISTA FLUMINENSE; TA 1/2012, 2/2020 e 3/2020 da AUTOPISTA LITORAL SUL; o TA 1/2017 da ECO050;

¹⁰⁸ Os TAM 1/2001, 4/2002, 6/2002, 8/2004, 11/2006, 13/2006, 15/2008, 17/2009, 18/2010, apenas da concessionária INTERVIAS. O mesmo *modus operandi* é verificado em relação às outras concessionárias, de alterações e readequações frequentes do cronograma físico-financeiro e o seu acertamento mediante a celebração de aditamento.

¹⁰⁹ O TA 10/2011 da CONCON; o TA 11/2011 da CONCEPA; o TA 9/2009 da NOVADUTRA

No caso dos contratos de concessão federal, a partir dos Contratos da Segunda Etapa, vale a ressalva de que as operações de revisão contratual (ordinária, extraordinária e quinquenal) acabaram sendo feitas como procedimentos autônomos, sem que de suas deliberações pela ANTT (prerrogativa a ela resguardada) se cogitasse de apurar uma natureza consensual, sempre derivada de algum acordo ajustado com a concessionária para a emissão dos resultados do processo administrativo revisional e que ensejasse numa necessária celebração de aditamento para complementação do instrumento contratual originário.

De relevo também apontar uma oportunidade, já defendida por este candidato pela possibilidade jurídica desde que apoiada em lei autorizadora¹¹⁰, no sentido de celebração de aditamento contratual para a finalidade de previsão de hipótese de prorrogação ordinária de contrato de concessão, por até 25 anos de prazo suplementar¹¹¹, ou, ainda, de extensão de prazo para servir de apoio organizacional à administração pública concedente de preparo ao certame licitatório futuro¹¹².

Ainda de forma tímida, devem ser lembrados os termos aditivos celebrados com a finalidade de alteração da cláusula de alocação de riscos¹¹³.

Relativamente a negociação de natureza *procedimental*, são dois os assuntos de destaque a serem mencionados. O primeiro relativo à metodologia de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos, a qual foi tanto objeto de tratamento na seara do Governo Federal, quanto no Governo do Estado de São Paulo. O segundo, sobre os processos de relicitação.

Quanto ao primeiro assunto, o Acórdão 2927/2011 do Plenário do TCU, relatado pelo ministro Walton Alencar Rodrigues, proferiu determinação direcionada à ANTT, a fim de que a entidade reguladora promovesse a alteração do método de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quanto ao contrato da CCR Ponte Rio-Niterói e os demais contratos das concessionárias de rodovia da Primeira Etapa. Antes, o TCU já havia proferido determinação no Acórdão 2.154/2007, no Plenário, relatado pelo ministro Ubiratan Aguiar, em que o TCU determinou à ANTT verificar se as concessões de rodovias da Primeira Etapa estariam em relação de equilíbrio econômico-financeiro comparativamente a rentabilidade

¹¹⁰MARQUES JUNIOR, José Jair. *Prorrogação de concessões de serviços públicos*. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 100-103.

¹¹¹ O TA 1/2010 da VIABAHIA.

¹¹² O TA 13/2021 da NOVADUTRA; o TA 14/2017 da CONCEPA; o TA 5/2021 da CRT.

¹¹³ O TA 1/2015 da CONCEBRA; 2/2016 da ROTA DO OESTE.

acertada no contrato pela Taxa Interna de Retorno original e, se o caso, providenciar a alteração de regras da metodologia de apuração do reequilíbrio econômico-financeiro na eventualidade de inclusão de novos investimentos.

No fim, a ANTT editou a Resolução 3.651, em abril de 2011, a fim de que fosse adotado o fluxo de caixa marginal para parametrizar as ampliações de escopo e investimentos inéditos, não previstos originalmente no contrato. E o Plenário do TCU, no Acórdão 2927/2011, determinou à ANTT justamente a adoção dessa metodologia aprovada, de fluxo de caixa marginal, para as inserções de investimentos não previstas nos escopos originais das concessionárias.

No segundo campo, dá-se relevância aos recentes termos aditivos celebrados pela ANTT, considerando a adesão das empresas concessionárias da Terceira Etapa ao regime de relicitação e extinção amigável do contrato de concessão de rodovia¹¹⁴.

A partir do ateste pela ANTT da viabilidade jurídica do requerimento, a autorização pelo ministério setorial, mediante a declaração de compatibilidade com a política pública atual, a recomendação pelo Conselho do PPI para a qualificação do empreendimento à relicitação, a aprovação da qualificação, segue-se à celebração do termo aditivo a fim de delimitar os procedimentos segundo os quais a concessionária deverá observar a continuidade da exploração e prestação de serviços de manutenção, conservação e operação durante o período de transição até a realização da nova licitação e a assunção do novo contratado. Nesse procedimento, também são fixadas as obrigações recíprocas dos partícipes nesse intervalo, a necessidade de prestação de garantia de execução voltada a assegurar o adequado cumprimento das atividades nesse intervalo. Igualmente definidas regras de transição operacional ao novo prestador, fixação de regime sancionatório específico para esse período de transição (que pode culminar com a instauração de procedimento de desqualificação do empreendimento à relicitação). Por fim, observa-se a disciplina da indenização dos bens reversíveis cujos investimentos não tenham sido amortizados e a declaração unilateral da concessionária de que ela renuncia à participação futura no certame de relicitação.

No que diz respeito à fase *de celebração do compromisso*, é de se reconhecer uma fase solene, em que o acordo acaba sendo exteriorizado por meio de aditamento ao contrato, acoplando as suas obrigações e ônus aos originalmente estabelecidos no instrumento

¹¹⁴ O TA 2/2022 da concessionária CONCEBRA; os TA 1/2021 e 2/2022 da concessionária MSVIA; e os TA 1/2020 e 3/2022 da concessionária VIA040.

contratual, ou promovendo a sua substituição e supressão devido a incompatibilidade com os novos predicados da relação contratual aditada.

A autoridade administrativa competente para celebrar o compromisso e a pessoa legitimada a representar a concessionária e celebrar o compromisso devem estar legalmente habilitados a participar da conformação definitiva do ato negocial.

Por regras que decorrem da representação legal exigida pela lei civil na conclusão de negócios jurídicos (artigos 115, 116, 118, 120, CC/2002), os agentes que participam do ato da assinatura são os representantes máximos das entidades públicas contratantes, ou entes a quem tenham sido delegados poderes de autoridade para celebrar os acordos, em composição com os dirigentes máximos das concessionárias, ou a quem seja outorgado mandato específico para atuar em seu nome.

A participação de intervenientes-anuentes ou terceiros interessados foi constatada nos casos em que houve disciplina a propósito de transferência de controle acionário¹¹⁵ e a delimitação de responsabilidade solidária entre os antigos e novos acionistas adquirentes do controle¹¹⁶, ou quando relevante a participação do poder concedente, enquanto sujeito jurídico declarando ser devedor de obrigações financeiras em favor da concessionária¹¹⁷.

4.3.3. EFICÁCIA DOS TERMOS ADITIVOS MODELADOS COMO ACORDOS.

Quanto ao plano da eficácia, pode-se dizer que, regra majoritária, a publicação do termo aditivo no órgão oficial foi o caminho natural da liberação de seus efeitos. Inobstante, houve casos em que foram reconhecidos direitos estabelecidos no termo aditivo desde a data de sua assinatura.

Relativamente a uma análise de termos aditivos posteriores que tenham feito referência à eficácia dos termos aditivos anteriores, é de se notar que poucos termos aditivos tiveram a característica de retificação ou modificação relevante de termos aditivos anteriores. De relevo o exemplo do Governo do Estado de São Paulo. De maneira uniforme em relação às concessionárias AUTOBAN (TAM 25/2011), COLINAS (TAM 25/2011), ECOVIAS (TAM 15/2011), INTERVIAS (TAM 19/2011), SPVIAS (TAM 18/2011), RENOVIAS (TAM 19/2011) e VIAOESTE (TAM 22/2011), procedeu à nova alteração do índice de

¹¹⁵ Os TA 11/2014 da concessionária CCR Ponte; o TA 6/1999 da concessionária CONCON; os TA 8/2002 e 12/2015 da concessionária NOVADUTRA.

¹¹⁶ O TAM 2/2001 da ECOVIAS.

¹¹⁷ O TAM 9/2002 da COLINAS, o TAM 8/2002 da SPVIAS, o TAM 7/2002 da TRIÂNGULO DO SOL, o TAM 4/2002 da VIAOESTE.

reajustamento tarifário, para reconhecer que o modelo a ser adotado seria o índice de reajuste inferior apurado no período de aferição entre o IGPM (originalmente contratado) e o IPCA (incluído em termos aditivos precedentes ao termo de retificação).

Ainda de relevância sobre o tema da eficácia, é prudente mencionar que, em vista da declaração de invalidação dos termos aditivos relacionados à extensão de prazo de vigência, boa parte dos termos aditivos que haviam determinado a extensão de prazo, para fins de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, em dezembro de 2006, não mais estão vigentes ou eficazes. Exceção deve ser feita aos acordos preliminares e definitivos realizados por dois grupos econômicos de concessionárias (a ECOVIAS, isoladamente, e a VIAOESTE, SPVIAS e AUTOBAN, do grupo CCR, em conjunto), em que dispuseram a respeito dos efeitos das decisões judiciais que nulificaram os referidos termos aditivos modificativos de extensão do prazo.

4.4. ANÁLISE DOS RESULTADOS.

4.4.1. SOBRE A QUANTIDADE DOS TERMOS ADITIVOS CELEBRADOS.

A propósito da quantidade de termos aditivos celebrados, considerado o lapso temporal até fevereiro de 2022, foi possível atingir um número absoluto de 319 termos contratuais, ressaltado o aspecto de que foram analisados alguns termos de ajustamento de conduta celebrados por concessionárias de rodovias federais.

No Estado de São Paulo, foram examinadas as informações disponibilizadas no sítio eletrônico da ARTESP, quanto às concessões em vigor¹¹⁸. Não estavam à disposição os instrumentos de termos aditivos celebrados pelas concessionárias com prazo já extinto de vigência, como CENTROVIAS, AUTOVIAS, VIANORTE. E foi excluído do escopo de investigação o contrato do lote 27, com a concessionária TAMOIOS, por se tratar de contrato de parceria público-privada, diverso do modelo de concessão comum adotado para as demais concessionárias.

Estabelecido o espectro de análise, foram firmados 210 termos aditivos modificativos (sendo 10 referentes ao mesmo termo aditivo modificativo coletivo, de idêntico teor para todas as

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/rodovias-e-concessionarias.aspx>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

concessionárias envolvidas) e 23 termos aditivos de retificação ou retratificação aos termos aditivos modificativos, totalizando 233 termos aditivos.

Considerando que foram quinze¹¹⁹ as concessionárias analisadas que efetivamente celebraram termos aditivos, há uma proporção de 14 termos aditivos por concessionária. Considerando o número total de dezenove concessionárias elegíveis¹²⁰ com contratos em vigor, o número relativo apurado oscila para 11 termos aditivos por concessionária em média.

Observado o detalhe da existência de Etapas das Concessões de Rodovias do Governo Paulista, as concessões licitadas na década de 1990, ainda em curso de seu prazo de vigência, contabilizam o maior número absoluto de termos aditivos modificativos celebrados, o que é justificado por estarem no horizonte próximo do fim de seus contratos e por ter sido a celebração de aditamentos aos contratos o modelo adotado pelo contratante público especialmente como forma de revisão periódica dos contratos de concessão, com frequente revisão de cronogramas físico-financeiros.

Em relação aos contratos da Segunda Etapa, que se aproximam de dezena e meia de ano de vigência da concessão, não se notam números expressivos de termos aditivos celebrados (inclusive existindo concessionárias, como CART, RODOANEL OESTE, SPMAR, sem termos aditivos celebrados).

No Governo Federal, foi possível o exame de todos os contratos de concessão de rodovia do PROCROFE, cujo acesso é amplamente disponibilizado no sítio eletrônico da ANTT.

Tanto no âmbito do DNER quanto na ANTT, foram celebrados 71 termos aditivos e, pela ANTT, 8 termos de ajuste de conduta¹²¹.

¹¹⁹ AUTOBAN (28 TAM, 4 termos de retratificação), COLINAS (26 TAM, 5 termos de retificação ou retratificação), ECOPISTAS (2 TAM), ECOVIAS (19 TAM e 1 termo de retratificação), EIXO-SP (1 TAM), ENTREVIAS (1 TAM), INTERVIAS (19 TAM e 2 termos de retratificação), RENOVIAS (20 TAM e 2 termos de retratificação), RODOVIAS DO TIETÊ (1 TAM), ROTA DAS BANDEIRAS (5 TAM), SPVIAS (20 TAM e 2 termos de retratificação), TEBE (22 TAM e 2 termos de retratificação), TRIÂNGULO DO SOL (22 TAM e 2 termos de retratificação), VIAOESTE (23 TAM e 3 termos de retratificação), VIARONDON (1 TAM).

¹²⁰ Acrescem-se: CART, RODOANEL OESTE, SPMAR, VIAPAULISTA.

¹²¹ Deve-se destacar que não foram abrangidos na qualificação de “termo aditivo” os termos de ajustamento de conduta celebrados entre as concessionárias e a ANTT, denominados “TAC – Planos de Ação”, com o objetivo de controle e monitoramento mais severo sobre as obras previstas em cronograma físico-financeiro da concessão.

Foram analisadas 23 concessionárias, somando-se as que se encontram com contrato em vigor e aquelas com o prazo de vigência já extinto. Não se incluiu na pesquisa o contrato rescindido por caducidade, da concessionária Galvão Engenharia, da BR-153.

Em média, considerando o número de concessionárias de rodovias federais, houve celebração de 3,4 termos aditivos por concessionária.

Levando em consideração a Etapa em que houve a contratação, o número relativo mostra acentuada distinção. Na Primeira Etapa, foram 61 termos aditivos assinados, com seis concessionárias, a tornar a média de 10,1 termos aditivos por concessionária. Na Segunda Etapa, foram ajustados 9 termos aditivos e 6 termos de ajuste de conduta, para sete concessionárias, a tornar uma média de 2,1 termos contratuais celebrados por concessionária. Já na Terceira Etapa, foram celebrados 13 termos aditivos num universo de sete concessionárias (uma delas, a ECOPONTE, ainda não celebrou termos aditivos), em média de 1,85 termos aditivos por concessionária. E na Quarta Etapa, reunindo as três concessões rodoviárias mais recentes, contam com dois termos aditivos celebrados, numa média de 0,66 termos aditivos por concessionária.

É flagrante o número decrescente de termos aditivos celebrados pela ANTT, conforme o passar das etapas do PROCROFE, enquanto, no caso da ARTESP, é possível identificar uma elevada atividade negociada com as concessionárias, à vista do número absoluto dos termos aditivos celebrados, ainda que eles tenham se concentrado, em sua maioria, na primeira dezena de anos do cumprimento dos contratos e tenham experimentado relativa inflexão no curso da década de 2010.

Uma das hipóteses que pode justificar a tendência de diminuição da celebração de termos aditivos pode ser encontrada em manifestações públicas de agentes do Ministério setorial federal e da ANTT. Quando indagada em janeiro de 2017 a agência reguladora sobre o motivo pelo qual não impulsionou o processo administrativo, já instruído com estudos desde 2013¹²², para a inclusão de novos investimentos reputados necessários para a melhoria da rodovia explorada pela concessionária Nova Dutra, houve a manifestação de que o processo de avaliação de inclusão de novos investimentos teria sido arquivado e motivado oficialmente pela finalização das atribuições da agência naquele processo. A mesma reportagem, no entanto, traz uma sugestão de que o não prosseguimento da celebração do

¹²² VALOR ECONÔMICO. “Aditivo garante mais 13 anos para CCR na Dutra”. Publicado em: 09/12/2015. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/coluna/aditivo-garante-mais-13-anos-para-ccr-na-dutra.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

termo aditivo com o acerto da inclusão de novos investimentos poderia ser explicado pela hipótese da ausência de consenso entre a entidade reguladora e o TCU sobre a utilização desse instrumento, em especial pela circunstância da proximidade do término do prazo de vigência do contrato de concessão¹²³.

Feito esse diagnóstico, avança-se a uma análise de qualidade dos termos aditivos celebrados.

4.4.2. SOBRE A QUALIDADE DOS TERMOS ADITIVOS CELEBRADOS.

Num critério qualitativo, podemos nos valer de duas chaves interpretativas.

A primeira delas é averiguar se, no universo dos termos aditivos celebrados, existe alguma uniformidade no padrão de comportamento das partes contratantes e no conteúdo estipulado.

Num segundo objetivo, pode-se indagar se o termo aditivo teria sido suficiente à proposta de solucionar jurídica ou economicamente o problema ou questão endereçada.

A respeito da questão da uniformidade, é possível notar que a estrutura de apresentação do termo aditivo é similar à pactuação de cláusulas contratuais, em que se identificam os partícipes subscritores do instrumento, expõe-se motivação com referência a disposições legais aplicáveis acompanhada ou não de descrição histórica dos fatos justificadores da celebração do termo aditivo.

No que diz respeito às soluções jurídicas e econômicas, a construção dos termos aditivos, no geral, é explícita para mostrar essa utilidade da celebração do termo aditivo, inclusive apontando especificamente quais foram as repercussões no instrumento de contrato e seus anexos (como o Programa de Exploração de Rodovia).

Há exemplos, no entanto, que destoam pela riqueza de detalhes fáticos e jurídicos trazidos na motivação. Justamente os acordos celebrados para a adesão à relicitação e os acordos celebrados pelo Governo do Estado de São Paulo, de forma preliminar e definitiva, com dois grupos de concessionárias.

Inicialmente, no TAM 18/2021, celebrado em abril de 2021, a concessionária ECOVIAS, o Governo do Estado de São Paulo, como contratantes, e a ARTESP, como interveniente-anuente, celebraram um negócio jurídico preliminar, com o objetivo de prover respostas a

¹²³ VALOR ECONÔMICO. “Após ANTT congelar obra, CCR aposta em decisão do governo”. Publicado em: 23/01/2017. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2017/01/23/apos-antt-congelar-obra-ccr-aposta-em-decisao-do-governo.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

uma série de divergências e controvérsias jurídicas estabelecidas entre a concessionária e os entes públicos.

Não exaustivamente, foram feitas declarações a respeito de decisões administrativas adotadas pelo Governo do Estado, enquanto fato da administração pública, que causaram desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (como não repasse de totalidade de reajuste tarifário periódico), reconhecimento de que recursos foram arcados pela concessionária em cumprimento de função de compensação ambiental, o apontamento de processos administrativos em andamento na ARTESP relativo à inclusão de novos investimentos.

Ainda no TAM preliminar, foi explicitamente indicado pelas partes o comum espírito, cooperativo, de que elas estavam a negociar com o objetivo de obter segurança jurídica na relação do contrato de concessão, com embasamento nos valores de boa-fé, princípios regentes da administração pública e o vínculo com a prestação contínua de serviços aos usuários e coletividade.

A concessionária, de uma parte, apresentou liberalidade quanto a alguns recursos que pleiteava em razão de eventos de desequilíbrio, enquanto as partes acertaram a necessidade de realizar o recálculo de eventos de desequilíbrio que fora imposta devido à declaração de invalidação do TAM, de dezembro de 2006, que havia estendido o prazo da concessão para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Acompanhou, como instrumento de apoio à motivação do TAM Preliminar, estudo dito realizado pela ARTESP, indicativo da vantajosidade da celebração do acordo, em detrimento de outras medidas e o cenário de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, e apuração preliminar da concessionária quanto aos seus demonstrativos de cálculo de recomposição ainda não resolvidos pela ARTESP, que renderiam, caso adotada a medida de recomposição pela extensão do prazo de vigência, a extensão da vigência do contrato até março de 2033.

De posse de todas essas premissas, além de pronunciamento específico de parecer da Consultoria Jurídica da ARTESP em ateste da viabilidade jurídica dos termos do acordo, as partes acabaram por celebrar um acordo de natureza procedimental, preliminar ao futuramente definitivo, com o objetivo de antecipar as premissas de objeto do TAM definitivo, estabelecer os ritos procedimentais adequados para a apuração dos cálculos

necessários à aferição do desequilíbrio econômico-financeiro resultante de Termos aditivos anteriores.

Para conferir estabilidade e segurança de que a concessionária cumpriria suas obrigações, foi estabelecida a necessidade de prestação de caução sobre montantes apurados favoráveis ao poder concedente (no valor de R\$ 613 milhões), exigido a ser depositado em até trinta dias a contar da celebração do TAM preliminar, numa conta bancária, mantida a titularidade do valor em favor da concessionária até a celebração do TAM definitivo (artigo 3º, TAM 18/2021 ECOVIAS). Deve ser lembrado que a Súmula Vinculante 21, do Supremo Tribunal Federal, enunciou a inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo, no entanto, na esfera de sua liberdade contratual, a concessionária aceitou dispor desse numerário em prol do prosseguimento célere da resolução das pendências listadas no TAM preliminar.

Em outro momento, condicionado à celebração do TAM definitivo, o TAM 18/2021 ECOVIAS ainda fixou os parâmetros norteadores da aferição de desequilíbrio econômico-financeiro (cláusula 4.1.), listou novos investimentos que seriam executados sem reequilíbrio contratual pela concessionária (cláusula 4.2.), delimitou que recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, pelos eventos listados nos incisos I a VIII da cláusula 4.1., seria feita pelo método da extensão do prazo de vigência da concessão (cláusula 5.1.).

O TAM preliminar também dispôs um prazo de vigência ao próprio TAM preliminar, apontando que os cálculos e estudos deveriam ser realizados pela ARTESP em obediência ao prazo de cento e oitenta dias, prorrogáveis em caso de acordo mútuo das partes (cláusula 6.1.), tornado sem efeito o TAM preliminar na eventualidade do decurso do prazo do TAM preliminar sem prorrogação ou exercício do direito de arrependimento de qualquer das partes, com retorno das partes ao estado anterior ao da celebração do contrato (cláusula 6.2.), inclusive se autorizando o levantamento da quantia de caução em favor da concessionária (cláusula 6.6.).

O Governo do Estado de São Paulo também apresentou reservas ao TAM Preliminar, indicando que a sua atuação nele não importaria renúncia, quitação, transação ou autocomposição de assuntos estranhos ao TAM celebrado, ou condicionaria, prejudicaria ou implicaria renúncia a qualquer providência relacionada à tutela da probidade administrativa (cláusula 8.3.).

Dentro do prazo, ligeiramente dilatado por termo de retratificação, as mesmas partes, Governo do Estado de São Paulo, ECOVIAS e ARTESP celebraram o TAM definitivo (TAM 19/2021 ECOVIAS) depois de aprovação pelo Conselho Diretor da ARTESP. No TAM definitivo, os partícipes não apenas ratificaram a integralidade dos objetos¹²⁴ e das disposições do TAM preliminar, mas ampliaram o escopo do TAM preliminar, com reconhecimento de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão em favor da concessionária (cláusula 7ª), especificou e esclareceu os impactos das disposições do TAM 19/2021 definitivo em relação a TAM anteriores 16/2012 e 17/2018 (cláusulas 8ª e 9ª), trouxe, de forma pormenorizada, o cálculo da extensão de prazo para cada evento de desequilíbrio reconhecido em favor da concessionária (cláusula 10ª).

Ainda houve uma alteração de redação da cláusula de apuração de eventos de desequilíbrio (cláusula 12ª), com aplicação estabelecida a todos os desequilíbrios que não estivessem mencionados nas cláusulas do TAM definitivo ali especificadas. Incluiu-se, também, como cláusula integrada ao contrato de concessão, a obrigatoriedade de a concessionária implementar programa de *compliance* na sua governança empresarial.

¹²⁴ A cláusula 1.1. do Termo Aditivo explicitou os seguintes objetos do TAM definitivo (TAM 19/2021 ECOVIAS): “1.1. O presente Termo Aditivo Modificativo tem natureza de acordo bilateral e tem por objeto: a. a implementação das diretrizes e balizas estabelecidas no TAM 18/2021 a respeito dos eventos de desequilíbrio contratual mencionados na Cláusula Sétima deste TAM 19/2021, promovendo-se por este instrumento o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO relativo a todos os assuntos descritos na Cláusula Décima deste TAM 19/2021; b. estabelecer o recálculo dos eventos de desequilíbrio objeto do TAM 9/2006 e do TAM 10/2006, observando integralmente o quanto pleiteado pelo PODER CONCEDENTE na AÇÃO ANULATÓRIA, promovendo-se a apuração e efetivação das restituições devidas para fins de encerramento definitivo das divergências entre as PARTES, nos termos da Cláusula Terceira; c. o levantamento, pelo PODER CONCEDENTE, do saldo existente em ESCROW [caução] (conforme definida na Cláusula 3.3. do TAM 18/2021), nos termos da Cláusula 2.1.c. d. estabelecer a inclusão de novos investimentos na CONCESSÃO, inclusive de investimentos para manutenção dos níveis de serviço durante todo o prazo compreendido entre o termo original de vigência do CONTRATO e o termo final de prorrogação contratual definido neste TAM, a serem realizados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos das Cláusulas Quarta, Quinta e Sexta deste TAM e seus Anexos; e. adequar demais reequilíbrios econômico-financeiros já conferidos por aditivos contratuais anteriores a este TAM, conforme Cláusulas Oitava e Nona; f. disciplinar as quitações recíprocas outorgadas pelas PARTES com relação a quaisquer litígios, presentes ou futuros, que tenham por objeto os eventos de desequilíbrio econômico-financeiro reequilibrados por este TAM, bem como as medidas voltadas a promover o encerramento, de forma irrevogável e irretroatável, da AÇÃO ANULATÓRIA, nos termos das Cláusulas 2.1.a. e Décima Terceira abaixo; g. realizar atualizações no regramento contratual em relação às disposições acerca do reconhecimento e da mensuração de desequilíbrios, bem como da promoção de reequilíbrios contratuais, assim como para inclusão de disposições sobre práticas de compliance pela CONCESSIONÁRIA, e h. realizar adequações nos documentos ‘anexo 06 – Serviços Correspondentes a Função de Conservação’ e ‘Anexo 10 – Condições de Devolução’ do Edital e do CONTRATO, considerando premissas acordadas para a inclusão de investimentos voltados à manutenção dos níveis de serviço do CONTRATO durante todo o prazo de prorrogação contratual definido neste TAM, e detalhados nos Anexos II e III deste Instrumento”.

E, por fim, estabeleceram a cláusula de convenção de arbitragem para a hipótese de surgimento de divergências não solucionadas amigavelmente entre as partes (cláusula 14.1., sobre a solução amigável, e 14.2., sobre a arbitragem).

A construção desse acordo administrativo, de ampla repercussão sobre ambas as partes e sobre os processos administrativos e judiciais pendentes, desenvolve uma evolução marcante da amplitude possível dos termos aditivos e, principalmente, torna segura a relação entre as partes, por eliminar os focos de divergência até então presentes e que acarretavam custo de tempo e de recursos humanos a fim de acompanhar as defesas e manifestações em cada um dos processos instaurados.

A solução jurídica dos problemas, aparentemente, foi endereçada e, nos casos em que havia pendência (como a definição pela ARTESP do índice de reajuste), as partes souberam estipular a condição suspensiva e retornar a litígio judicial, em caso de permanência do impasse na seara administrativa na ARTESP.

A internalização de novas cláusulas ao contrato originário igualmente se revela como medida benéfica às partes, uma vez que a atualização do contrato para exigência de implementação de programa de *compliance* atende a programas preventivos de corrupção, assim como a remodelação da aferição das recomposições de equilíbrio econômico-financeiro tem por utilidade, senão cessar, breçar a litigiosidade e discussões travadas entre as partes quanto aos eventos de desequilíbrio.

No passo seguinte, exporemos o raciocínio conclusivo sobre os resultados da análise dos termos aditivos nos contratos examinados.

4.5. QUESTIONAMENTOS SOBRE OS RESULTADOS DA ANÁLISE.

4.5.1. A NEGOCIAÇÃO GERA RESULTADOS EFICIENTES?

Quanto à indagação se a negociação teria gerado resultados eficientes, pode-se compreender como produto eficiente aquele acordo que tenha trazido solução, ainda que não a menos custosa, satisfatória, de acordo com as opções postas em jogo, especialmente a de manutenção do estado de litigiosidade ou contenciosidade entre os partícipes do contrato.

À exceção dos casos em que termos aditivos tiveram de ser corrigidos ou ratificados por outros instrumentos complementares, foram raros os casos em que se reviu completamente a base de um termo aditivo anterior ou se extinguiram os anteriores.

Há o ponto da satisfação dos usuários, para saber se as medidas predicadas no termo aditivo de certa forma acabaram sendo executadas em favor dos usuários. A maioria dos termos aditivos não contempla, de forma explícita, esse dever de acompanhamento dos resultados, especialmente para o reforço da justificação da tomada da decisão havida no termo aditivo.

Por sua vez, quanto ao grau de judicialização, é igualmente rarefeita a identificação de casos judicializados, ou em instâncias de órgãos de controle, de forma reativa ou invalidatória dos termos aditivos celebrados. Observe-se, nesse particular, que a iniciativa da ARTESP de rever os termos aditivos modificativos de 2006, no exercício de autotutela administrativa, constituem ponto fora da curva de revisionismo de decisões administrativas em sede de acordo.

Relativamente a eficiência extraída do grau de organização administrativa das entidades envolvidas na negociação, tem-se que há um paulatino incremento, com o passar do tempo, de referências cruzadas a processos administrativos realizados pelas entidades reguladoras como método de reforço à motivação. Esse detalhe, que pode parecer mínimo, mostra que as decisões pautadas nos acordos em termos aditivos são precedidas de avaliações internas e estudos realizados pelos contratantes públicos, e não apenas correspondendo a respostas a pleitos de algum dos partícipes do contrato de concessão.

4.5.2. A NEGOCIAÇÃO PROMOVE OU DESINCENTIVA O CUMPRIMENTO DO CONTRATO?

Num segundo aspecto de análise, se a negociação promoveria ou desincentivaria o cumprimento do contrato, deve-se notar, no âmbito da ANTT, no caso das concessões licitadas na Segunda Etapa, sete concessionárias tiveram Planos de Ação estabelecidos em termos de ajustamento de conduta, sendo que não foram todas que haviam assinado, em ocasiões anteriores, termos aditivos.

Logo, não parece, à luz desse exemplo, haja uma relação indissociável ou direta entre celebrar termos aditivos e descumprir obrigações convencionadas no contrato.

É evidente, por outro lado, que reiterados descumprimentos do contrato de concessão exigem a tomada de outras medidas sancionatórias ou de conformação da conduta do contratado, que podem envolver o emprego da atividade de imposição de autoridade unilateral, ou, também, o consenso. O fato de haver no termo aditivo alguma fórmula indicada e especializada para o acompanhamento daquelas obrigações convencionadas no termo aditivo pode ser um bom caminho para o aprimoramento dos acordos.

4.5.2.1. HÁ HISTÓRICO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E SANÇÕES APLICADAS REFERENTEMENTE AOS TERMOS ADITIVOS CELEBRADOS?

Quanto a histórico de sanções por descumprimento de obrigações convencionadas no termo aditivo, a investigação sobre os conteúdos dos termos aditivos não produziu resultados. Uma hipótese que decorre desse raciocínio pode ser no sentido de que, evidenciado o descumprimento de uma obrigação convencionada no termo aditivo, pode haver a preferência do contratante público ou entidade reguladora de reduzir o campo da consensualidade e retomar eventuais prerrogativas de ação imperativa unilateral. Não há, no entanto, evidência nos termos aditivos que possam ratificar essa hipótese, até porque as entidades reguladoras não especificam os resultados do monitoramento dos termos aditivos como documentação apta a completar o sentido do próprio termo aditivo e passível de estar publicizada em conjunto com os referidos termos aditivos.

Um eventual termo aditivo celebrado num futuro, para reconhecimento de infrações contratuais de obrigações estipuladas no passado, até poderia ser cogitável, como nas hipóteses de acordos de resolução de divergências de passivos regulatórios, no caso da ARTESP em relação às concessionárias ECOVIAS, AUTOBAN, VIAOESTE, SPVIAS.

Os termos de ajuste de conduta firmados na ANTT com as concessionárias da Segunda Etapa do PROCROFE revelam, por sua vez, a preocupação de a contratante pública e entidade reguladora deixar explícita a atribuição de acompanhamento mensal das obrigações ajustadas no Plano de Ação¹²⁵ e fixar quais os comportamentos que redundariam na classificação de descumprimento do TAC¹²⁶.

4.5.3. A NEGOCIAÇÃO PROMOVE SEGURANÇA JURÍDICA?

Quanto a um aspecto de promoção de segurança jurídica, pode-se relatar que, por constarem de aditamento ao contrato, os termos aditivos assumem a mesma intensidade e eficácia jurídica que os instrumentos contratuais originários. Além disso, a solução do não-acordo significaria ou a expedição de provimento unilateral por parte da entidade reguladora ou contratante público sobre aspecto do contrato que necessitasse de algum endereçamento, ou

¹²⁵ A exemplo da cláusula sexta do TAC celebrado com a concessionária AUTOPISTA FLUMINENSE.

¹²⁶ A terceira subcláusula, da cláusula oitava, denominada “Cumprimento”, do contrato de concessão da AUTOPISTA FLUMINENSE prevê que “antes do término do prazo para execução do Plano de Ação, caso a FLUMINENSE apresente percentuais de atraso superiores aos previstos na subcláusula sétima da Cláusula Sexta por mais de três trimestres consecutivos, considerar-se-á descumprido o TAC”.

a não-decisão, situações que podem agravar o problema ou gerar a percepção de sua irrelevância para a exploração do objeto concedido.

A segurança jurídica envolve uma noção de estabilidade do pacto celebrado. O direcionamento consensual, com encerramento de dúvidas ou pontos controvertidos, tem o propósito de permitir às partes prosseguir na execução do contrato, sanando-se os problemas outrora existentes e dando respostas adequadas às aferições de desequilíbrio econômico-financeiro que tenham sido pleiteadas por qualquer das partes contratantes.

A segurança jurídica igualmente pode ser depreendida da possibilidade da adoção do *dispute board*. As partes podem se valer de instâncias técnicas, consensualmente internalizadas no contrato, integradas com pessoas de reconhecida capacidade técnica na área de atuação da questão contratual que lhe é submetida, que podem expedir pareceres com a finalidade de produzir opinião orientativa sobre a controvérsia, que passa a ser resolvida por negociação direta entre as partes, ou, ainda, proferir uma decisão técnica que vincule as partes, que admitiram a sua instalação justamente com esse objetivo prioritário de superar a lógica adversarial de um processo não-negocial, seja ele administrativo ou judicial.

Os méritos do comitê de resolução de disputas ou *dispute board* decorrem essencialmente da possibilidade de enfrentamento concomitante ao momento do problema identificado na execução contratual, assim como se pode atuar permanentemente desde o início de vigência de um contrato, permitindo a aproximação das partes para solução das questões, sem prejuízo à continuidade da normalidade das obrigações convencionadas.

O “dispute board”, ou câmaras técnicas ou comitês de resolução de disputas, tem encontrado respaldo imediato na legislação mais recente¹²⁷ (a Lei Federal 14.133/2021 faz expressa referência, no artigo 151) e tem a sua utilidade reforçada pela doutrina, que visualiza nesse instrumento a possibilidade de respostas céleres aos problemas surgidos ao longo da execução contratual, especialmente no campo das concessões de rodovias, de longo prazo, de alta complexidade técnica e operacional e dotada de investimentos massivos¹²⁸.

¹²⁷ A Lei Municipal de São Paulo 16.873/2018 foi pioneira ao prever disciplina sistematizada do instrumento do *dispute board*, regulamento o emprego dos comitês de prevenção e resolução de disputas em contratos de natureza continuada celebrados pela Prefeitura de São Paulo, desde que prevista tal figura no edital de licitação e no conteúdo contratual respectivo. Lei Municipal 11.241/2020, de Belo Horizonte, também previu a regulamentação da utilização desse mecanismo em solução de disputas de direitos patrimoniais disponíveis em contratos administrativos continuados.

¹²⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; CARVALHO, Thaís Strozzi Coutinho. “Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (dispute boards) nos contratos de concessão de rodovias federais: primeiras impressões e prospecções no direito administrativo brasileiro”. Em: *Direito da Infraestrutura no Brasil: temas relevantes*

4.5.3.1. HÁ UM NÚCLEO CONTRATUAL IMUTÁVEL? QUAIS SÃO OS ASPECTOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIA QUE FORAM OBJETO DE NEGOCIAÇÃO? QUAL A INTENSIDADE DE TAIS MUDANÇAS?

Os termos aditivos analisados fazem referência expressa às matérias elegíveis de serem negociadas pelas partes contraentes, no sentido de que as matérias que foram efetivamente tratadas naquele instrumento estariam no campo de incidência da negociação.

Em contraste, até se poderia cogitar, no uso de uma ferramenta de negociação interpretativa, de as partes definirem uma dada matéria como não negociável, reduzindo ou esclarecendo o campo de incidência da negociabilidade contratual. No entanto, a análise dos termos aditivos não produziu resposta uniforme e abrangente sobre a adoção da negociação interpretativa para tal finalidade.

Os contratos e os termos aditivos, por sua vez, não fizeram referência explícita a blocos imutáveis de núcleos contratuais e impossibilidade de negociação ou renegociação de seus termos. A avaliação de um eventual bloco imutável de matérias acaba decorrendo ou das leis¹²⁹, ou de entendimentos e interpretações administrativas, de órgãos de controle e doutrinárias¹³⁰ já realizadas sobre o tema¹³¹ ou das circunstâncias e reações que se propagam para limitar ou expurgar sobre os termos aditivos celebrados que tenham avançado sobre

em transportes terrestres e tópicos transversais – Parte 2, v. 13, n. 4, pt. 2., p. 19-37, 2022. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3066>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

¹²⁹ A Lei Federal 13.448/2017, em seu artigo 22, previu expressamente que para alterações em contratos de parceria, incluindo os contratos de concessão de infraestrutura, e que tenham por objetivo modernizar, adequar, aprimorar ou ampliar os serviços prestados e explorados não são aplicáveis os limites quantitativos máximos previstos na Lei Federal 8.666/1993, de que os contratados particulares são obrigados a aceitar, em mesmas condições contratuais, variações de 25% a 50%, a depender do caso, de acréscimos e supressões em obras, serviços ou compras.

¹³⁰ A exemplo de: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária”. Em: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del-Rey Editora, 2007, p. 25-44.

¹³¹ Em audiência realizada na CPI das Tarifas do Pedágio na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Floriano de Azevedo MARQUES NETO mencionou que existem três limites à alteração de contratos de longo prazo de duração: (i) vedação à desnaturação do objeto (exemplo dado de transformar uma concessão de rodovia em concessão de ferrovias); (ii) vedação ao incremento injustificado e desarrazoado do objeto concedido (exemplo de acrescentar a uma concessão de rodovia uma outra rodovia que sequer tem alguma conexão ou interligação de trechos); (iii) impossibilidade de alteração do negócio sem observar as regras de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. Em: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). *CPI das Tarifas dos Pedágios – 3ª Reunião (Pauta e Dr. Floriano Peixoto – Prof. Dr. Da USP)*. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2015/04/Transcricao/1254161_50224466_Transcricao.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

matérias que venham a ser declaradas inegociáveis, a exemplo de alguma eventual impugnação ou invalidação administrativa de seus termos.

Os princípios da continuidade e atualidade do serviço público (artigo 6º, parágrafos 1º e 2º e artigo 23, inciso V, da Lei Federal 8.987/1995), ainda que de forma indireta, foram chaves hermenêuticas adotadas com frequência nos termos aditivos para justificar as alterações consensuais ao contrato de concessão. O caso da implantação experimental de ferramentas tecnológicas modernas de cobrança de pedágio, como o modelo de fluxo livre (*free-flow*¹³²) e uso de pórticos de passagem dos veículos é emblemático. Antes mesmo de uma disposição legal geral e expressa autorizadora e sujeito à cláusula resolutiva na hipótese de decisão judicial transitada em julgado determinando a interrupção do projeto-piloto, a adoção desse sistema mostrou a consolidação de projetos e estudos internos da Secretaria de Logística e Transportes e a formalização de política pública de melhoramento do sistema de pedagiamento por intermédio da cobrança eletrônica e arrecadação automática¹³³.

Sobre as matérias positivamente consideradas incluídas nos termos aditivos, pode-se constatar uma tendência de diferenciação qualitativa dos temas, oriunda da cronologia dos eventos.

Com a evolução das fases dos programas de concessões rodoviárias e a inclusão das técnicas que haviam sido objeto de experimentação em termos aditivos das concessões mais antigas já no edital e minuta de contrato das concessões mais recentes, os termos aditivos das concessões mais novas tentam endereçar soluções para problemas mais específicos, comparativamente aos termos aditivos a contratos de concessão mais antigos, focados em questões generalistas como alteração de cronograma físico-financeiro de investimentos, antecipação de obras na infraestrutura das rodovias, revisões tarifárias e alteração da fórmula de precificação de novas obras e investimentos (dada a alteração das circunstâncias econômicas que se havia à época da licitação em comparação ao momento presente).

Em termos aditivos mais recentes, foi possível observar o exemplo da fixação de disciplina nova à alocação de riscos pelas partes, compreensiva de uma nova avaliação do risco de demanda comparativamente ao instrumento original.

¹³² Em momento anterior à edição da lei federal sobre o tema, a Lei Federal 14.157/2021, que estabeleceu as condições para a cobrança pelo uso de rodovias e vias urbanas por sistema de livre passagem, orientando pagamento proporcional de tarifas pela extensão de quilometragem efetivamente desenvolvida na via.

¹³³ Os TA 3/2014 e 4/2016 da ROTA DAS BANDEIRAS.

No caso, a concessionária ROTA DO OESTE e a ANTT haviam pactuado¹³⁴ a alteração da localização da praça do pedágio prevista no Programa de Exploração de Rodovia, definido que os ganhos com receita tarifária adicional colhida com a modificação da situação da praça seria destinada à composição da modicidade tarifária, acertado o entendimento de que a mudança acarretava oscilação do equilíbrio econômico-financeiro e a necessidade de sua recomposição, para, no fim, definir a fórmula matemática específica para a apuração do montante a ser revertido à modicidade tarifária. Em paralelo, as partes convencionaram que, depois que definido o montante a ser revertido à modicidade tarifária, se a curva real da demanda de tráfego restasse diferente, para mais ou para menos, da curva de tráfego projetada ou se a diferença entre as curvas de tráfego não se confirmarem na realidade, esses episódios não afetariam o valor a ser destinado à modicidade tarifária que tivesse sido já calculado, nem autorizariam recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. Quanto à alocação de riscos, o termo aditivo verteu um acerto de que incumbia à concessionária arcar com a obrigação dos custos relativos à implantação da praça de pedágio na nova localização e os riscos oriundos de eventuais atrasos¹³⁵, a não ser quando tais atrasos e custos sejam provocados pela materialização dos riscos enumerados e atribuídos ao poder concedente.

Na sequência, foi possível verificar que, no próprio campo do objeto do termo aditivo, foram feitas menções a hipóteses de ação negocial em comum acordo das partes, supervenientemente introduzidas ao contrato original pelo aditamento. Um exemplo claro é a introdução de mecanismos de solução de disputas por meio da arbitragem, em que as partes resolvem, no aditivo, reservar para si, em mútuo acordo, a definição e eleição dos integrantes do tribunal arbitral.

Ainda nesse mesmo exemplo da inclusão de cláusula de solução de disputas por meio da arbitragem, foi possível identificar que as partes esclareceram, de forma consensual, que o âmbito da arbitrabilidade objetiva indicaria a vedação de solução, pela arbitragem, de

¹³⁴ O TA 1/2015 da concessionária ROTA DO OESTE.

¹³⁵ A distinção entre “obrigação” e “risco” é trabalhada por Marcos Augusto PEREZ, para quem “*cada cláusula contratual é a expressão de uma ou mais obrigações assumidas por uma parte perante a outra*” e, em contraponto, “*os riscos são superveniências de fato associadas ou não ao cumprimento de uma obrigação contratual*”, não se confundindo “*com a obrigação em si, mas podem derivar do fato de uma das partes assumir contratualmente determinada obrigação*”. Em: PEREZ, Marcos Augusto. “Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas”. Em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 475-487, especificamente p. 483.

questões referentes a direitos indisponíveis, ali exemplificados como “*natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado e nem sobre o perdido de rescisão do contrato de concessão por parte da concessionária*”¹³⁶. Muito embora negociabilidade contratual e arbitrabilidade sejam conceitos distintos, o campo de exclusão das matérias arbitráveis pode influenciar o comportamento das partes no que diz respeito a elas decidirem negociar sobre esses aspectos qualificados como inarbitráveis, derivando daí uma sensibilidade de que os temas inarbitráveis, por elas definidos como tal, podem conformar as condutas das partes.

As hipóteses de alteração legal superveniente de aspectos procedimentais da execução do contrato (como a extensão de prazo de vigência para finalidade preparatória da administração pública a futuro novo procedimento de licitação), quando repercutiram sobre a definição da equação econômico-financeira do contrato, igualmente contemplavam o componente negocial das partes, colhida manifestação específica de concordância da concessionária.

Enfim, identificar um núcleo imutável, que estaria imunizado em relação à atividade negocial, pode ser depreendido de menções indiretas no termo aditivo, quanto ao reconhecimento de reserva de competências em favor de alguma das partes para definir um dado contratual, ou, ainda, do próprio instrumento do contrato, em que seja apontada uma competência de titularidade exclusiva e que não poderia ser sujeita à negociabilidade.

4.5.3.2. AS MUDANÇAS SE REVELARAM NECESSÁRIAS PARA A CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO DO CONTRATO? AS MUDANÇAS FORAM ANTEVISTAS? AS MUDANÇAS FORAM EXTRAORDINÁRIAS?

Quanto ao parâmetro da necessidade das mudanças para a continuidade da execução do contrato, é oportuno diferenciar o tempo da avaliação da necessidade, aquela feita anteriormente ao impulso da negociação e aquela depois de encerradas as tratativas, identificada no momento em que as partes celebram o acordo.

A demonstração positiva da celebração de um acordo evidencia que ambas as partes convergem para reconhecer de que o tema disciplinado no aditivo, de certo modo, contribui para a melhora das condições de prestação ou exploração de serviços, exurgindo benefícios

¹³⁶ Cláusula 2.1. do TA 3/2019 da concessionária VIABAHIA.

exclusivos às partes contratantes ou a elas exorbitantes, como no caso de benefícios à modicidade tarifária.

Antes da negociação iniciar-se, no entanto, a avaliação de necessidade não é decorrente, sempre, de uma convergência já original entre as partes, podendo vir da avaliação pessoal e exclusiva de algum contratante. Impulsionar o processo de negociação tem a vantagem de permitir que ambas as partes equacionem os cenários projetados com uma negociação definitivamente concluída com um acordo, tomem conhecimento da posição da contraparte e apurem se a mudança que do acordo decorrerá trará os benefícios estimados e se dela ainda poderão resultar outros benefícios não originalmente imaginados (como se fosse uma negociação integrativa, e não meramente distributiva).

Daí sobrevir o entendimento de que as modificações podem ser necessárias para adaptar ou flexibilizar as condições previstas do contrato de concessão, por circunstâncias ou contingências aparecidas ao longo da execução do contrato, no entanto, não se cogita, como critério de triagem, que elas sejam essencialmente imprescindíveis, a exemplo de alterações que atendam a interesses eminentemente particulares da concessionária (como a redefinição de participação acionária por razões de mercado de capitais¹³⁷).

Quanto ao parâmetro da antevisão das mudanças, é certo que o desempenho de algumas negociações decorreu da aplicação das regras de procedimentos previstas no contrato, dependentes apenas da ocorrência do fato ensejador ao disparo da apresentação dos pleitos de negociação.

4.5.4. A NEGOCIAÇÃO DECORRE DE MUDANÇAS DE ESCOLHAS REGULATÓRIAS?

Quanto ao fato de que a negociação pode decorrer de mudanças de escolhas regulatórias, o caso da ANTT e da ARTESP, embora com vetores distintos (para redução de intensidade e intensificação da atividade negocial), respondem positivamente a essa assertiva.

A prática do acordo administrativo, variável para cada entidade reguladora, mostra que a disposição para negociar advém, também, do ente público contratante, que pode ter a tendência de reservar para si as decisões relacionadas à sorte do contrato, em vez de agir de conformidade com a obtenção da solução negociada.

¹³⁷ O TA 6/2001 da CCR PONTE.

De qualquer forma, inovações regulatórias nos contratos de concessão de infraestrutura, de forma a deixá-los coerentes com a evolução tecnológica, da sociedade¹³⁸ e dos interesses gerais¹³⁹, podem também servir de motivos a justificar o decréscimo da celebração de termos aditivos, especialmente a partir da década de 2010.

Avançamos ao próximo capítulo, em que serão traçados lineamentos sobre a negociação público-privada desenvolvida em situações de crise e como o modelo argentino de renegociação pode fornecer direcionamentos úteis para o aperfeiçoamento dos modelos nacionais de processos administrativos negociais.

¹³⁸ O TA 1/2021 da concessionária ECO101, que alterou o Programa de Exploração da Rodovia para fazer prever implantação de sistema de atendimento ao usuário por sistema eletrônico, com opção de registro de reclamação ou sugestão por meio de chamada de áudio e vídeo.

¹³⁹ O TA 1/2021 da VIA SUL traduz acordo entre concessionária e ANTT após solicitação feita pelo Ministério da Infraestrutura, a fim de que a concessionária desenvolvesse estudo sobre implantação de postos de apoio e parada para os usuários, até o sexto mês do prazo da concessão, em antecipação ao cronograma previsto no Programa de Exploração da Rodovia.

CAPÍTULO 5 – NEGOCIAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE INFRAESTRUTURA EM MOMENTOS DE CRISE

5.1. POR QUE MOTIVO REFLETIR SOBRE NEGOCIAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA NAS CONCESSÕES EM MOMENTO DE CRISE?

Como se depreende da prática investigada dos termos aditivos celebrados no curso das concessões de rodovias selecionadas, os contratos não estão imunes às oscilações e instabilidades do cenário econômico, social e político, nem estão neutros para os comportamentos das partes. Há uma sensibilidade dos contratos públicos a crises, evidenciada dos mecanismos previstos desde o início do contrato para distribuir as externalidades decorrentes da ocorrência dos eventos críticos entre as partes e, no limite, propiciar uma abertura de oportunidade ao diálogo entre os partícipes, a fim de que seja adotada uma solução que seja compatível ao desejo das partes de conservar o negócio jurídico, ou, na evidência confirmada do desinteresse mútuo no prosseguimento do contrato, pela indução aos rompimentos contratuais, sejam eles traumáticos, sejam eles amigáveis.

A resposta dos contratantes público e privada exigida em momento de crise deve ser célere, abrangente da identificação dos efeitos causados pela crise e, principalmente, pela avaliação dos partícipes se eles estão devidamente assegurados pelo acionamento de garantias e seguros eventualmente previstos no contrato público, ou, se seria necessário distribuir os efeitos econômicos e financeiros decorrentes de uma crise.

A pandemia de covid-19, alastrada no ano de 2020, crises macroeconômicas cíclicas no Brasil experimentadas nas décadas de 1990 e 2010, se tornaram desafios reais aos gestores públicos e partes do contrato de concessão de infraestrutura.

A doença do novo coronavírus, por sua vez, teve efeitos imediatos e mais sentidos pela coletividade, não apenas pela dimensão mundial, mas pelas leis editadas com o reconhecimento da calamidade pública e pelas decisões governamentais proferidas para o controle da disseminação da doença. As determinações governamentais foram decretadas no sentido de limitar ao máximo possível a circulação de pessoas e tornar obrigatórios o isolamento social e outras medidas sanitárias, fechados estabelecimentos comerciais e lugares públicos, mantidas em funcionamento apenas atividades reputadas essenciais. Como os serviços e utilidades públicas exploradas economicamente pelos particulares tendem a auferir seus recursos financeiros para a permanência do fluxo de caixa projetado por ocasião da contratação de acordo com a política tarifária estabelecida, os serviços que dependem da

circulação de pessoas para a obtenção das tarifas se tornaram evidentemente afetados pelas determinações governamentais. Trata-se, pois, de um momento de crise inequívoco.

No campo legislativo, foram registradas no Brasil tentativas de prover os contratantes de instrumentos negociais, a fim de que fosse possível o enfrentamento da situação de crise. Relativamente às matérias disciplinadas no Projeto de Lei do Senado 1.179/2020¹⁴⁰, aprovado na Lei 14.010/2020, em junho de 2020, foi estabelecido um regime jurídico emergencial e transitório das relações reguladas pelo direito privado.

Semelhante iniciativa foi realizada pelo mesmo Senador Anastasia em outra proposição legislativa, o Projeto de Lei do Senado 2.139/2020¹⁴¹, agora em relação ao regime jurídico das relações contratuais da administração pública, durante o período de emergência de saúde pública derivada do novo coronavírus (covid-19). Diferentemente do projeto relativo às relações jurídicas reguladas pelo direito privado, a proposição legislativa referente às relações contratuais da administração pública não caminhou com a mesma celeridade, não tendo ainda sido submetida à votação pelo Plenário do Senado Federal.

Além das possibilidades de ação direta da administração pública para a finalidade de equacionar os efeitos da pandemia de covid-19 sobre a execução dos contratos públicos em geral (por exemplo, por meio de suspensão de exigibilidade de obrigações, revisão de cronogramas, suspensão de exequibilidade de sanções e alterações das especificações e quantidades do objeto contratual, como se detalha do artigo 3º do PL 2.139/2020), a referida proposição sugere a adoção de medidas específicas a contratos de concessão comum ou PPP.

Para esses contratos concessórios, são propostas postergação de exigência de encargos, como outorgas fixas ou variáveis, pagamentos de encargos sobre valores de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos acessórios, e, ainda, encargos de fiscalização ou congêneres previstos nos contratos ou encargos dispostos na legislação reguladora diversos de natureza tributária (artigo 5º do PL 2.139/2020), com possibilidade de redirecionamento de tais valores devidos a fim de cobrir custos e despesas incorridos para a continuidade da execução do objeto contratado (artigo 5º, parágrafo 1º do PL 2.139/2020) e recomposição

¹⁴⁰ SENADO FEDERAL. Projeto de lei 1.179/2020. Iniciativa do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

¹⁴¹ SENADO FEDERAL. Projeto de lei 2.139/2020. Iniciativa do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141682>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

do equilíbrio econômico-financeiro de modo posterior em caso de adoção da oscilação dos ônus contratuais, para mais ou para menos (artigo 6º, *caput*, PL 2.139/2020).

A relevância para a presente análise decorre da franca abertura imaginada na proposição legislativa ao impulso de processo administrativo de negociação, seja aquele de *renegociação* com a finalidade de alteração da equação econômico-financeira do contrato a pedido do particular contratado (artigo 7º do PL 2.139/2020), seja o de negociação para rescisão amigável por acordo (artigo 8º do PL 2.139/2020), seja o de negociação para dispor sobre procedimento de solução de conflitos, a fim de introduzir meios de solução de conflitos alternativos à solução adjudicada pelo Poder Judiciário, como a arbitragem e a mediação (artigo 10 do PL 2.139/2020).

Relativamente ao processo administrativo de renegociação, o artigo 7º do PL 2.139/2020 define um procedimento mínimo, delimitando a iniciativa (pleito apresentado pelo contratado particular), o objeto (alteração da equação econômico-financeira do contrato, orientada e restrita pela força necessária e indispensável “para assegurar a continuidade da execução do contrato” e “evitar benefícios indevidos” em favor do contratado), a motivação específica no pleito (comprovação, por estudos econômicos, da inviabilidade da manutenção da equação econômico-financeira inicial) e valores e princípios a serem adotados como diretrizes do procedimento (transparência, publicidade e motivação das decisões adotadas).

Sobre o processo administrativo de negociação à rescisão amigável, diferentemente do processo anterior de renegociação da equação econômico-financeira, não se identifica iniciativa do pleito, a supor haja possibilidade de ambas as partes iniciarem a discussão a propósito da rescisão consensual, desde que cumprida a formalidade da motivação específica do pleito de rescisão, obrigatoriamente atrelado à demonstração, via estudos econômico-financeiros, da inviabilidade de continuidade do contrato público, por força dos efeitos derivados da pandemia de covid-19 e do estado de emergência de saúde pública internacional. Ao lado desse reconhecimento, o procedimento atrela a necessidade de apuração do valor a ser indenizado, de acordo com as regras previstas no contrato e regime legal compatível, possibilitando-se a administração pública acertar a forma de pagamento de eventual indenização e descontar, de valores de sanções e punições aplicadas ou danos causados à administração pública, o valor da indenização.

Num terceiro polo das propostas consensuais do regime extraordinário proposto, consta a possibilidade de celebração de acordo entre os partícipes para adoção dos meios de solução

de controvérsia diversos do Poder Judiciário, como método complementar a qualquer contrato público e referentemente aos impactos gerados pela pandemia de covid-19.

Ainda que não essencialmente inovadoras no conteúdo, as propostas legislativas apresentadas para a introdução de processos de negociação de finalidades múltiplas para o enfrentamento dos efeitos da pandemia de covid-19 se justificam pelo fator surpresa originado do acontecimento da pandemia de covid-19, pelo ineditismo da propagação dos efeitos no tempo e no espaço e pela necessidade de conferir suporte ao gestor público e ao contratado privado para a solução rápida e fundamentada dos problemas gerados.

Na exposição da justificativa ao PL 2.139/2020, foi apontado que a legislação em vigor, especialmente a LINDB, seriam meios aptos a conferir embasamento normativo às decisões discricionárias de gestores públicos para o enfrentamento dos efeitos da pandemia de covid-19. Todavia, identificou-se, de acordo com o justificado no PL 2.139/2020, que *“os impactos esperados – e, em alguns casos, já manifestados – com a pandemia desafiam a usualidade das medidas de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, de guarida constitucional, bem como a aplicação da teoria da imprevisão e da força maior”*¹⁴². A utilidade do PL 2.139/2020, portanto, residiria na conferência de uma “correspondência normativa” às decisões públicas¹⁴³ e promoção da certeza da sua eficácia, assegurada pela segurança

¹⁴² SENADO FEDERAL. Projeto de lei 2.139/2020. Iniciativa do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8099574&ts=1641314459242&disposition=inline>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

¹⁴³ Na mesma linha defensiva da ideia da lei emergencial para regular os contratos da administração pública, manifestaram-se Flávio Amaral GARCIA e Rodrigo ZAMBÃO, especialmente a dizer, *verbis*, “[a] ideia desenvolvida não pretende fixar uma primazia da disciplina legal sobre a regulação operada concretamente pelo contrato, mas apenas reconhecer que o ordenamento jurídico pode ser um indutor da consensualidade esperada para dar conta dos impactos anormais em contratos de concessão, garantindo a indispensável continuidade de serviços públicos destinados a satisfazer interesses da coletividade. (...) O que se sustenta é que um arcabouço normativo específico, transitório e extraordinário para o direito da infraestrutura seria não uma condição para o exercício da consensualidade, mas um mecanismo importante para auxiliar na elevação da segurança jurídica de gestores públicos e operadores econômicos que, ordinariamente, se encontrem sufocados por um cenário de hipercontrole. Ainda que, como reforço da consensualidade, encontrar sustentação normativa específica para lidar, de forma criativa e inovadora, com a adaptação de ajustes aos efeitos da crise sanitária será medida bem vinda, se bem estruturada e elaborada”. Nesse mesmo texto, os autores fazem menção a entendimentos chegados em debate havido na Comissão de Direito Público da OAB-RJ, em 03/04/2020, com participação dos Professores Bruno Navega e Egon Bockmann Moreira, no seguinte sentido: (i) desnecessidade de regime jurídico específico de negociação, à vista da existência da cláusula geral de negociação autorizada pelo artigo 26 da LINDB; e (ii) “caráter positivo” de se introduzir um regime de direito público específico, com a finalidade de conferir sustentação e estímulo à criação de ambiente para negociações, pressuposta uma ação criativa e inovadora dos participantes em prol da solução negociada eficiente para o momento pós-crise sanitária. Em: GARCIA, Flávio Amaral; ZAMBÃO, Rodrigo. *Vale a pena cogitar um regime extraordinário para as concessões e PPPs em tempos de covid-19*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/A60EE7F1E41887_Valeapenacogitarumregimeextrao.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

jurídica provinda do aparato legal, especializado às questões da pandemia, e pela adoção “diligente” pelos gestores públicos dos mecanismos propostos de serem introduzidos no ordenamento.

De fato, a via da inovação legislativa seria uma das soluções ditas de *governo* a fim de se resolver o estresse contratual causado pelo acontecimento da crise econômica e social justificada e agravada pela pandemia de covid-19.

O projeto de lei, em si, tem suas virtudes, na medida em que propõe uma solução geral e coletiva a problemas que se identificaram como frequentes aos contratados particulares. Como no caso de concessões de serviços públicos, os particulares se viram na impossibilidade de obter as receitas esperadas em caso de normalidade ou dificultadas de imprimir o ritmo de adimplência das obrigações contratadas, seja em razão de indisponibilidade de acesso aos insumos necessários (como no caso de obras de ampliação e construção da infraestrutura), seja à mão-de-obra (dado o risco biológico de contaminação) ou outros elementos indispensáveis.

Soluções de *mercado* para resolver o estresse contratual igualmente poderiam ser cogitadas, com respaldo nas previsões contratuais. A exemplo de pretensões de agentes econômicos, com a identificação de janela de oportunidade para destinação de seus investimentos no Brasil, de ofertar a possibilidade de aquisição de controle acionário das sociedades empresárias concessionárias, na forma do artigo 27 da Lei Federal 8.987/1995, e, assim, assegurar a obtenção de financiamentos ou provisão de capital necessário à continuidade da exploração dos objetos concedidos, observando que os financiamentos possam ter sido afetados pela restrição de acesso causada pela indisponibilidade ou escassez de recursos financeiros oferecidos suficientes no mercado por conta da pandemia de covid-19.

Feito esse panorama, que evidencia a utilidade dos instrumentos de negociação em momentos de crise, passa-se à análise do caso da crise da Argentina no início da década dos anos 2000, em virtude da decretação de estado de emergência pública, e da decisão, legislada, de se determinar a renegociação de todos os contratos públicos.

5.2. O CASO ARGENTINO: A RENEGOCIAÇÃO GERAL DE CONTRATOS PÚBLICOS DITADA POR LEI NACIONAL DE EMERGÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Neste item, propõe-se analisar o exemplo dos processos de renegociação contratual de concessões de serviços públicos na Argentina.

O caso argentino foi selecionado devido às peculiaridades envolvidas na implementação dos processos renegociais a partir do início dos anos 2000. Houve ali a edição de uma lei de alcance geral, complementada por regulamentos, com reorganização de instituições no alto escalão do governo federal argentino e fixação de competência especial para renegociar os contratos nacionais de concessão de serviços públicos à época vigentes, estimulando-se os agentes concessionários a endereçar as suas propostas de renegociação para análise por uma comissão governamental, sequenciada de uma futura discussão entre os contratantes público e privado para fins de celebração de acordos.

5.2.1. A CRIAÇÃO DA *COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN* DOS CONTRATOS, NO GOVERNO DUHALDE, E OS PASSOS INICIAIS: A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL DO UNIVERSO DOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DA EMERGÊNCIA PÚBLICA.

Com a Lei 25.561¹⁴⁴, promulgada em 06/01/2002, nos primeiros dias do governo do Presidente Eduardo Duhalde, foi declarada a emergência pública em matérias social, econômica, administrativa, financeira e cambiária, em momento notório de forte crise econômica no país. Como dispõe a Constituição da Nação Argentina¹⁴⁵, em seu artigo 76, a emergência pública deve ter duração por tempo determinado e, uma vez declarada, trouxe como possibilidade a delegação de poderes legislativos ao Poder Executivo, nos limites estabelecidos pelo Congresso Nacional argentino. O prazo original de vigência da Lei 25.561/2002 foi estabelecido no intervalo da data da entrada em vigor da lei até 10/12/2003, mas referido prazo foi sucessivamente estendido pela sequência de leis que modificaram o termo final respectivo¹⁴⁶.

Em paralelo, na Lei 25.561/2002 foram explicitamente definidas atribuições ao Poder Executivo de (i) reordenar o sistema financeiro, bancário, mercado cambiário, (ii) reativar a economia, pela elaboração de programa de desenvolvimento de economias regionais, (iii) criar condições para o crescimento econômico sustentável e compatível com a reestruturação da dívida pública e, especialmente no que importa ao presente estudo, (iv) regular a

¹⁴⁴ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25561-71477/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁴⁵ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁴⁶ Segundo o texto atualizado da Lei 25.561/2002, a última prorrogação do prazo de vigência da declaração de emergência social durou até 31/12/2019, à luz do artigo 1º da Lei 27.345/2016. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25561-71477/actualizacion>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

reestruturação de obrigações firmadas em contratos que estivessem em curso e tivessem sido afetadas pelo novo regime cambiário, que revogara o sistema de convertibilidade da moeda local (peso argentino) e moedas estrangeiras (artigo 1º e incisos 1 a 4, da Lei 25.561/2002).

Especialmente incumbiria ao Poder Executivo uma relevante faculdade, de estabelecer, conforme a sua conveniência e em observância à emergência pública declarada, qual seria a relação de câmbio entre o peso argentino e as moedas estrangeiras (artigo 2º da Lei 25.561/2002), adotada, no caso, a flutuação da taxa de câmbio e a desvalorização do peso em relação ao dólar.

No artigo 8º da Lei 25.561/2002, determinou-se que a partir da data de sanção da referida lei perderiam eficácia as cláusulas em contratos celebrados pela administração pública e regidos por normas de direito público que dispusessem reajustes atrelados ao dólar ou outras moedas estrangeiras (um movimento de *pesificação* ou *desdolarização*), ou indexação a índices de preços de outros países. Em lugar, fixou-se que os preços e tarifas resultantes dessas cláusulas contratuais deveriam ser aplicados de acordo com o raciocínio um peso argentino como equivalente a um dólar estadunidense. Essa previsão decorria da lógica interna da declaração de emergência pública, já que, ao se prever a alteração do regime cambiário, haveria o reflexo necessário sobre os contratos celebrados pela administração pública e que estivessem vinculados, em suas cláusulas, a parâmetros de preço e/ou reajuste atrelados a moedas estrangeiras.

No artigo 9º da Lei 25.561/2002, foi conferida uma autorização ampla ao Poder Executivo nacional de renegociar os referidos contratos celebrados pela administração pública e regidos pelo direito público.

Estabeleceram-se nesse preceito legal os seguintes critérios para a condução das renegociações: (i) o impacto das tarifas na competitividade da economia e na distribuição da renda; (ii) a qualidade dos serviços públicos e os planos de investimentos, quando previstos em cláusulas contratuais; (iii) os interesses dos usuários e o seu acesso aos serviços públicos; (iv) a segurança dos sistemas compreendidos nos serviços e obras; e, finalmente, (v) a rentabilidade das empresas contratadas pela administração pública. Muito embora não haja identificação de prevalência ou importância em cada critério, observa-se que esses parâmetros reúnem, em sua densidade, características econômico-financeiras.

Para todos os contratos de obras ou serviços públicos, foi estabelecida a vedação às empresas contratadas e prestadoras de serviços públicos a suspender ou alterar o cumprimento de suas obrigações (artigo 10 da Lei 25.561/2002).

Do resultado do entendimento a que chegassem as partes, dispôs-se como diretriz geral que uma comissão bicameral composta por integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado argentino chancelaria o acordo pactuado pelo Poder Executivo, em atividade de controle político parlamentar sobre a faculdade legislativa delegada ao Poder Executivo (artigo 20 da Lei 25.561/2002).

Referida Comissão (“*Comisión Bicameral de Seguimiento*”) seria integrada por seis congressistas de cada casa, com respeito à pluralidade de representação político-partidária. E dos atos regulamentares posteriores foi possível averiguar que essa emissão de manifestação pela Comissão Bicameral de Acompanhamento dos processos de renegociação não possuía caráter vinculante (a exemplo do considerando exposto no preâmbulo do Decreto 1.090, de 26/06/2002¹⁴⁷). Caso a manifestação não fosse emitida no prazo de sessenta dias, configuraria aprovação tácita; se externasse recusa de aceitação do acordo, tinha por consequência obrigar o Poder Executivo nacional a retomar o processo de renegociação (artigo 4º da Lei 25.790/2003¹⁴⁸).

De partida, portanto, a lei que determinou a instauração de processos de renegociação geral dos contratos públicos ordenou a estrutura organizacional mínima, as competências a serem desempenhadas, o foco no compartilhamento da decisão definitiva sobre o resultado da renegociação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo e, principalmente, os parâmetros essenciais que norteariam o processo de renegociação.

Dado o grau de especificidade já trazido na lei, pode-se compreender, numa avaliação desse período inicial, que o estabelecimento de um processo administrativo de renegociação tinha por efeito direto resguardar os interesses dos contratados, na medida em que caberia a eles não a iniciativa mas o passo principal de largada do processo de renegociação, ao endereçar as suas propostas e pleitos para a renegociação e direcionando, assim, quais os aspectos relevantes que deveriam ser considerados ao longo do processo renegocial.

¹⁴⁷ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1090-2002-75375/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁴⁸ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25790-89434/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

A partir desse lineamento geral, que tratou das possibilidades e limites materiais de ação da administração pública argentina no amplo processo de renegociação que poderia ser posto em andamento, a regulamentação que se seguiu, por meio de decretos do Poder Executivo Nacional e do Ministério da Economia, definiu a organização do sistema de renegociação desses contratos públicos.

5.2.2. A FORMAÇÃO DA *COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN* E REGULAMENTAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DO SEU FUNCIONAMENTO.

Cerca de um mês depois da edição da Lei 25.561/2002, em 22/02/2002, foi editado o Decreto 293/2002¹⁴⁹, que regulamentou os dispositivos dos artigos 8º e 9º da Lei 25.561/2002.

Foram delimitados os setores regulados atingidos pela dinâmica da renegociação (dentre eles, os contratos de concessões de rodovias com pedágio cobrados de usuários, serviços de água potável e esgotamento sanitário, distribuição e comercialização de energia elétrica, transporte e distribuição de gás, telecomunicações, transporte público coletivo de pessoas, seja rodoviário, metroviário ou ferroviário, aeroportos, portos, conforme artigo 1º do Decreto 293/2002).

O Decreto 293/2002 igualmente dispôs sobre o fluxo procedimental mínimo para que as propostas de renegociação contratual fossem apresentadas. Como se depreende do artigo 2º do Decreto 293/2002, a proposta de renegociação deveria ser formulada no prazo de 120 dias a contar da entrada em vigor da Lei 25.561/2002 (prorrogado para outros 120 dias úteis suplementares, conforme Decreto 1.839/2002, de setembro de 2002; novos sessenta dias, na Resolução 62/2003 do Ministério da Economia, publicada em fevereiro de 2003). Em seguida, deveria ser dirigida ao Ministério da Economia argentino, o qual convocaria as empresas concessionárias, as associações de usuários e os entes de regulação e controle para colher opiniões e informações de tais agentes a propósito da proposta de renegociação. A Comissão bicameral do Congresso argentino, especialmente criada para monitoramento e fiscalização, também deveria ser notificada sobre os trâmites da renegociação.

Alcançado o acordo de renegociação ou, caso contrário, fosse recomendada a rescisão do contrato de concessão, tais atos deveriam ser subscritos pelo Ministério da Economia, submetidos a referendo do Poder Executivo nacional argentino (artigo 2º do Decreto 293/2002).

¹⁴⁹ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-293-2002-72323>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

O Decreto 293/2002, no seu artigo 3º, trouxe dois elementos adicionais para servirem de diretrizes de análise do processo de renegociação, ao lado dos critérios fixados no artigo 9º da Lei 25.561/2002, quais sejam, o volume dos investimentos que já tivessem sido efetivamente realizados à época da proposta de renegociação e o rol das obrigações convencionadas no contrato. Esse conjunto de parâmetros foi denominado de “*Guia de Renegociación*”.

Como parte integrante da estrutura de acompanhamento do processo de renegociação, criou-se, por meio do artigo 4º do Decreto 293/2002, a Comissão de Renegociação de Contratos de Obras e Serviços Públicos (“*Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos*”, sigla CRCOSP). Voltada à finalidade de assessoramento e assistência do Ministério da Economia, a Comissão de Renegociação é presidida pelo Ministro da Economia, ou outro agente por ele designado em delegação, e composta por pessoas com experiência ou idoneidade sobre a matéria debatida na renegociação (sem especificação de sua quantidade), assim como integrada por um representante das associações de usuários e consumidores (em alinhamento à previsão do artigo 42 da Constituição da Nação Argentina), todos esses componentes designados pelo Poder Executivo nacional.

O mesmo decreto também determinou que a Comissão de Renegociação de Contratos de Obras e Serviços Públicos (CRCOSP) pode se valer de agentes públicos vinculados a outros órgãos do Poder Executivo Nacional, sem desafetá-los de suas tarefas originárias nos cargos públicos que ocupassem. Além de ter permitido ao Ministério da Economia e Infraestrutura amplo alcance de atuação na organização da referida comissão, viabilizando a adoção de modalidades organizativas e operacionais imprescindíveis ao cumprimento da missão de renegociação.

A referida Comissão de Renegociação de Contratos de Obras e Serviços Públicos (CRCOSP) teve a primeira designação de seus integrantes publicada em 27/02/2002, com o Decreto 370/2002¹⁵⁰, alinhada à fórmula de composição definida pelo Decreto 293/2002, acrescida de outros membros inéditos.

Em complemento ao cargo de (i) presidente atribuído ao Ministro da Economia e Infraestrutura, foi determinado que o (ii) Secretário-legal e administrativo do Ministério da Economia e Infraestrutura deveria ocupar o posto de vice-presidente da referida Comissão

¹⁵⁰ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-370-2002-72554>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

de Renegociação, substituindo o Ministro da Economia e Infraestrutura em caso de impedimento ou ausência (artigo 1º do Decreto 370/2002). Como demais membros integrantes, estariam presentes (iii) assessores da área de serviços públicos do gabinete do Ministério da Economia e Infraestrutura, aferidos, nessa primeira designação, três membros engenheiros e um graduado em economia; (iv) os subsecretários de energia, (v) transporte (esses do Ministério da Economia e Infraestrutura), (vi) telecomunicações (de ministério de mesmo nome), (vii) secretário de obras públicas da Presidência argentina, (viii) secretário de concorrência, desregulação e defesa do consumidor, do Ministério da “Produtividade” (ou “Produção”, no vernáculo local) (artigo 2º do Decreto 370/2002).

Como outro membro possível, foi delineado um convite (ix) para que o Defensor Público da nação argentina (um dos órgãos da cúpula do Ministério Público argentino) designasse um representante para funcionar na Comissão de Renegociação (artigo 3º do Decreto 370/2002).

Como derradeiro membro da Comissão de Renegociação, foi disciplinado que o Ministério da Economia e Infraestrutura deveria designar um membro que representasse (x) associações de usuários e consumidores legalmente registradas. Para cumprir tal incumbência, o Ministério deveria solicitar às associações a proposição da pessoa que deveria representá-las, inexistindo ali indicação de que o Ministro da Economia poderia exercitar algum tipo de veto sobre a pessoa indicada (artigo 4º do Decreto 370/2002).

Como se percebe, a composição da Comissão de Renegociação, com membros de origem multissetorial, aliada à concentração, num único órgão estatal, do poder de dirigir os processos de renegociação contratual durante a fase de emergência pública formam um cenário de uma análise multifacetada e transversal dos pleitos apresentados pelas concessionárias.

Finalmente, dispôs-se nesse Decreto 370/2002 que caberia ao Ministério da Economia e Infraestrutura expedir o regulamento para funcionamento interno da Comissão de Renegociação.

A *procedimentalização* do processo de renegociação contratual foi ditada inicialmente em um regulamento expedido pelo Ministro da Economia, pela Resolução 20/2002¹⁵¹, publicada em 20/03/2002.

¹⁵¹ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-20-2002-73003/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

A *finalidade* do processo de renegociação, exposta nesse regulamento, consistiu na adequação dos contratos de concessão, em comum acordo entre a administração pública e as concessionárias. Tudo para que houvesse um sacrifício compartilhado entre os contratantes para superar os prejuízos derivados do momento do período de emergência, fosse conservado o contrato e mantidas as condições originariamente pactuadas, com sinalização de um restabelecimento futuro, assim que cessada a fase da emergência.

O procedimento em si da renegociação contratual foi faseado, nessa primeira regulamentação, em quatro etapas.

Na *Primeira Etapa*, que pode ser intitulada como *fase preparatória*, a Comissão de Renegociação deveria sedimentar as normas básicas e os guias a serem aplicados na Comissão, além de emitir uma convocação às empresas concessionárias para conversações informais e apresentação de sugestões a esses normativos, assim como de entrega e explicação a essas concessionárias desse corpo de guias de renegociação.

Na *Segunda Etapa*, podemos qualificar como fase de *apresentação de propostas*: as concessionárias deveriam formular as propostas de renegociação, entregando-as com uma descrição do impacto gerado no negócio concessionário devido à emergência pública e um resumo da situação econômico-financeira recente do negócio concessório, discriminando-se a evolução contratual e o endividamento. Deveria ser respeitado um formato, com apresentação das informações necessárias¹⁵² para motivar a proposta de renegociação, sugerindo-se o preenchimento de categorias de informações, a saber, revelação das receitas percebidas e os mecanismos que funcionavam para a atualização dos preços/tarifas cobrados, os custos operacionais, investimentos futuros e os já aplicados, do endividamento, os compromissos a serem pagos ao Estado argentino. A apresentação de cada concessionária seria feita de modo individualizado perante a Comissão de Renegociação, de forma oral, suportada por uma documentação escrita e um resumo executivo que seria disponibilizado em sítio da internet, para cumprimento de exigências de transparência e disseminação de dados.

¹⁵² De acordo com a Resolução 317/2002 do Ministério da Economia, publicada em 27/08/2002, as Normas do Procedimento de Renegociação originais da Resolução 20/2002 foram modificadas para reconhecer o direito de as concessionárias postularem a classificação de natureza confidencial de informações ou documentações que assim se qualificassem, de acordo com a Lei Nacional de Procedimentos Administrativos. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-317-2002-77223/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

Já na *Terceira Etapa*, que pode ser descrita como *fase de tratativas dialogadas*, observa-se que as concessionárias e os membros da Comissão de Renegociação passariam a se reunir presencialmente, em rodadas de análise e discussão, em prol da celebração dos acordos.

Na *Quarta Etapa*, dita *fase de encerramento ou conclusão*, os acordos passariam por uma etapa de *consolidação*, com elaboração de atas de fechamento e cartas de entendimento e o seu encaminhamento para o Ministério da Economia, para a aprovação dos acordos.

De relevo destacar que, durante as trocas de informações solicitadas pela Comissão de Renegociação e enviadas pelas concessionárias e as propostas formuladas por essas últimas, ficou expressamente ressalvado que o mero aporte de tais informações não consistiria em renúncia ou cessão de direitos ou eventuais ações judiciais nem reconhecimento explícito de direitos em favor do Estado ou das concessionárias. Trata-se do *resguardo mútuo*, ferramenta que viabiliza a discussão livre e ponderação recíproca dos fatos e dos interesses subjetivos portados entre os participantes do processo de renegociação (item 2.2.2. do Anexo I da Resolução 20/2002).

5.2.3. A CONTÍNUA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA RENEGOCIAÇÃO: NORMAS INTERPRETATIVAS DE ALCANCE.

No Decreto 1.090/2002 do Poder Executivo Nacional¹⁵³, publicado em 26/06/2002, foi disposta uma norma interpretativa dos alcances do processo de renegociação. Sob a alegação de risco da eficiência do processo conduzido pela Comissão de Renegociação na eventualidade de reclamações de descumprimento contratual serem formuladas pelas concessionárias e direcionadas para outros órgãos que não a Comissão de Renegociação, disciplinou-se que toda reclamação de descumprimento contratual deve ser integrada ao procedimento de renegociação, para ser resolvida naquele âmbito. Seria uma espécie de renúncia informal do acesso, na via administrativa, a outras entidades regulatórias.

A Resolução 308/2002 do Ministério da Economia¹⁵⁴, publicada em 20/08/2002, prescreveu novas normas complementares e interpretativas do processo de renegociação contratual. O objetivo declarado da referida norma consistiu em reforçar o papel do Ministério da Economia como autoridade de aplicação das normas referentes ao processo de renegociação e apresentar uma diretriz geral, para os outros órgãos e secretarias de Estado e entidades de

¹⁵³ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1090-2002-75375/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁵⁴ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-308-2002-76985/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

controle, sobre como devem ser realizadas as ações de monitoramento e fiscalização voltadas à execução de tais contratos e como tais órgãos e entidades deveriam proceder para aferir o descumprimento contratual (seja o imputado à concessionária, seja o imputado ao concedente) e mensurar o impacto dele (por exemplo, medindo as sanções aplicáveis) a fim de que, em sequência, a Comissão de Renegociação pudesse ponderar tais efeitos no processo de renegociação (artigos 4º a 6º da Resolução 308/2002).

Nessa mesma Resolução 308/2002, estabeleceu-se que pleitos da concessionária vinculados a questões afetas ao desenvolvimento ordinário da concessão, desatreladas da questão da emergência pública, deveriam ter a sua tramitação apropriada na autoridade administrativa competente (artigo 9º da Resolução 308/2002). Outra regra relevante incluída se relaciona à obrigatoriedade de as empresas concessionárias desistirem de ações judiciais ou arbitrais em andamento sobre os temas que estejam sendo debatidos no processo de renegociação contratual (artigo 11 da Resolução 308/2002).

5.2.4. A IMPLANTAÇÃO DE MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR: CONSULTAS E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.

A seguinte norma de complemento aos procedimentos do processo de renegociação, a Resolução 576/2002¹⁵⁵, publicada em 12/11/2002, disciplinou o mecanismo de consulta pública (“*Reglamento del Procedimiento de Documento de Consulta*”).

Por intermédio desse procedimento, viabiliza-se a colheita de opiniões e manifestações técnicas para agregar ao processo de renegociação, seja limitado a um setor regulado, seja abrangendo conjunto de empresas envolvidas nas renegociações pela afinidade de seus contratos (artigo 2º da Resolução 576/2002).

Participação é admitida a toda pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, que invoque interesse legítimo ou direito subjetivo, ou organizações de usuários, além de autoridades públicas, Defensor do Povo da Nação, além de, na discricção da Comissão de Renegociação, ser possível o convite a pessoas privadas e públicas estrangeiras e organizações supranacionais e especialistas de universidades e centros de estudos acadêmicos (artigo 7º da Resolução 576/2002).

Prevê-se a comunicação obrigatória da realização da consulta pública a determinadas pessoas, a saber, os concessionários envolvidos à matéria objeto da consulta, a autoridade

¹⁵⁵ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-576-2002-79450/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

de aplicação do contrato, organismo de controle, as províncias e o Governo da Cidade Autônoma de Buenos Aires, as Comissões de Seguimento das Privatizações do Congresso Nacional e a Comissão Bicameral tratada no artigo 20 da Lei 25.561/2002, a Secretaria de Defesa da Concorrência, Associações de usuários registradas e qualquer outra instituição, pública ou privada, cuja opinião seja reputada relevante para auxiliar na consulta (artigo 6º da Resolução 576/2002).

Para prestigiar os interesses dos usuários na consulta pública, fixou-se que haveria uma quantidade mínima de três associações de usuários participando do procedimento, podendo agir em conjunto ou isoladamente, e, na hipótese de inexistir esse quórum mínimo, seria designada pela Comissão de Renegociação, de ofício, um “Defensor do Usuário”, que pode ser tanto uma pessoa física ou pessoa jurídica (artigo 8º da Resolução 576/2002).

As manifestações dos participantes da consulta pública, com suas observações, opiniões e comentários, acompanhadas de documentação pertinente, poderiam ser encaminhadas por escrito à Comissão de Renegociação (artigo 10 da Resolução 576/2002).

No campo de concessões rodoviárias, a Resolução 672/2002¹⁵⁶ do Ministério da Economia, publicada em 28/11/2002, abriu à consulta pública as propostas de adequação contratual que foram formuladas pelas concessionárias Autopista Ezeiza Cañuelas S/A, Autopistas del Sol S/A, Coviare S/A e Grupo Concesionario del Oeste S/A.

Apenas depois de alguns meses, foi disciplinado o Regulamento de Procedimento de Audiência Pública (“*Reglamento del Procedimiento de Audiencia Pública*”), por meio da Resolução 180/2003 do Ministério da Economia¹⁵⁷, publicada em 19/03/2003. O Ministério da Economia, na fundamentação da necessidade do ato normativo, embasou-se na justificativa de se ampliar a participação cidadã e colher contribuições para auxiliar o Ministério da Economia na tomada da decisão administrativa a propósito do processo de renegociação (artigo 1º do Anexo da Resolução 180/2003). O universo de participantes admitidos é similar àquele arrolamento de personagens da consulta pública (artigo 7º do Anexo da Resolução 180/2003), assim como também se exige a participação de associações representativas dos interesses dos usuários ou, na sua falta, a figura do Defensor do Usuário (artigo 8º do Anexo da Resolução 180/2003).

¹⁵⁶ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-672-2002-79973/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁵⁷ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-180-2003-83320/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

A diferença qualitativa entre o procedimento de consulta e o de audiência pública está no detalhe de que, na audiência, a intervenção dos participantes se aperfeiçoará em manifestações orais, em reunião presencial gravada em audiovisual, permitindo-se a inscrição prévia de pessoas para realizar exposições sobre o tema e formular perguntas por escrito e se viabilizando o debate, inclusive com perguntas dirigidas por quem exerça a Presidência da audiência pública (artigo 11 do Anexo da Resolução 180/2003).

Muito embora pudesse haver a concentração de várias empresas concessionárias num mesmo procedimento de consulta ou audiência pública, vale destacar que as tratativas na renegociação eram individualizadas entre o órgão de renegociação e o concessionário, observando o caráter particular das condições contratadas.

5.2.5. A REMODELAÇÃO DA COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN: EVOLUÇÃO PARA *UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS* (UNIREN), NO GOVERNO KIRCHNER.

Expirado o mandato-tampão presidencial de Duhalde e realizadas novas eleições, em maio de 2003 iniciou-se a presidência de Néstor Kirchner. Sucedeu uma reorganização estrutural da Comissão de Renegociação, com a edição do Decreto 311/2003 do Poder Executivo Nacional¹⁵⁸, publicado em 04/07/2003.

Para além da atualização da denominação (“*Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos*”, sigla UNIREN), a principal alteração consistiu na ampliação institucional do referido órgão, que passou a estar sob o guarda-chuva de dois ministérios, o Ministério da Economia e Produção e o Ministério de Planejamento Federal, Investimento Público e Serviços.

Na prática, como se depreende dos considerandos do Decreto 311/2013 e do Decreto 1.283/2003¹⁵⁹, a modificação do órgão de renegociação decorreu de “reordenamento estratégico” para melhor qualidade e eficiência da gestão pública, sem que tivesse importado realmente numa descontinuidade dos serviços anteriormente prestados¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-311-2003-86606/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁵⁹ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1283-2003-85520/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁶⁰ De acordo com a Resolução conjunta 118/2003 (Ministério de Economia) e 25/2003 (Ministério de Planejamento Federal, Investimento Público e Serviços), publicada em 11/07/2003, o Secretário e Coordenador

O antigo Ministério de Economia passara a ter a denominação de Ministério de Economia e Produção (englobando matérias como agricultura, pecuária, pesca, defesa da concorrência e do consumidor, com competência expressa de intervir nas negociações de contratos de obras e serviços públicos, de acordo com o item 55 do artigo 20 do Decreto 355/2002 modificado pelo artigo 2º do Decreto 311/2013) e o antigo Ministério de Produção evoluíra para o Ministério de Planejamento Federal, Investimento público e Serviços (com tratamento sobre matérias de energia, comunicações, obras públicas, questões hídricas, desenvolvimento urbano, energia atômica, transporte).

Como reflexo, a cúpula de comando da UNIREN passa a ser presidida em conjunto pelas chefias dos ministérios concernentes (artigo 5º do Decreto 311/2003) e as regulamentações de funcionamento da UNIREN igualmente passam a ser dispostas em regulamentos conjuntos (artigo 6º do Decreto 311/2003).

A transição de órgãos não significou ruptura ou interrupção dos trabalhos conduzidos pela Comissão de Renegociação anterior. Houve expressa sinalização de que a nova conformação do órgão teria, como atribuição correspondente, a continuidade dos trabalhos renegociais que estavam em tramitação (artigo 2º do Decreto 311/2003).

Ampliaram-se as competências à UNIREN. Além de auxiliar no processo de renegociação e de celebrar os acordos parciais ou integrais de renegociação sobre os setores regulados (discriminados nos artigos 3º e 4º do Decreto 311/2003), fixaram-se responsabilidades de elaborar projeto de marco regulatório geral dos serviços públicos, em âmbito nacional, sugerir projetos normativos para adequações transitórias de preços ou tarifas ou de cláusulas contratuais das concessões de serviços públicos (artigo 1º do Decreto 311/2003) e de absorver as atribuições que incumbiam ao antigo Ministério de Economia previstas nas Resoluções 20/2002, 576/2002 e 180/2003 (artigo 18 do Decreto 311/2013).

Não houve, no Decreto 311/2013, especificação de quantidade ou qualidade de funcionários dos ministérios que deveriam ter funções a realizar junto à UNIREN, feita exclusiva menção à “facilitação”, de ambos os ministérios, na liberação e aporte de equipes técnicas e especialistas e apoio administrativo para o adequado desenvolvimento das atividades. Definiu-se, por outro lado, a possibilidade de o Secretário-Geral da UNIREN solicitar, a outros órgãos e entes reguladores vinculados ao Poder Executivo Nacional, a colaboração

Geral da antiga Comissão de Renegociação, Sr. Jorge Gustavo Simeonoff, foi mantido como Secretário Executivo da UNIREN. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/86832/norma.htm>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

por meio da encomenda de trabalhos técnicos, que serão empregados para as tratativas no processo de renegociação dos contratos.

Outra mudança relevante, inédita em comparação ao regime anterior, trata da participação obrigatória do Procurador do Tesouro Nacional e da “Sindicatura Geral da Nação” (órgão de controle interno do Poder Executivo Nacional) no processo de renegociação. Aponta-se, a partir de agora, que o Procurador do Tesouro Nacional deverá emitir um parecer prévio à aprovação dos acordos de renegociação pelos Ministros de Economia e Produção e Planejamento federal (artigos 8º e 10 do Decreto 311/2003 e artigo 9º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003), com futuro referendo pelo Poder Executivo Nacional (alínea “c” do artigo 9º do Decreto 311/2013). Já a “Sindicatura Geral da Nação”, após o parecer emitido pelo Procurador do Tesouro Nacional, deve se pronunciar e verificar o cumprimento dos procedimentos necessários à celebração dos acordos (artigo 14 da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Em consolidação das normas interpretativas e diretivas que foram sendo expedidas após a criação da antiga Comisión de Renegociación, o Decreto 311/2003 dispôs ser obrigatória a passagem prévia da proposta de renegociação pelo procedimento de consulta pública.

A Resolução conjunta desses dois Ministérios (188/2003 do Ministério de Economia e Produção, e 44/2003, do Ministério de Planejamento Federal, Investimento Público e Serviços¹⁶¹), datada de 06/08/2003, detalhou a estrutura e o funcionamento da UNIREN e, notadamente, a forma de interação permanente com as secretarias setoriais responsáveis pela área de cada contrato de serviço público ou obra pública sujeito à renegociação.

Além da Presidência, a UNIREN passa a ser integrada por um Comitê Setorial (“*Comite Sectorial de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos*”) e um Secretário Executivo (artigo 1º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003). De relevo a circunstância de que esse Comitê Setorial é integrado pelo Secretário Executivo da UNIREN e por todos os Secretários de Estado que tenham competência atribuída de lidar com os contratos de serviços públicos ou obras públicas sujeitos à renegociação (artigo 2º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Referido Comitê Setorial toma à frente das tratativas do processo de renegociação e pode requerer às secretarias de Estado e aos órgãos de regulação e controle as informações e

¹⁶¹ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-188-2003-87476/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

documentação necessárias para o prosseguimento dos trâmites da renegociação (artigo 4º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Já o Secretário Executivo teve funções atribuídas de consolidar o fluxo informacional das renegociações em andamento realizadas pela Comissão de renegociação anterior (artigo 5º, alínea “b”, e 7º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003), servir de ponte para transmitir essas informações ao Comitê Setorial, realizar uma análise da situação e expor qual o grau de cumprimento das obrigações convencionadas nos contratos de concessão de conformidade com relatórios divulgados pelos órgãos de regulação e controle competentes a cada serviço público. Incumbe ao Secretário Executivo também efetuar as solicitações de informações aos órgãos de controle e regulação, que tenham sido requeridas pela Presidência ou Comitê Setorial da UNIREN, ou vinda de qualquer Secretário de Estado participante do Comitê Setorial. Destacou-se como papel do Secretário Executivo a coordenação das reuniões do Comitê Setorial e do intercâmbio da documentação entre a Presidência e o Comitê Setorial, devendo assumir as tarefas necessárias do processo de renegociação dos contratos (artigo 5º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Foi prevista a faculdade de composição de grupos de trabalhos setoriais, para a análise específica de cada contrato de concessão, coordenados pelo Secretário Executivo (artigo 6º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Como fluxo procedimental da UNIREN, foi previsto que o Secretário Executivo deveria organizar um banco de dados, apresentar um informe detalhado a propósito do andamento dos processos de renegociação, indicando as fases de renegociação cumpridas e as pendentes e quais as informações foram entregues pelos concessionários à época da formulação da proposta (artigo 7º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Prevê-se, igualmente, a participação de órgãos de regulação e controle dos setores regulados pertinentes. Tais órgãos de regulação e controle deveriam apresentar, em trinta dias corridos da data de publicação da resolução, a análise da situação e grau de cumprimento dos contratos de concessão, documentação de relevância à análise da renegociação e, especialmente, estarem à disposição de convocações que sejam efetuadas pelos Secretários de Estado, individualmente, ou do Comitê Setorial (artigo 13 da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Depois desse rastreamento inicial, o Comitê Setorial deveria fixar um cronograma de trabalho específico para cada setor regulado e determinar os objetivos que deveriam ser

alcançados nas renegociações (artigo 8º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003). Por fim, o ato normativo delimitou que os projetos de acordos de renegociação seriam submetidos a consulta pública e, no caso de serem viáveis, deveriam ser os acordos de renegociação celebrados por meio de “atas de acordo” (“*actas acuerdos*”), assinadas entre os representantes legais dos concessionários e os Ministros de Economia e Produção e de Planejamento Federal, Investimento Público e Serviços, submetendo-se a posterior referendo do Poder Executivo Nacional (artigo 9º da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003). Na hipótese de impossibilidade jurídica de se chegar a um acordo de renegociação, por conta de análise direta do contrato de concessão, caberia à Presidência da UNIREN recomendar ou propor ao Poder Executivo Nacional a medida pertinente ao caso (artigo 11 da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003).

Outro detalhe a ser considerado dessa Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003 está na adoção do significado de “*acuerdo parcial de Renegociación*” e “*acuerdo integral de Renegociación*” (artigo 12 da Resolução Conjunta 188/2003 e 44/2003), figuras que se distinguem na abrangência do objeto do acordo. Para ambas as modalidades, adota-se, em comum, o entendimento de que a renegociação estará presente quando alterar as condições particulares do contrato com a finalidade de atingir a recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

A Lei 25.790/2003, promulgada em 21/10/2003, promoveu alterações importantes na disciplina do processo de renegociação contratual.

Num primeiro ponto, como se colhe do teor do artigo 2º dessa Lei 25.790/2003, ampliou-se o alcance objetivo da renegociação, permitindo que o Poder Executivo Nacional proferisse decisões de aceitação das propostas encaminhadas pelas concessionárias, sem condicionamentos ou limitações às regras presentes dos marcos regulatórios que regem os contratos de concessão. De acordo com esse mesmo dispositivo legal, permitiu-se que o Poder Executivo Nacional tivesse predominância na adequação dos contratos públicos, uma vez que as normas regulatórias expedidas por entidades reguladoras em matérias de revisão contratual, reajustes ou adequações tarifárias deveriam ser expedidas apenas se fossem compatíveis com o processo de renegociação contratual conduzido.

Num passo seguinte, foi previsto que os acordos poderiam assumir formas distintas de um acordo integral e/ou definitivo, como, por exemplo, acordos *parciais* (sobre algumas matérias, e não sobre todo o clausulado), *temporários* ou *transitórios*, além de

especificamente poder determinar adequação de parâmetros de aferição da qualidade dos serviços públicos e viabilizar a realização de revisões periódicas de suas cláusulas.

5.2.5. OS ACORDOS DE RENEGOCIAÇÃO CONCLUÍDOS (ACTAS ACUERDOS DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL DE SERVICIOS PÚBLICOS).

Em que pese o impulso geral das renegociações tenha ocorrido a partir de janeiro de 2002, apenas a partir do final do ano de 2005 foram noticiadas as primeiras conclusões dos processos de renegociação contratual.

No setor de concessões de rodovias, foram identificados os seguintes acordos celebrados com a UNIREN: (i) Decreto Nacional 296/2006, que ratificou o *Acuerdo de Renegociación Contractual* celebrado com a *Concesionaria Autopistas del Sol S.A.*¹⁶²; (ii) o Decreto Nacional 298/2006, de março de 2006, que ratificou o *Acuerdo de Renegociación Contractual* da concessionária “Grupo Concesionario del Oeste S.A.”¹⁶³; (iii) o Decreto 1.301/2006, de setembro de 2006, que ratificou o *Acuerdo de Renegociación Contractual* celebrado com a concessionária *Caminos del Valle S.A.*¹⁶⁴; (iv) o Decreto Nacional 1.870/2006, de dezembro de 2006, que ratificou a *Acta Acuerdo* e a *Addenda Rectificatoria Al Acta Acuerdo de Renegociación Contractual*, com a concessionária *Caminos Del Río Uruguay Sociedad Anónima*¹⁶⁵.

No caso do *Acuerdo de Renegociación* da empresa *Autopistas del Sol S.A.*, foi convencionado que a recomposição total econômico-financeira do contrato de concessão seria examinada e decidida numa instância de revisão futura¹⁶⁶. Segundo historiado no texto do *Acuerdo Integral* de julho de 2018 (Decreto Nacional 607/2018, de julho de 2018¹⁶⁷), a instância de revisão não foi instalada. Diante da remodelação estrutural do processo de

¹⁶² Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-296-2006-114708/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁶³ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-298-2006-114752/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁶⁴ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1301-2006-120364/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁶⁵ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1870-2006-123111/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁶⁶ A mesma pendência, de falta de decisão em uma instância de revisão sobre as contas da revisão tarifária integral, foi identificada no caso da concessionária *Grupo Concesionario del Oeste Sociedad Anónima* conforme o texto do Decreto Nacional 608/2018. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-608-2018-311979/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

renegociação, com a extinção da UNIREN em fevereiro de 2016 (Decreto 367/2016) e o deslocamento de competências renegociais para os ministérios setoriais dos objetos concedidos pertinentes (no caso das rodovias, o *Ministerio de Transporte* e a *Dirección Nacional de Vialidad*, esta última a autoridade de aplicação do contrato de concessão de rodovia), as tratativas foram reiniciadas entre a concessionária *Autopistas del Sol* e a *Dirección Nacional de Vialidad*, tendo culminado com a assinatura do *Acuerdo Integral de Renegociación Contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte*, em junho de 2018, aprovado pela Vice-presidente da Nação argentina (e não pelo Presidente, que se declarou suspeito a fazê-lo, por ligações pessoais com os acionistas da concessionária).

Como se verifica, um processo de renegociação disparado pela aprovação da lei em janeiro de 2002 somente foi encerrado definitivamente, com a aparência de ter resolvido os pontos sujeitos à renegociação, cerca de dezesseis anos depois.

Vale destacar que a UNIREN, no meio da trajetória desses processos de renegociação, foi extinta, no ano de 2016. Constatou-se, em lugar, uma onda de setorialização do órgão de renegociação, uma vez que a “Comisión Especial de Renegociación de Contratos” passaria a funcionar nos setores regulados específicos (como no caso da Resolução do Ministério de Transporte 182/2016, vinculada aos contratos de concessão de rodovia), com derrogação do Decreto 311/2003 pelo Decreto 367/2016.

A partir desse diagnóstico, apresento, no ponto seguinte, as críticas e um cenário de vantagens e desvantagens da aplicação desse processo de renegociação, considerado o contexto em que ele foi criado, da emergência pública na Argentina.

5.2.6. CRÍTICAS AO PROCESSO DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL ARGENTINO.

Como resumo, podem ser explicitadas, como principais, as seguintes características do modelo de processo de renegociação argentino, para o momento da emergência pública: (i) existência de autorização de lei nacional para Poder Executivo Nacional argentino renegociar contratos; (ii) declaração de ineficácia de cláusulas de contratos públicos que fixam reajuste monetário em dólar ou cláusulas indexatórias baseadas em índices de preços de outros países; (iii) definição de parâmetros e diretrizes legais para a renegociação (artigo 9º da Lei Nacional Argentina 25.561/2002), relacionados à composição de interesses entre o impacto das tarifas na competitividade da economia e na distribuição de lucros, qualidade dos serviços e dos planos de investimentos previstos contratualmente, interesse dos usuários e a acessibilidade dos serviços, segurança dos sistemas de prestação de serviços públicos e

a rentabilidade das empresas; e, por fim, (iv) arranjos institucionais detalhados, com a especificação de estruturas de governo habilitadas à condução do processo renegocial e criação de uma câmara bicameral no Poder Legislativo para acompanhamento e monitoramento dos acordos de renegociação, de composição paritária por deputados e senadores (artigo 20 da Lei 25.561/2002).

Uma das principais críticas em relação ao modelo de renegociação argentino se refere à valoração dos instrumentos contratuais e regulação anteriormente vigentes às leis que declararam a emergência pública e sucessivas modificações. A autorização dada pelo Congresso Nacional ao Poder Executivo argentino a fim de que este impulsionasse a renegociação foi generalista, não levou em consideração os mecanismos até então previstos no contrato ou regulação setorial aplicável. Nem os procedimentos da renegociação que foram sendo passo-a-passo conformados trouxeram algum grau de certeza sobre a incidência das regras contratuais e regulatórias até então vigentes.

Ainda que os concessionários tenham espontaneamente aderido aos processos renegociais, a sua participação em tal renegociação foi induzida. Pode-se estimar uma hipotética percepção de que, caso não participassem, poderiam estar sujeitos a um olhar diferenciado quanto ao cumprimento das metas estabelecidas e, caso aferido o descumprimento de obrigações contratuais, suscetíveis a serem sancionados com medidas extremas, como rescisão unilateral do contrato de concessão. Apura-se que a margem de manobra para a atuação no processo renegocial estava limitado a dois momentos fundamentais, o da *apresentação da proposta inicial* e o da *discussão e tratativas* após os resultados de consulta e audiência pública.

Por outro ângulo de análise, é de se constatar que a mudança principal que ensejou o processo de renegociação global decorreu de uma questão de convertibilidade do peso em dólar, e, como os investimentos previstos nos contratos públicos atingidos pela lei estavam dolarizados, ressoava importante dimensionar e especificar os impactos da medida governamental, transversal sobre todos os setores em que havia os contratos públicos com os privados. A discussão, portanto, embora parecesse ordenada na lei, era realmente necessária.

Um outro problema, aparentemente o mais grave de todo o processo de renegociação argentino, é a inexistência de determinação legal expressa, quando da declaração do estado de emergência, de que o Poder Executivo deveria, compulsoriamente, respeitar os prazos

sinalizados para o impulso e conclusão do processo de renegociação. Os prazos não eram peremptórios, de modo que foram submetidos a sucessivas extensões, inclusive com a anuência do Congresso Nacional argentino ao aprovar as leis que determinavam referidas ampliações de prazos.

Não está a se dizer que a interdição de ampliação de prazos para a conclusão do processo renegocial traria, por resultado, a efetiva resolução do problema submetido à renegociação. A inexistência de prazo razoável para a finalização dos processos de renegociação constitui um fator de incerteza e insegurança jurídica, mesmo quando possível se compreender de pontuais extensões do prazo diante de complexidade ou peculiaridades de um ou outro processo renegocial.

Apesar de não subsistir uma obrigatoriedade explícita da lei que declarou a emergência, foi possível colher que o Poder Executivo Nacional resolveu adotar os processos de renegociação a vários contratos de concessão de serviços públicos, abrangentes de diversos setores regulados, concentrando as discussões no Ministério da Economia, num primeiro momento de forma isolada, e depois ampliado para outros Ministérios, até, década depois, sobrevir a setorialização dos processos de renegociação para os ministérios temáticos pertinentes dos objetos concedidos.

De um lado, a concentração de esforços num mesmo centro decisório tem a seu favor, como vantagem, a possibilidade de uniformidade decisória. Mesmo que os parâmetros da renegociação tivessem sido explicitados nas leis de organização do processo renegocial, a sua aplicação por distintas autoridades públicas, sem o poder de comparação com os outros contratos que também estavam sendo renegociados (dá-se, por exemplo, o contrato de concessão da Aerolíneas Argentinas, os de distribuidoras de gás, energia elétrica).

Problemas idênticos existentes dos contratos em razão da emergência pública, como aqueles decorrentes da mensuração de impacto de alteração de regime cambial no dimensionamento da tarifa e a necessidade de readequação do fator tarifário, mereceriam solução uniforme.

No entanto, como se vê, o processo de renegociação foi permeado por seguidas tratativas, audiências e consultas públicas, trocas de minutas de acordo entre as partes, de modo que não necessariamente as questões debatidas em um setor fossem equivalentes ao do outro.

Uma solução especializada, com foco nas especificidades de cada setor, poderia tornar exigente a participação do ministério setorial na formulação das tratativas com a concessionária pertinente e, igualmente, na celebração do acordo final, e, principalmente, da

pertinência do acompanhamento do processo, eventualmente, de entidade reguladora setorial, caso existente¹⁶⁸. Ainda mais considerado que é entidade vinculada ao ministério setorial que terá competência legal de acompanhar e gerenciar a execução do contrato de concessão.

Num outro ponto, não foi possível estabelecer, da interpretação das leis editadas pelo Congresso Nacional argentino ou dos Decretos e Resoluções do Poder Executivo e seus órgãos, qual era a exata competência do Congresso Nacional na tramitação do processo de renegociação desdobrado na emergência pública. Havia o estabelecimento de uma lógica binária, do aceite ou da rejeição do acordo de renegociação, num resultado que era obtido por maioria de votos dos congressistas presentes da Comissão de Seguimento especialmente instalada para acompanhar esse processo de renegociação.

Houve inviabilidade na obtenção organizada dos relatórios dessa Comissão de Seguimento Bicameral, uma vez que ela foi extinta e o histórico de sua atuação não está depositado no sítio eletrônico do Congresso Nacional argentino, nem no de suas câmaras legislativas.

Há atas de reuniões realizadas pela Comissão de Seguimento Bicameral divulgadas, tendo sido rastreada uma relativa a uma renegociação no setor aeroportuário (empresa *Aerpuertos Argentina 2000 Sociedad Anónima*)¹⁶⁹. Nela foi aberto um espaço para o debate entre os congressistas oradores inscritos, podendo expor as vantagens e desvantagens do processo de renegociação da concessão em específico selecionada para o debate, para, no final, ser aberta uma votação sobre o relatório apresentado favorável à aprovação da renegociação, resolvida, no caso, pela maioria absoluta de 37 votos favoráveis, 14 contrários e duas abstenções.

¹⁶⁸ Numa análise da entidade reguladora do setor de transportes na Argentina, Valéria SERAFINOFF expôs que o *Organismo de Control de las Concesiones Viales* (OCCOVI) foi uma entidade reguladora descentralizada criada em 2001, por meio do Decreto 87/2001, com atribuições para controlar os contratos de concessão de rodovia e com autoridade para aplicar sanções. Denunciou, no entanto, que a referida entidade não participou das renegociações desse ciclo criado em 2003, nem teria sido convocada a participar das sessões de acompanhamento feitas pela *Comisión Bicameral de Seguimiento* no Congresso argentino, o que teria acarretado, na visão da autora, uma “defasagem completa da sequência regulatória”. Em: SERAFINOFF, Valéria. *La regulación de las concesiones viales: ¿soluciones de compromiso a problemas estructurales?* Disponível em: <http://jornadasjovenesiigg.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/107/2015/04/SERAFINOFF-Valeria-Estado.pdf>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

¹⁶⁹ ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN. *Versión taquigráfica – 33º Reunión – 1º Sesión Extraordinaria – 13 de febrero de 2007*. Disponível em: <https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=010790992217225541763:xtcufcutae4&q=https://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/13-02-2007/33/downloadTac&sa=U&ved=2ahUKEwjpmrK0yqP2AhXHGbKGFUjDXUQFnoECAMQAg&usg=AOvVawIio2p7Kb316NPgmdm-3-8I>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

Foi possível inferir da exposição de motivos de outra proposição legislativa (o Projeto de Lei do Senado 33/2006, por meio do qual se instituiu uma Comissão Bicameral Permanente de Trâmite Legislativo, aprovada na Lei argentina 26.122/2006¹⁷⁰) que a lógica de funcionamento da referida Comissão de Seguimento era de servir de um contraponto ao Poder Executivo, especialmente no caso em que houvesse maioria congressista de partidos políticos de orientação diversa do Poder Executivo Nacional argentino, garantindo a possibilidade de obtenção de consenso democrático e fortalecendo institucionalmente o papel da oposição no exercício dos poderes de controle.

Em conclusão, tem-se que o modelo da renegociação ampla na Argentina, muito embora tenha sido positivo no sentido de que os acordos chegaram a ser celebrados para redefinir a pauta de obrigações das partes nas concessões afetadas e voltado para o enfrentamento de uma discussão específica, revelou uma série de deficiências, no sentido da demora verificada para a celebração dos acordos (que pode ser justificada pela complexidade da processualidade prevista para a fase de negociação, ou também pela falta de esforço dos agentes envolvidos na negociação em obedecer aos regimes de prazos estabelecidos nas leis diretoras do procedimento) e virtudes possíveis (no que diz respeito ao contínuo aperfeiçoamento do procedimento em conformidade dos interesses manifestados por terceiros estranhos ao processo renegocial, como se deu pela inclusão do procedimento de audiência pública ao processo de renegociação, para auscultar os interesses dos afetados).

Como comparação desse caso à realidade brasileira, pode-se, no advento de uma razão de interesse coletivo que afete criticamente a execução de contratos de infraestrutura globalmente, de um setor ou de todos os setores de delegação de utilidades públicas, cogitar-se a tomada de um processo administrativo de renegociação sob as mesmas bases procedimentais a todos os destinatários afetados, de modo uniforme, porém atento às peculiaridades de cada contrato de concessão.

Esses requisitos, com similaridade evidente, parecem ter sido atendidos pela Lei Federal 13.448/2017, que inaugurou o modelo de relicitação do objeto de contrato de parceria, fixando o acordo entre as partes como condição indispensável para a admissão do pleito da concessionária que esteja incapaz de adimplir com regularidade as obrigações contratuais ou financeiras assumidas quando do contrato original.

¹⁷⁰ Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/33.06/S/PL>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

Ainda que a negociação a ser empreendida não esteja voltada a renegociar as bases do contrato com o objetivo de conservar o negócio, mas sim de repassar a exploração do objeto delegado ou prestação de serviços ao futuro relicitante vencedor e propiciar a preservação do bem-estar dos destinatários daquelas utilidades, trata-se de uma solução pensada a servir de modo isonômico e universal, a todos que preencham os requisitos de prosseguimento, numa situação crítica de inexecução contratual difícil de ser revertida.

No caso da relicitação brasileira, também devem ser notados a participação administrativa dos cidadãos (mecanismo de consulta pública obrigatório, consoante artigo 18) e o rol de competências atribuídas ao Tribunal de Contas da União pela Lei Federal 13.448/2017, como ator fundamental e obrigatório no acompanhamento do processo de relicitação e na análise prévia das minutas de termos aditivos (artigo 19 da Lei Federal 13.448/2017).

A arquitetura institucional do processo de relicitação brasileiro, ao impor a manifestação obrigatória do TCU ao longo do processo, pode ser visto como uma forma de validação das fases prévias ao seguimento do processo licitatório e seu lançamento a mercado. E tem sido desempenhada tal tarefa de modo abrangente, inclusive com incursão sobre os temas disciplinados pelos termos aditivos.

Veja-se, por exemplo, no caso do monitoramento da relicitação requerida pela concessionária Via040. Inicialmente o Plenário TCU no Acórdão 2611/2020¹⁷¹, proferido em setembro de 2020, havia determinado à ANTT suspender efeitos da Deliberação 329/2020 de sua diretoria colegiada, que havia autorizado a celebração do termo aditivo com a concessionária. A determinação expedida pelo TCU era para que a ANTT se abstinhasse de celebrar o termo aditivo ao contrato de concessão da Via040 até que (i) fossem revistas metodologias de pagamento das indenizações de bens não amortizados ou depreciados (uma vez que as já previstas na minuta do aditivo, derivadas de aplicação da Resolução ANTT nº 5.860/2019, seriam incompatíveis com a quantificação de indenização de bens reversíveis e a matriz de riscos do contrato de concessão e a Lei Federal 8.987/1995), (ii) fosse previsto no termo aditivo que a diferença de valores arrecadados a maior dos usuários de serviço público que superar o valor da indenização pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, durante a vigência do termo aditivo, seja devolvida ao concedente e (iii) fosse

¹⁷¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 2611/2020, Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Data da sessão: 30/09/2020.

previsto no termo aditivo que retirada de obrigações do contrato original fosse vinculada à redução da contrapartida financeira correspondente.

Semanas depois, ao analisar o agravo interno interposto pela ANTT e pela concessionária, o Plenário do TCU, no Acórdão 2924/2020¹⁷², reviu sua anterior decisão, revogando a medida cautelar, dialogando com os argumentos trazidos pela entidade reguladora e pela concessionária, acolhendo o argumento de que a atuação do TCU poderia ser posterior à celebração do termo aditivo, dadas as ferramentas previstas em lei para implementar essa decisão eventual e também foi marcado na verificação de que há decisão judicial que compele a entidade reguladora de deixar de exigir da concessionária investimentos previstos originalmente no contrato desvinculados da obrigação de manutenção do serviço adequado exigida ao longo da relicitação.

Em que pese no julgamento desses agravos internos o Plenário do TCU não tenha revisto as determinações de revisão das metodologias dos cálculos da indenização dos bens reversíveis, houve ponderação e exame das consequências da suspensão do processo de relicitação, especialmente em desfavor da concessionária (vencimento iminente de garantias ofertadas a credores pelos acionistas da concessionária, como exemplo) e da ANTT (ainda estava em curso o procedimento de apuração da indenização por investimentos em bens reversíveis, além do detalhe do prazo já especificado de 24 meses para o processamento da relicitação).

Por se tratar do primeiro caso apreciado no TCU sobre as metodologias de indenização de bens reversíveis, como aludiu a Ministra Relatora Ana Arraes em seu voto, estaria justificada a incursão do TCU sobre essa temática específica. E, sem dialogar com a competência legalmente atribuída à ANTT para a definição dos métodos de aferição das indenizações, a Ministra Ana Arraes proferiu voto no sentido de confirmar sua impressão sobre qual método de indenização reputava adequado.

Esse exemplo da atuação do TCU, para além de guardar paralelo com a formatação do modelo de renegociação argentino e as múltiplas instâncias do Poder Executivo e Legislativo envolvidas, confirma não apenas a complexidade de um processo de renegociação, mas a impossibilidade de, num juízo abstrato formal da lei, prever antecipadamente prazos exequíveis de tramitação desses processos de renegociação, suscetíveis de serem interpretados por instâncias de controle diferentemente da entidade formuladora dos estudos

¹⁷² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 2924/2020, Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Data da sessão: 28/10/2020.

técnicos para a implementação da política pública setorial de continuidade da prestação dos objetos concedidos e a sua disponibilização para nova licitação com brevidade.

CAPÍTULO 6 - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS: BUSCA DE MELHORES CONDIÇÕES ESTABELECIDAS COMO UM DEVER CONTRATUAL, PASSÍVEL DE SER ATENDIDO MEDIANTE IMPULSO DE NEGOCIAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS.

Chegado ao encerramento, pode-se afirmar que a pesquisa propiciou elementos para o enfrentamento da tese, com a percepção de que o aparato normativo legal e contratual, o contexto justificativo da atuação das partes e os conteúdos dos termos aditivos de contratos de concessão de infraestrutura em rodovias prestigiam o reconhecimento de que *as partes nesse tipo de contrato estão vinculadas a um dever contratual de permanentemente buscar melhores condições comparadas à proposta original, podendo (e não compulsoriamente devendo) se valer da adoção do método negocial para o cumprimento desse objetivo.*

A doutrina já trabalhava com a averiguação de que a atividade negocial da administração pública em contratos de concessão de infraestrutura era um dado da realidade. Trata-se de constatação no sentido de que a concessão é um instrumento, na prática, resultado de múltiplas e contínuas negociações público-privadas. Essa verificação era pautada sobre o alcance da atividade negocial das partes do contrato de concessão de infraestrutura, indicando objetivamente esse poder por meio da quantificação e qualificação dos aditamentos celebrados.

O mérito derivado dessa avaliação doutrinária sobre os aditamentos decorre da identificação dos temas mais ou menos frequentes nessa atividade negocial. E, por outro lado, como ao longo do tempo a atividade negocial foi se conformando, a partir do comportamento das partes e das contingências (imprevistas) e circunstâncias esperadas ocorridas ao longo da extensão do prazo da concessão.

Esses mesmos escritos apontam, com fundamento na análise do comportamento dos contratantes e na teoria econômica, que os contratados privados têm estímulos a oferecer propostas mais ou menos agressivas para adjudicar o objeto da concessão quando de uma licitação, caso tenha margem próxima de segurança de que o contratante público não terá outra saída senão renegociar as bases do contrato de concessão ao longo de sua vigência, sob pena de se enfrentar crise no abastecimento ou provisão da infraestrutura e das obras e serviços a ela associados. Diz-se em oportunismo, tanto derivado da conduta do particular

contratado, quanto pode oscilar ao público contratante (que pode fazer exigências valendo-se de prerrogativas de ação unilateral que se tenha reservado no próprio instrumento unilateral ou nas leis que regem a atividade e o contrato).

A percepção de que toda negociação ou renegociação pode decorrer de um comportamento abusivo e oportunista das partes não necessariamente se mostra verdadeiro, à luz da própria qualidade de um contrato de concessão de infraestrutura, ao menos na realidade brasileira.

A estrutura de um contrato de concessão de infraestrutura no Brasil, especificamente no campo das rodovias estudadas, foi moldada para a ocorrência de negociações, muito embora não tenha sido explicitado, com clareza, quais seriam os limites desse poder negocial das partes de um contrato de concessão.

A reação a possíveis condutas lesivas ou oportunistas dos contratantes passa por dois movimentos, complementares.

O primeiro de se reduzir a assimetria informacional do concessionário¹⁷³ (portador de conhecimento sobre as especificidades de seu ramo de atuação) em relação ao contratante público, por meio da permissão de acesso de informações relevantes a respeito da exploração do objeto concedido e que devam ser levadas em consideração no curso de um processo administrativo negocial. O ponto é saber quais seriam essas informações de relevo e qual seria a capacidade institucional do contratante público de exercitar plenamente a sua competência discricionária de negociar, filtrando as informações realmente relevantes para análise de pleitos abusivos ou razoáveis apresentados pela concessionária e identificar quais seriam os aspectos que favoravelmente poderiam ser resolvidos consensualmente, em prol da celeridade da resposta contratual aos problemas e pretensões surgidas ao longo da execução contratual.

¹⁷³ Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO, ao comentarem a respeito das alterações em contratos de concessão e PPP e no contexto de uma eventual renegociação com a finalidade de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro por conta de modificação/expansão do escopo do contrato, afirmam que a melhor prática seria consistente em se buscar reduzir, ao nível mínimo e necessário, as renegociações ao longo do contrato, por razões que expõem no texto, especialmente a circunstância de que o parceiro privado se colocaria numa posição de vantagem em detrimento da administração pública, portando informações técnicas a respeito do objeto contrato não detidas pela administração e também pela tendência de estabilidade na prestação dos serviços, devido ao elevado custo de se impulsionar um novo processo de contratação, antecedido por elaboração de estudos e licitação pública. Em: “Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da Administração Pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais”. Em: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=86117>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

Num segundo aspecto, que foi identificado ao longo da pesquisa empreendida na tese, decorre das segundas fases e etapas de planejamento de concessões de infraestrutura, que, a partir dos resultados havidos das interações entre o público contratante e o privado contratante entre si e em relação aos entes gravitacionais a essa relação, vem a promover introdução de inovações regulatórias, sob a motivação de aprimorar a redação dos contratos e do regulamento aplicável à exploração do objeto delegado, especificar a matriz de riscos e detalhar com maior especificidade e lógica econômica a distribuição e alocação de riscos entre as partes.

Nesse caminho das inovações regulatórias, é possível afirmar que houve uma preocupação específica quanto aos processos de negociação de finalidade de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro. Os contratos de concessão de infraestrutura de rodovias da primeira geração pós-CRFB/1988 (década de 1990) foram constantemente aditados para endereçar soluções aos aspectos da economia financeira do contrato. Um motivo constatado foi a qualidade dos investimentos exigidos à época, voltados a ampliação da capacidade da infraestrutura rodoviária, a envolver obras, construções e a precificação desses custos terem restado atreladas aos parâmetros de mensuração de preços e custos de obras públicas, que seguem lógica particular de aferição. As negociações, assim, se mostravam frequentes para reagir a esses cenários contratuais que admitiam constante revisão da tarifa com o objetivo de equalizar e reequilibrar o contrato.

A partir da segunda etapa de concessões rodoviárias, realizadas em tempo próximo ao fim na década de 2000, o número absoluto e relativo de aditamentos reduziu, consideravelmente, pela mistura de dois movimentos convergentes. No âmbito da ANTT, as concessões passaram a contar com detalhamento dos processos de revisão periódica da tarifa básica do pedágio, como procedimentos autônomos ao da execução contratual, em que não se tinha o resultado da tarifa básica do pedágio revisada com um efeito de um acertamento consensual entre as partes e que resultasse em alteração do texto ou sentido das cláusulas do contrato de concessão. Somente em hipóteses específicas a revisão da tarifa básica do pedágio e de outros aspectos contratuais poderia redundar num aditamento ao contrato, na perspectiva de que ela tenha endereçado alguma inserção de solução inovadora ou supressão de obrigação constante originalmente do contrato-base. Na ARTESP, por sua vez, a percepção da redução quantitativa de aditamentos aos contratos de concessão não apenas passou pela questão da revisão periódica da tarifa não resultar necessariamente em celebração de acordos, mas também o fato anunciado na imprensa e publicamente pelas concessionárias no sentido da

existência de estoques de passivos de reequilíbrio, resultantes, do que se pode qualificar, como paralisia decisória ou de retardo na apreciação de pleitos apresentados pelas concessionárias para a revisão dos aspectos contratuais.

A Terceira Etapa de concessões de rodovias, ao longo da década de 2010, teve no âmbito federal um efeito indicativo da apresentação de propostas na licitação com nítida agressividade, somado às exigências de elevados investimentos (especialmente de longos trechos a duplicar em prazos curtos, como gatilhos para a percepção de tarifas). Houve constatação de elevado nível de inexecução das obrigações contratadas, tentativa de salvamento desses contratos frustrada no âmbito legislativo (medida provisória 800/2017) e, por reflexo, algumas dessas concessionárias dessa fase decidiram, autorizadas pela Lei, por iniciar processos negociais de devolução amigável para posterior relicitação e extinção dos contratos.

No Estado de São Paulo, em que pese terem sido reproduzidos os institutos de prorrogação ordinária e antecipada e relicitação da lei federal, não há, até o momento, notícia de impulso de processos negociais de relicitação. Por sua vez, ao longo do ano de 2021, em duas iniciativas de negociação ampla realizadas com dois agrupamentos de concessionárias (Ecovias, do Sistema Anchieta-Imigrantes; e Autoban, Viaoeste e Spvias, pertencentes ao mesmo grupo econômico, CCR), foi possível identificar o atingimento de um ponto de maturidade e aperfeiçoamento da técnica da negociação interna aos contratos de concessão de infraestrutura.

Os acordos celebrados, faseados em acordos preliminares e acordos definitivos, propuseram um olhar retrospectivo combinado a uma visão prospectiva do negócio concessório, em que as partes reconheceram reciprocamente os malefícios da manutenção da judicialização sobre a questão da extensão de prazo para fins de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, envidavam esforços no sentido de calcular o desequilíbrio que havia justificado aquela extensão de prazo de acordo com os parâmetros estabelecidos na decisão judicial e, ao mesmo tempo, se resolvem outros passivos regulatórios, pertinentes a pleitos de recomposição de equilíbrio de outras fontes ao longo da execução do contrato de concessão.

A admissão mútua da concentração de esforços, a fim de que de acordo com um cronograma estipulado pelo contratante público e o contratante privado possam identificar os cálculos técnicos necessários para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro e eventual necessidade de recomposição, revela uma inflexão possível do modelo de apresentação de

pleitos e aguardo de decisão impositiva unilateral da agência reguladora, contratante pública para um modelo cooperativo, em que respeitados, por ambos os polos da relação contratual, os tempos e formas adequadas para o fornecimento das respostas necessárias ao desenvolvimento do contrato de concessão, em adaptabilidade às circunstâncias do mercado, da sociedade e do próprio objeto concedido.

Da Quarta Etapa das Concessões de rodovias, relacionadas a parcerias mais recentes, do fim da década de 2010 e início da década de 2020, ainda não se constata experiência prática extensa, o que não significa dizer que aditamentos em consenso tenham sido celebrados pelas partes a fim de aprimorar, desde o início, o relacionamento contratual entre as partes. Mencionado, porque peculiar, o caso de celebração de aditamento pela concessionária Eixo-SP a fim de obter declaração pública e contratualizada do poder concedente de reconhecer, na pandemia de COVID-19, uma causa de caso fortuito e força maior, que deve ser mensurada a fim de avaliar os impactos sobre a parte que deve suportar a incidência desse risco, no caso, o Governo de São Paulo.

Dessas experiências, o diagnóstico que resta quanto à tese proposta é de que há na lei e nos contratos válvulas e instrumentos que incentivam as partes à interação negocial. Mesmo que não seja explicitado da Lei Geral de Concessões ou de leis especiais ou setoriais o nexos de causalidade dos processos negociais e a modulação das condições iniciais da proposta financeira apresentada pela concessionária vencedora do certame licitatório, a análise dos objetos dos aditamentos que contiveram certo grau de acertamento consensual mostra que, no limite, os acordos tinham por objetivo prover as partes de condições melhores para a execução do contrato comparativamente ao período inicial, ainda que o aprimoramento desejado tenha, na maior das vezes, se limitado à questão econômico-financeira.

A obtenção de melhores condições da proposta inicial, por meio da negociação, pode ser compreendida como um dever, derivado normativamente das cláusulas contratuais, das normas constitucionais e legais e da lei setorial aplicável às concessões, no sentido de poder ser acionado conforme a conveniência das partes, discricionariamente, mas não de modo compulsório em toda e qualquer circunstância e sem análise de sua compatibilidade para a definição da questão submetida ao acerto ou tratativas negociais.

Deve-se destacar que a proposta apresentada pelo licitante num processo de contratação de concessão de infraestrutura tem uma vinculação menor ao instrumento convocatório, que enuncia balizas de projetos básicos, sem acarretar engessamento da atividade produtiva e

empresarial da concessionária, que acaba por ter um certo grau de liberdade no desenvolvimento dos seus trabalhos. Nessa medida, reconhecer a possibilidade de aprimoramento das condições efetivas da proposta, ao longo do processo de concessão, indica uma coerência com a própria natureza do contrato de concessão celebrado, que deve se adaptar às circunstâncias e ter a sua execução pautada, no limite, pela cooperação entre as partes, especialmente na forma consensualizada.

Observadas as últimas tendências da negociação público-privada em contratos de concessão de infraestrutura, relativamente aos contratos já celebrados e as propostas de aperfeiçoamento da regulação apresentadas pelas entidades reguladoras do setor, uma certa contraposição.

A ANTT, a partir de estudos internos e sondagem do mercado, apresentou uma proposta de regulamentação voltada à consolidação das boas práticas regulatórias e racionalização das regras gerais de fiscalização, sanção, interpretação, gestão contratual e apuração de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, a serem aplicadas aos futuros contratos e aos presentes por adesão dos interessados. Trata-se da edição de Regulamentos das Concessões Rodoviárias (RCR), que revolucionaria a regulação no campo das concessões rodoviárias federais, alterando-o da disciplina prevalente contratual, para uma disciplina essencialmente regulatória, protagonizada pela entidade reguladora.

A despeito dessa assunção de protagonismo, a Resolução 5.950/2021¹⁷⁴ da ANTT, ao aprovar o RCR-1, a primeira fase do Regulamento das Concessões Rodoviárias, reservou a possibilidade de as partes do contrato de concessão rodoviária celebrarem acordo para aderir expressamente à resolução (artigo 4º, parágrafo único, RCR1) e disciplinou que o contrato de concessão rodoviária pode ser alterado bilateralmente, por acordo entre as partes, ou unilateralmente pela ANTT, resguardada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se da alteração ocorrer desequilíbrio (artigo 27, RCR1).

Por outro lado, na ARTESP, as duas iniciativas do ano de 2021, de celebrar acordos globais de resolução de passivos regulatórios e encerramento de pendências judicializadas entre as concessões de rodovias envolvidas, descortina um cenário até então opaco, no sentido de que a via da negociação interna ao contrato de concessão pode servir como meio de as partes

¹⁷⁴ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-5.950-de-20-de-julho-de-2021-333288662>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

contratantes reassumirem o protagonismo da interpretação dos contratos, resolverem a um menor custo de tempo e econômico as questões e divergências que precisam ser enfrentadas e, principalmente, responder ao público-alvo de sua atividade empresarial (sejam os usuários do objeto concedido, sejam os acionistas da empresa) o compromisso de todas as partes com a prestação adequada e contínua do objeto concedido e o interesse na conservação do negócio.

Ou seja, a negociação público-privada em contratos de concessão de infraestrutura, especialmente nas rodoviárias analisadas, é um tema da agenda contemporânea e merece ser objeto de valorização pelos partícipes da relação contratual, como meio pertinente para o aprimoramento da execução contratual.

Relativamente a se afirmar pela existência de uma tendência de incremento ou decréscimo da liberdade contratual das partes contratantes em contratos públicos de infraestrutura, pode-se observar a atenção das partes focada aos limites previstos de forma explícita no contrato, tímido o avanço sobre questões que desbordem de temáticas econômico-financeiras ou sobre temas que são encarados com desconfiança pelos órgãos de controle e pela coletividade (a exemplo da inserção de trechos rodoviários inéditos não previstos no instrumento convocatório à licitação). A gradação da autodeterminação das partes no ato de negociação público-privada mostra-se, portanto, suscetível às circunstâncias que ensejaram a determinada contratação pública e, principalmente, a forma de atuar dos contratantes público e privado no que diz respeito à apresentação de soluções inovadoras e criativas para interpretar o contrato de concessão e estrear os seus limites de atuação. À luz da análise dos aditamentos, foi possível confirmar existir um bloco de assuntos inflexível e inegociável (aqueles que estejam reservados à competência dita irrenunciável da autoridade pública, como o de renunciar à aplicação de sanções em qualquer hipótese, pela ausência de referência a esse assuntos), assim como foi possível identificar que existe bloco de assuntos necessariamente mutáveis e que, por decisão da entidade reguladora ou acerto negociado entre as partes, devem ser debatidos e decididos (a exemplo do método da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que esteja estabelecido no contrato como matéria afeta à consensualidade entre as partes).

Numa outra conclusão extraída, decorre da substituição do ato administrativo unilateral e imperativo pelo acordo administrativo, reconhecendo-se o acordo como um mecanismo viável para a construção de soluções públicas de governança contratual. Um dos méritos do

acordo, vindo de uma de suas funcionalidades, é possibilitar haja um amansamento das partes contratantes, que, ao convergir, deixam de impugnar ou renunciam a discussões judicializadas pendentes e, com isso, retomam a possibilidade de que o programa de gestão e monitoramento do contrato esteja aprimorado e envolto de interpretações e decisões previsíveis, partidas de ambas as partes. Além disso, prestigia-se a eficiência do contrato sujeito às disciplinas de acordo.

Além disso, especialmente nos dois termos aditivos modificativos preliminares subscritos pela ARTESP no ano de 2021, foi possível nitidamente verificar um movimento de transformação da negociação público-privada transformada pela assimilação das boas práticas da negociação privada-privada. A celebração de um acordo preliminar, à luz da prescrição prevista no artigo 462 do CC/2002, muito embora possa não ser inédito na prática administrativa, revela a consistência que soluções de acordos procedimentais provisórios, com estipulação de vigência temporária, podem agregar à gestão dos contratos de concessão. Justamente pelo detalhe de que, se os motivos que justificarem o início das tratativas e a pactuação do acordo preliminar não se efetivarem ou embasarem em averiguações de natureza técnica, jurídica, econômica e financeira, as partes podem regredir, sem consequências sancionatórias.

Num ponto seguinte, à exceção da modulação de reajustes tarifários e não repasse a usuários que ocorrem em anos de eleições majoritárias, não foi possível identificar da análise do conteúdo dos termos aditivos nas concessões rodoviárias influências recorrentes advindas da alternância de poder dos governos. O caso dos termos aditivos modificativos celebrados no Estado de São Paulo, no limiar do encerramento de mandato de um governador de Estado, pode acender algum alerta no sentido de que acordos dessa magnitude, embora embasados em processos administrativos instruídos e debatidos com a área técnica da entidade reguladora e submetidos a crivo da sociedade, possam sofrer impugnações quanto à sua legitimidade, ainda que não seja possível afirmar que fora a mera alternância de governos que justificara a invalidação desses acordos anos depois pela mesma entidade reguladora que os havia celebrado.

Por um outro lado, da ausência de celebração de termos aditivos num período alargado de tempo, como aferido na experiência das rodovias licitadas da Segunda Etapa de concessões pela ANTT, podem ser apresentados motivos prováveis, ou vinculados à própria ação da concessionária (que pode se sentir confortável nos termos em que posicionada e dispensar

provocar processos por meio de pleitos que podem não ser atendidos), ou da entidade contratante pública (que pode estar demorando a processar os pleitos de negociação contratuais).

A respeito da procedimentalização, conclui-se que a existência de diretrizes gerais procedimentais sobre o processo negocial em busca de aprimoramento das condições apresentadas na proposta não constitui obstáculo ao seu impulso. O advento do artigo 26 da LINDB certamente significa um ponto de evolução, ao conferir conforto decisório ao administrador público que toma parte no processo negocial e confiança do parceiro privado no sentido de que a decisão pelo acordo não será invalidada por descumprimento do processo. A dinâmica de formação do processo negocial caso-a-caso, conforme as peculiaridades do objeto concedido e das partes negociantes, parece ser mais consentâneo com as linhas do regime mínimo procedimental conformado pelo artigo 26 da LINDB, muito embora isso não impeça que, no exercício da liberdade contratual, as partes proponham seguimento de dinâmica a regulamentos gerais da entidade reguladora ou se remetam a leis gerais de processo administrativo, como forma de parametrizar a sua atuação negocial.

A eficácia do acordo num contrato de concessão também exige reflexão do próprio contratante público, quanto ao exercício de suas prerrogativas, em especial aquelas que são relacionadas à aferição dos requisitos de validade dos acordos e à aplicação de mecanismos de autotutela administrativa com a finalidade revisional do acordado. Para evitar essa situação, incumbe não apenas a administração pública contratante valer-se do apoio de órgão jurídico, seja o de acompanhamento interno da própria entidade pública, seja consultoria jurídica externa e independente, para a finalidade de delimitar quais foram as orientações gerais e leis seguidas para a formulação do acordo e prestigiar a valoração do momento em que ele tenha sido celebrado, protegendo-se, assim, de futuras revisões essencialmente marcadas por vieses revanchistas.

Como derradeiro ponto, a evolução dos termos aditivos celebrados também mostrou a resposta a uma questão fundamental, a de que os aditamentos revelam aprendizagem da entidade reguladora com as experiências vivenciadas em termos aditivos e contratos de concessão anteriores, tendo sido propulsores de inovações regulatórias nos contratos futuros ou, ainda, aprimoramento da própria regulação da entidade reguladora que esteja atuando como contratante pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Letícia Lins de. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

ALMEIDA, Fernando Menezes de. “Mecanismos de consenso no direito administrativo”. Em: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 325-336.

ANDRADE, Ronaldo José de. *Incorporação de novas tecnologias em contratos de concessão: estudo de caso do setor rodoviário paulista*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ANTT. “Histórico”. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/web/guest/historico>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”. Em: *Debates em Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 13, out. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”. Em: *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, Editora NDJ, São Paulo-SP, vol. 19, n. 9, p. 827-840, set. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARGENTINA. Decreto 293/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-293-2002-72323>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 370/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-370-2002-72554>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 1.090/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1090-2002-75375/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 311/2003. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-311-2003-86606/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 1283/2003. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1283-2003-85520/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 296/2006. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-296-2006-114708/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 298/2006. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-298-2006-114752/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 1301/2006. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1301-2006-120364/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 1870/2006. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1870-2006-123111/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Decreto 608/2018. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-608-2018-311979/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Lei 24.430/1995 (Constitución Nacional). Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Lei 25.561/2002. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25561-71477/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Lei 25.790/2002. Disponível em:
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25790-89434/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. Resolución 20/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-20-2002-73003/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN. *Versión taquigráfica – 33º Reunión – 1º Sesión Extraordinaria – 13 de febrero de 2007*. Disponível em: <https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=010790992217225541763:xtcufcutae4&q=https://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/13-02-2007/33/downloadTac&sa=U&ved=2ahUKEwjpmrK0yqP2AhXHGbkgGHfUjDXUQFnoECAMQAg&usg=AOvVaw1io2p7Kb3l6NPgmDm-3-8I>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/33.06/S/PL>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. MINISTERIO DA ECONOMIA. Resolución 308/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-308-2002-76985/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. MINISTERIO DA ECONOMIA. Resolución 317/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-317-2002-77223/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. MINISTERIO DA ECONOMIA. Resolución 576/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-576-2002-79450/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. MINISTERIO DA ECONOMIA. Resolución 672/2002. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-672-2002-79973/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. MINISTERIO DA ECONOMIA E PRODUÇÃO. Resolución 188/2003. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-180-2003-83320/texto>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARGENTINA. MINISTERIOS DA ECONOMIA E DE PLANEJAMENTO FEDERAL, INVESTIMENTO PÚBLICO E SERVIÇOS. Resolución conjunta 118/2003 e 25/2003. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/86832/norma.htm>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

ARTESP. “Programa de concessões”. Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/rodovias/programa-de-concessoes.aspx>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). *CPI das Tarifas dos Pedágios – 3ª Reunião (Pauta e Dr. Floriano Peixoto – Prof. Dr. Da USP)*. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2015/04/Transcricao/1254161_50224466_Transcricao.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). Requerimento 1.851/2011. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1041768>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (ALESP). Relatório final da CPI das Tarifas dos Pedágios. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/cpi_tarifas_pedagios_relatorio_final.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS – ABCR. “Novos caminhos para Concessões de Rodovias no Brasil”. Disponível em: https://abcr.org.br/Library/novoscaminhos/abcr_relatorio_novos_caminhos.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. “Contratos administrativos – limites e possibilidades de alteração.” Em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. “Alteração dos contratos de concessão de rodovias”. Em: *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 15, p. 99-129, 2006.

CAMPOS NETO, Carlos Álvares da Silva; MOREIRA, Sérvulo Vicente; MOTTA, Lucas Varjão. “Modelos de Concessão de Rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2378.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Tradução: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). “Concessões Rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil”. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/5b/99/5b99c810-2de8-402b-bce0-7ab8d4130c4d/id_222691_concessoes_rodoviaras_miolo_1_1.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). I Jornada de Direito Administrativo – Enunciados Aprovados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados/@@download/arquivo>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

COUTINHO, Antonio Henrique Medeiros. *Reprogramação de investimentos em contratos de parceria: solução para as concessionárias de rodovia da 3ª etapa do PROCROFE?*. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da FGV Direito SP. Data de publicação: 17/08/2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29676>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Concessão de serviço público. Limite para as alterações contratuais”. Em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. (coord.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 353-357.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law”. Em: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, jan./mar/2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Princípio da legalidade”. Em: *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord.

de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

FERREIRA, Arian Bechara, et al. “Modelagem e Regulação de Projetos de Concessão Rodoviária sob a ótica do Financiador”. Em: Revista BNDES Setorial, Rio de Janeiro, v. 27, n.54, p. 7-82, set. 2021. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/21524/3/BNDES_SETORIAL54%20-%20RODOVIAS-FINAL-rev14-12.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

FREITAS, Rafael Véras de. “Incompletude em contratos de concessão: ainda a teoria da imprevisão?”. Em: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar./ago.2020.

FREITAS, Rafael Véras; RIBEIRO, Leonardo Coelho. “O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de ‘prorrogação’”. Em: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 192, p. 60-71, dez. 2017
G1. “Governo do Paraná decreta intervenção administrativa feita por militares nos pedágios investigados pela Lava Jato”. Publicado em: 04/10/2008. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/10/04/governo-do-parana-decreta-intervencao-dos-pedagios-investigados-pela-lava-jato.ghtml>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

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

GARCIA, Flávio Amaral; ZAMBÃO, Rodrigo. *Vale a pena cogitar um regime extraordinário para as concessões e PPPs em tempos de covid-19*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/A60EE7F1E41887_Valeapenacogitarumregimeextrao.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

GAZETA DO POVO. “Por que o investimento em infraestrutura caiu por seis anos – e o que vem pela frente”. Publicado em: 07/09/2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/por-que-o-investimento-em-infraestrutura-caiu-por-seis-anos-e-o-que-vem-pela-frente/>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right?*. Washington D.C.: The World Bank, 2004. Disponível em: <http://regulationbodyofknowledge.org/wp->

content/uploads/2013/03/Guasch_Granting_and_Renegotiating.pdf. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. “Art. 26 da LINDB – novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública”. Em: *Revista de Direito Administrativo – RDA Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*, p. 135-169, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003.

INFRA2038. Relatório 2020 - perspectivas para o avanço da infraestrutura brasileira: os desafios da pandemia e seus desdobramentos. Disponível em: https://www.infra2038.org/files/ugd/63fe2f_d467f2188ebc45ebb3bf7ba1db0afb7a.pdf. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos”. Em: *Revista do advogado - AASP*, v. 29, n. 107, p. 122-131, dez. 2009.

KLEIN, Aline Lícia. “Consensualidade na execução dos contratos de concessões rodoviárias”. Em: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio Barcelos (coords.), *Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes: arbitragem, concessões, contratos, desinvestimento estatal, mobilidade urbana, obras públicas, PMI, regulação e transformação digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17-32.

MACHADO, Gabriel. *Acordos administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021.

MARQUES JUNIOR, José Jair. “A negociação prévia à formalização dos contratos públicos como estímulo preventivo à corrupção.” Em: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro et al. (coords.), *48 Visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 181-212.

MARQUES JUNIOR, José Jair. “Interpretação de contratos públicos por acordo: a aplicabilidade da Lei Nacional de Liberdade Econômica (LNLE) à administração pública contratante”. Em: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto

Ricomini; MACIEL, Renata Mota (org.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada. Volume 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 280-290.

MARQUES JUNIOR, José Jair. *Prorrogação de concessões de serviços públicos*. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re) afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set.2014.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Do contrato administrativo à administração contratual”. Em: *Revista do Advogado, AASP*, ano XXIX, n. 107, p. 80, dezembro de 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Vera. “Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Licitação pública e a negociação pré-contratual: a necessidade do diálogo público-privado”. Em: *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2., set. 2012/fev.2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86115>.. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. “O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo”. Em: *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Sentando-se à mesa de negociação com autoridades públicas”. Em: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann, CAGGIANO, Heloisa Conrado, “O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade?”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 35-57, jul./set.2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. “Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança”. Em: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão. Em: *Revista do XXXV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*, out. 2009. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

NÓBREGA, Marcos. “Análise econômica do Direito administrativo.” Em: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 404-416, versão digital.

NÓBREGA, Marcos. “Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços público e PPPs”. Em: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun/2009.

NÓBREGA, Marcos. “Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs”. Em: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./mar. 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; CARVALHO, Thaís Strozzi Coutinho. “Comitês de Resolução e Prevenção de Disputas (dispute boards) nos contratos de concessão de rodovias federais: primeiras impressões e prospecções no direito administrativo brasileiro”. Em: *Direito da Infraestrutura no Brasil: temas relevantes em transportes terrestres e tópicos transversais – Parte 2*, v. 13, n. 4, pt. 2., p. 19-37, 2022. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3066>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana. “Segurança jurídica para a inovação pública”. Em: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. “Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas”. Em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 475-487.

PORTO NETO, Benedicto. “Contrato administrativo e a alteração unilateral em razão de sujeições técnicas imprevisíveis: o dever de concomitante recomposição de preços”. Em: *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51-58.

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

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público Privada – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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.” Em: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=86117>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. Em: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 565-588.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei 1.179/2020*. Iniciativa do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei 2.139/2020*. Iniciativa do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141682>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

SERAFINOFF, Valéria. La regulación de las concesiones viales: ¿soluciones de compromiso a problemas estructurales? Disponível em: <http://jornadasjovenesiigg sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/107/2015/04/SERAFINOFF-Valeria-Estado.pdf>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.

SOUSA, Luís Verde de. *A Negociação nos procedimentos de adjudicação: uma análise do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. “O Cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”. Em: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 117-126, mai./ago. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária”. Em: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). *Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del-Rey Editora, 2007, p. 25-44

SUNDFELD, Carlos Ari. “Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão”. Em: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Conflito de competência 139.519/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017.

TONIN, Maurício Morais. “Direito patrimonial disponível da administração pública: tentativa de definição”. Em: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 59, p. 61-79, jul./set.2018.

TONIN, Maurício Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o Poder Público*. São Paulo: Almedina, 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 738/2017. Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Data da sessão: 12/04/2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 2611/2020, Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Data da sessão: 30/09/2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 2924/2020, Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Data da sessão: 28/10/2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 2927/2011, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 09/11/2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Decisão 188/1995, Plenário, Relator Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Data da sessão: 10/05/1995.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Decisão 1460/2002. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão: 30/10/2002.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). “Rodovias entre Florianópolis/SC e Curitiba/PR têm trafegabilidade comprometida por deficiências no pavimento”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/rodovias-entre-florianopolis-sc-e-curitiba-pr-tem-trafegabilidade-comprometida-por-deficiencias-no-pavimento.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

VALOR ECONÔMICO. “Aditivo garante mais 13 anos para CCR na Dutra”. Publicado em: 09/12/2015. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/coluna/aditivo-garante-mais-13-anos-para-ccr-na-dutra.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

VALOR ECONÔMICO. “ANTT começa a discutir aditivo contratual da rodovia Nova Dutra”. Publicado em: 14/03/2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/coluna/antt-comeca-a-discutir-aditivo-contratual-da-rodovia-nova-dutra.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

VALOR ECONÔMICO. “ANTT propõe alta de pedágio para repor perdas da pandemia”. Publicado em: 13/04/2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/04/13/antt-propoe-alta-de-pedagio-para-repor-perdas-da-pandemia.ghtml>. Acesso em: 20 de janeiro de 2022.

VALOR ECONÔMICO. “Após ANTT congelar obra, CCR aposta em decisão do governo”. Publicado em: 23/01/2017. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2017/01/23/apos-antt-congelar-obra-ccr-aposta-em-decisao-do-governo.ghtml>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

