

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.

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 rénegociation. 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 DA TESE

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 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. 141

5.2.2. A FORMAÇÃO DA COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN 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 COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN: EVOLUÇÃO PARA UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS (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

VERSÃO SIMPLIFICADA: 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 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

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.

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 específicas, ampliar o escopo das obrigações originalmente ajustadas, dar seguimento a procedimentos antevistos no contrato originário para cambiar a repartição de riscos entre os

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.

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.

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

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. Envolve 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

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.

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 salubridade, ao meio ambiente, à integridade física dos cidadãos, regula o acesso e a disponibilização de medicamentos e vacinas, fomenta 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-

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.

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, enfocado 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 (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

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.

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.

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 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 esperados 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, participe de uma avença.

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.

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 aceção 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 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

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.

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 *repactuação*

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.

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?

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.

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 concessório, 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 locus 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 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

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.

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.

Extraí-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.

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.

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.

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 de Antonio Henrique Medeiros COUTINHO, com título de “Reprogramação de investimentos em contratos de parceria: solução para as concessionárias de rodovia da 3ª

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.

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 todas as negociações público-privadas em contratos de concessão têm como resultado

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.

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 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 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 concessionário²⁶ (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 exercer 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.

Num segundo aspecto, que foi identificado ao longo da pesquisa empreendida na tese, decorre das seguidas 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

²⁶ 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.

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 acerto 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 nexo 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 5.950/2021²⁷ 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 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

²⁷ 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.

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 estremar 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 envolvimento 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, Leticia 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=2ahUKEwjpmrK0yqP2AhXHGbKGHfUjDXUQFnoECAMQAg&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 PRODUCCIÓN. 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 Moraes. “Direito patrimonial disponível da administração pública: tentativa de definição”. Em: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 59, p. 61-79, jul./set.2018.

TONIN, Maurício Moraes. *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.

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.

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.

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.

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.

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%20de%20plano%20de%20neg%20como%20ferramenta%20de%20reequil%20e%20adbr%20econ%20e%20financeiro%20em%20contratos%20de%20concess%20de%20rodovias_P_BD.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.