

# EQUACIONAMENTO DE PASSIVOS REGULATÓRIOS PELA VIA CONSENSUAL EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Francisco Acioli Garcia<sup>1</sup>

Luísa Nóbrega Passos<sup>2</sup>

Vitor Gomes Moreira<sup>3</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – Consensualidade e Administração Pública; 2.1 – Visão tradicional: verticalidade como nota essencial do Direito Administrativo; 2.2 – Avanço da consensualidade no Direito Administrativo: razões de legitimidade e de eficiência; 3 – Contratos de concessão e passivos regulatórios; 4 – A consensualidade como meio possível de encerramento de passivos regulatórios; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta um estudo sobre passivos regulatórios em contratos de concessão pública e meios consensuais de sua resolução. A problemática é estudada, inicialmente, sob enfoque teórico, comparando-se a visão tradicional administrativa com paradigmas modernos do Direito Administrativo. Em seguida, é realizada a aplicação da teoria sobre os contratos de concessão, elencando-se as particularidades que tornam a cooperação atraente para ajustes de longo prazo. Finalmente, são analisados, sob perspectiva empírica, os entraves e requisitos para celebração de acordos em contratos de concessão.

---

1 Procurador do estado de São Paulo.

2 Procuradora do estado de São Paulo.

3 Procurador do estado de São Paulo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Consensualidade. Contratos de concessão. Passivos regulatórios.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar da celebração de acordos pela Administração Pública, no âmbito dos contratos de concessão de serviço público, com a finalidade de equacionar os passivos regulatórios existentes em tal relação jurídica. Para tanto, este trabalho será dividido em três partes distintas.

Na primeira parte, será abordado o recente avanço da consensualidade no Direito Administrativo, cujos institutos, historicamente, partem da premissa de que os vínculos entre o poder público e a Administração Pública devem necessariamente ser inspirados por uma lógica de verticalidade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal paradigma passa a ser questionado por motivos de legitimidade e eficiência, permitindo-se que instrumentos pautados em uma dinâmica consensual sejam usados nas hipóteses em que se demonstrem mais aptos a atingir resultados melhores e/ou mais transparentes.

Já na segunda parte, a relação entre o tempo e os ajustes é explorada com foco na mutabilidade. A análise parte da incompletude inerente aos acordos, que se torna mais evidente em relações complexas. A naturalidade das mudanças no que toca aos contratos de concessão ganha atenção, sendo pontuada a necessidade de racionalização contratual das mutações e a constante ocorrência de eventos capazes de ensejar o reequilíbrio, abrindo espaço para existência de passivos regulatórios.

Por fim, na terceira parte, a consensualidade será analisada sob a perspectiva empírica. Serão apresentados os principais entraves – tanto do ponto de vista cultural quanto jurídico – à celebração de acordos pela Administração nos contratos de concessão. Em seguida, serão elencados os principais requisitos jurídicos para a celebração de acordos e as vantagens que eles podem trazer às concessões públicas, em especial no campo da eficiência.

## 2. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1. Visão tradicional: verticalidade como nota essencial do Direito Administrativo

O Direito Administrativo foi concebido para disciplinar as relações jurídicas travadas entre o poder público e os particulares, visto que a participação estatal em tal relação exigiria um regramento especial. Como, em teoria, o Estado seria o principal responsável pela promoção do interesse público, dotado de uma suposta supremacia em relação a interesses privados, a criação e a interpretação dos institutos do Direito Administrativo foram pautadas na premissa da verticalidade: o poder público, com suas prerrogativas, estaria em posição superior à do administrado, que deveria se sujeitar aos seus comandos. Não é por acaso, aliás, que a imperatividade é listada como atributo típico do ato administrativo.

Sem negar a relevância dos meios que o poder público tradicionalmente emprega para exercer suas funções, fato é que tal visão do Direito Administrativo, como um Direito da exorbitância, de enorme desigualdade entre Estado e cidadão, nem sempre é a mais adequada para garantir a consecução do interesse público – cuja superioridade em abstrato há muito é questionada<sup>4</sup>.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, parte da doutrina passou a defender uma releitura do nosso Direito Administrativo, a fim de superar tal paradigma excessivamente vertical, centrado na figura da autoridade estatal e na coercitividade de seus atos. Até mesmo porque as práticas até então vigentes, baseadas na atuação unilateral do poder público, muitas vezes se mostravam insuficientes para concretizar os direitos fundamentais previstos na já mencionada Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, Gustavo Binenbojm cita a ocorrência de um giro democrático-constitucional e um giro pragmático no Direito Administrativo brasileiro. Os contornos e objetivos do giro democrático-constitucional são descritos da seguinte forma:

---

4 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

Modo geral, esse *giro democrático-constitucional* propulsiona mudanças direcionadas a: (i) incrementar o grau de *responsabilidade* dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; e (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos.<sup>5</sup>

O giro pragmático, por sua vez, é traduzido da seguinte forma:

O giro pragmático revela, por seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Ao pragmatismo interessa, sobretudo, a diferença, em termos práticos, da decisão por uma ou outra proposição. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz *weberiana*, com ênfase no *antifundacionalismo*, no *contextualismo* e no *consequencialismo*, que são as características que permeiam a metodologia pragmatista.<sup>6</sup>

É possível identificar, nesses dois movimentos, maior preocupação com a legitimidade democrática e a eficiência da atuação do poder público, ainda que isso signifique o afastamento do dogma da verticalidade absoluta. Afinal, a depender das circunstâncias, a consensualidade poderá produzir resultados melhores, incrementar o grau de participação e transparência na atividade administrativa ou mesmo alcançar essas duas finalidades ao mesmo tempo.

Por evidente, não se defende a proibição da ação unilateral da Administração Pública, muito menos que seus atos tenham perdido a imperatividade que lhes é característica. Apenas se busca demonstrar que o poder público, quando necessário, pode se valer de instrumentos orientados por uma lógica mais horizontal a fim de promover, de maneira mais efetiva, o interesse público – noção a ser construída sob uma ótica dos direitos fundamentais, com a participação e sob a fiscalização da população.

5 BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

6 Ibidem, p. 328.

A consensualidade, portanto, não visa substituir as formas tradicionais de ação do poder público, que ainda têm grande relevância para a consecução da atividade administrativa. A ideia, na verdade, é de acréscimo: trata-se de mais uma forma de atuação à disposição do gestor público para que, na linha do que preconizam os giros democrático-constitucional e pragmático, os melhores resultados sejam atingidos, da maneira mais transparente e com a maior participação social possível.

## **2.2. Avanço da consensualidade no Direito Administrativo: razões de legitimidade e de eficiência**

Tendo em vista que a integração dos instrumentos de natureza consensual ao arsenal da Administração Pública tem como objetivo justamente aumentar a eficiência e a legitimidade da sua atuação, é preciso investigar as razões pelas quais, em certos cenários específicos, a ação negociada é mais efetiva e democrática do que aquela imposta unilateralmente.

No que diz respeito aos ganhos de eficiência, nas hipóteses em que há prévia discussão e pactuação com membros da sociedade civil, é de se esperar que haja maior aceitação dos administrados às políticas públicas que derivem da solução negociada. Afinal, os próprios destinatários participaram do desenho da política a ser implementada pelo poder público, o que gera, como consequência lógica e natural, uma maior adesão à atividade administrativa. E maior adesão significa, em regra, melhores resultados.

Além disso, em um contexto de consensualidade, há menores chances de que a política a ser executada pelo poder público sofra questionamentos, tanto em sede administrativa como em sede judicial. Mais: os acordos podem ser uma forma até de prevenção ou encerramento de litígios entre os particulares e a Administração Pública, como será demonstrado detidamente mais adiante.

Assim, a consensualidade importa em mais segurança jurídica para as partes envolvidas – o que tem grande valor nos setores público e privado, pois essencial ao planejamento de ambos –, bem como contribui para a redução dos custos (financeiros e temporais) atrelados ao contencioso administrativo e judicial.

Também na linha de que a consensualidade consiste em um caminho relevante para que a Administração Pública aja de maneira mais eficiente, Alexandre Aragão faz as seguintes observações sobre este ponto:

É assim que a retroanalísada instrumentalização do Direito Administrativo às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial, consensualização, no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que a adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática [...].<sup>7</sup>

Já quanto aos ganhos de legitimidade, o próprio conceito de consensualidade na Administração Pública implica, necessariamente, em maior participação por parte dos administrados – o que envolve, também, as dimensões do controle e do acesso à atividade do poder público, em uma ideia mais ampla de transparência.

É sabido que a legitimidade democrática não decorre somente da eleição, por voto direto, secreto, universal e periódico, do chefe da Administração Pública de cada uma das esferas federativas. Também se mostra necessário que haja mecanismos de participação da população para que esta possa expressar diretamente sua opinião e, desse modo, influenciar na definição dos rumos a serem tomados por cada governo.

Assim, o emprego de instrumentos consensuais, ao aprofundar a participação dos interessados na formação da vontade administrativa, serve para que as decisões tomadas por determinado gestor público se conformem a uma acepção de democracia mais ampla, que engloba a participação do povo não só na definição dos governantes a cada quatro anos, mas também no próprio exercício do governo.

Esse aspecto, aliás, é bastante destacado pela doutrina especializada sobre o tema, conforme se extrai das lições de Patrícia Baptista:

O desenvolvimento da consensualidade, na verdade, encontra-se intimamente relacionado ao incremento da participação administrativa. A evolução quase que simultânea da participação administrativa e da ideia de consensualidade não é meramente causal. Ao contrário, são os canais de participação, sobretudo aqueles providos pela abertura procedimental, que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse. [...] Além disso, o consenso confere maior

---

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 284.

lastro à autoridade que nele busca seu fundamento, colaborando para a construção de uma nova legitimação da Administração Pública.<sup>8</sup>

Por evidente, os acordos a que ora se refere são aqueles de ordem republicana, firmados para o correto exercício das funções públicas e que atendam a interesses privados em conformidade com a lei. Para que não haja o desvirtuamento das ações de natureza consensual, é recomendável que toda a atividade administrativa anterior à celebração dos pactos seja devidamente processualizada, com a apresentação das razões, pelos órgãos técnicos competentes, que demonstrem as vantagens da adoção de tal solução negociada no caso concreto.

Portanto, desde que observados requisitos procedimentais para assegurar a moralidade e a impessoalidade no trato com a coisa pública, o uso de instrumentos consensuais tem grande potencial para melhorar qualitativamente a atuação do poder público, sob os prismas da eficiência e da legitimidade democrática. Daí porque tem recebido uma crescente atenção do legislador.

### **2.3. Reflexos no campo normativo**

O avanço do consensualismo no pensamento jurídico-administrativo brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988 acabou por refletir, também, na seara normativa, com a edição de atos legais e infralegais tratando expressamente da possibilidade de determinadas pessoas jurídicas firmarem acordos em diferentes situações.

É possível notar tal fenômeno no âmbito da atividade sancionatória do poder público, com o advento de diversos diplomas setoriais regulamentando os chamados acordos substitutivos de sanção. Em linhas gerais – até porque seus contornos exatos podem variar a depender de cada previsão normativa –, trata-se de instituto pelo qual, em vez de a Administração Pública penalizar o particular por certa conduta antijurídica, são pactuadas outras obrigações a serem adimplidas pelo (possível) violador, como forma de atender mais satisfatoriamente ao interesse público.

---

8 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 182-184.

Até a década de 1980, porém, a legislação brasileira não admitia a celebração de um acordo ou de um compromisso como alternativa legítima à imposição de uma sanção por parte da Administração Pública, conforme ensinam Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra. Ou seja, “a sanção decorrente do exercício legítimo de função administrativa não poderia estar sujeita à consensualidade entre Administração Pública e agente privado, tudo a bem do interesse público”<sup>9</sup>.

No entanto, conforme demonstra a mesma professora, tal figura dos acordos substitutivos de sanção ganhou força nos últimos tempos, com sua normatização no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)<sup>10</sup>, do Banco Central<sup>11</sup> e de diversas agências reguladoras<sup>12</sup>. Houve, assim, um incremento dos instrumentos à disposição do gestor, no campo da ação sancionatória administrativa, para melhor realizar o interesse público, sempre em conformidade com o Direito.

O fortalecimento dos meios consensuais, de todo modo, não parou por aí. Embora o exemplo dos acordos substitutivos de sanção ilustre bem a mudança de paradigma que se defende neste texto, ainda havia a necessidade de uma norma jurídica mais ampla, que pudesse abarcar a atividade administrativa como um todo, a autorizar e a reger a celebração de acordos pela Administração Pública com particulares.

Tal lacuna foi finalmente preenchida com o advento da Lei nº 13.655/2018, que inclui, no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Entre essas disposições, consta um enunciado legal específico a respeito da atividade consensual da Administração Pública, qual seja, o art. 26 da LINDB, a ser analisado de maneira mais detida no quarto item deste artigo.

9 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 277, p. 135-169, 2018, p. 142.

10 Ver os artigos 85 e 86 da Lei nº 12.529/2011, que tratam, respectivamente, do termo de compromisso de cessação de prática sob investigação e do acordo de leniência no âmbito do Cade.

11 Ver os artigos 11 a 15 da Lei nº 13.506/2017, que tratam da celebração de Termo de Compromisso em processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central.

12 Vale mencionar, exemplificativamente, o art. 11, §§5º a 8º, da Lei nº 6.385/1976 (CVM), com a redação conferida pela Lei nº 13.506/2017, a Resolução Anatel nº 629/2013 (RTAC), a Resolução ANTT nº 5.823/2018 e a Resolução Anac nº 472/2018.

Tal dispositivo, além de trazer requisitos para que acordos sejam firmados, traz um largo campo de incidência: a Administração Pública passa a contar com tal instrumento em qualquer situação em que haja possível “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público”.

É importante destacar também, no âmbito do estado de São Paulo, a edição da Lei estadual nº 16.933/2019, que, em seu art. 18, *caput*, prevê que as “controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria, após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”.

O conceito de direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o art. 18, §4º, do mesmo diploma legislativo estadual, compreende “as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”, “o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão”, “o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes” e as “divergências quanto à execução técnica de determinada obrigação contratualmente estabelecida”.

Como será demonstrado, essas novas regras legais acabam sendo de extrema importância no gerenciamento dos contratos de concessão de serviços públicos, dadas as características de tais avenças.

### **3. CONTRATOS DE CONCESSÃO E PASSIVOS REGULATÓRIOS**

#### **3.1. Contratos de concessão como ajustes de longa duração e a mutabilidade**

A relação jurídica contratual se constitui pela formalização de vontades exteriorizadas, naquele momento, de forma clara, precisa e determinada. Seu objeto é disciplinar as situações decorrentes desse ajuste. Contemporaneamente, verifica-se que essas situações existem antes mesmo da formalização, como as tratativas iniciais, e posteriormente à extinção do contrato, citando como exemplo as cláusulas de sigilo. A relação contratual é, portanto, dinâmica e contínua, havendo deveres e obrigações verificados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Fixada essa premissa, a formalização do contrato é, em verdade, um dos muitos marcos verificados na vida da relação obrigacional. Por isso, por mais minuciosa que seja, ela é um ponto de partida. Com o passar do tempo, a dinamicidade inerente às relações e ao mundo em que estão inseridas exigirá adaptações, revelando, assim, a incompletude do ajuste.

Sobre o tema, a doutrina civilista alude à categoria dos contratos relacionais, que não é propriamente uma classificação de contratos, mas uma característica que enfatiza o propósito de adaptação nos ajustes de longo tempo. A respeito, Anderson Schreiber:

[...] é necessário que as partes se adaptem a mudanças de cenário e contexto, não se podendo solucionar os problemas que surgem no decorrer de seu desenvolvimento por meio de uma constante remissão ao acordo de vontades originário, como se as partes tivessem podido ali prever e antecipar tudo o que se pode verificar em sua prolongada relação. Não se trata tanto de uma categoria ou de uma nova classificação, mas de um conceito aberto que se destina a enfatizar a necessidade de uma abordagem que transcenda o mero acordo de vontades originário e que imponha deveres recíprocos de colaboração e readaptação no curso da jornada contratual.<sup>13</sup>

Apesar de o apontamento citado ter especial ligação com o Direito Civil e, em alguma medida, com o Direito Privado, é plenamente aplicável à seara administrativa. O contrato administrativo tem como germen o contrato privado, sendo adaptado à relação pública. Contudo, a principiologia e as premissas teóricas civilistas, quando compatíveis, devem ser aplicadas. Nesse sentido, dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 89, *caput* da Lei nº 14.133/2021:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados,

---

13 SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo* 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 444.

supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Em atenção à inerente cambialidade da sociedade, a LINDB foi expressa ao trazer regramento a ser observado quando tiver por julgamento a validade de algum ato, contrato, ajuste, norma ou processo, exigindo atenção ao que à época era a orientação:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Dessa forma, o próprio legislador reconhece a mudança como um evento certo a ser alcançado pelo transcurso do tempo em todo o ordenamento jurídico brasileiro. O fato de as relações contratuais serem, em verdade, uma obrigação dinâmica não constitui novidade, sobretudo na temática de concessões.

Em se tratando de parcerias público-privadas, a própria Lei nº 11.079/2004 previu longo prazo para o ajuste – entre cinco e 35 anos<sup>14</sup> –, o que permite afirmar que o contrato não pode e não deve ser pensado como disciplinador de mero acordo pontual, mas como norte regulador de uma relação de longo prazo.

A complexidade dos contratos de concessão é fator que marca profundamente a relação. A preocupação com o futuro é observada por

---

14 Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

Egon Bockmann Moreira, para quem, na tentativa de alinhar a realidade atual com a futura, antecipando eventos que provavelmente vão influenciar o transcurso da relação, deve-se dar maior peso ao futuro:

O contrato de concessão é significativamente mais complexo. Exige a injeção de vultosa quantia de recursos iniciais por parte do concessionário, pautada em projeções estatísticas para mais de uma década, considerando a realidade do mercado atual (se o particular atua em monopólio ou em concorrência; se a concorrência se dá em nível local, nacional, comunitário, global; o custo do dinheiro e a receita aferível, etc.). A concessão exige a convivência com a realidade atual e com a futura. Se fosse possível a comparação, eu ousaria dizer que neste contrato o futuro é mais importante do que o presente.<sup>15</sup>

A respeito, Flavio Amaral Garcia, em sua tese de doutorado<sup>16</sup>, discorre – através de uma lente de dimensão regulatória dos contratos de concessão – sobre a essencialidade da mutabilidade ao contrato, incentivando seu tratamento como ponto central da modelagem.

Entre outras justificativas para esse protagonismo, o autor defende a multilateralidade do contrato de concessão, que revela a ausência de limitação dos interesses presentes no ajuste aos interesses das partes contratantes. Afirma que, diante de múltiplos interesses em apreço, o contrato forma distintos vínculos jurídicos entre a pessoa jurídica de Direito Público e os particulares. Como exemplo, citam-se os usuários do serviço, que podem ou não realizar a expectativa de demanda prevista no contrato que envolva transporte público. Assim, se há interesses de terceiros que compõem a relação contratual, é de se concluir que esses terceiros irão igualmente influenciar a vida do contrato.

A grande preocupação decorrente da certeza das alterações da realidade repousa na disciplina das mudanças, havendo inúmeras afirmações sobre a mutabilidade em contratos públicos, que são

---

15 MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan.-mar. 2009.

16 GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/90629>. Acesso em: 6 out. 2021.

bem representadas pela célebre frase de Egon Bockmann Moreira: “a segurança advém da certeza de mudança”<sup>17</sup>.

Conforme o autor, a adaptabilidade é uma característica essencial para que possa haver justamente a relação contínua que se contrata:

Na atualidade, para ser estável e perene, é necessário ser mutável. A regulação normativa não tem o atributo de prever o futuro, nem tampouco de o submeter ao Direito. Por isso que a certeza da mudança é uma premissa da segurança. O que se torna ainda mais evidente no campo da regulação dos contratos públicos (sobretudo os de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas). No campo dos serviços públicos, a mutabilidade é a mais decisiva das Leis de Rolland, pois é ela que se presta a assegurar a igualdade e a continuidade.

O equilíbrio dos contratos de concessão é a parte do contrato que acompanha as alterações da relação de forma inseparável. Tanto o equilíbrio jurídico como o econômico são influenciáveis pelas diversas variantes contratuais. Uma vez firmado o ajuste, as cláusulas de equilíbrio são pensadas para garantir a manutenção das proporções de direitos e deveres originariamente pactuadas.

Nesse ponto, deve-se atentar, ainda, que o equilíbrio contratual guarda relação direta com a prestação adequada do serviço público e a eficiência administrativa, pressupostos norteadores que justificam a própria concessão. Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto alerta que o equilíbrio permite a continuidade da prestação da utilidade pública:

O estudo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos assume uma relevância maior do que ocorre com os contratos do regime geral. Isto não por ser o equilíbrio figura menos importante nesta última espécie contratual, mas, sim, porque as características da concessão tornam a sua equação mais complexa. Além disso, a proteção ao equilíbrio é ainda mais salutar em termos de um contrato de longa duração e que envolve a prestação de utilidades públicas, cuja continuidade é elemento essencial.<sup>18</sup>

---

17 MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit.

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

Existindo, portanto, a consciência da inevitável mudança, cabe àqueles que contratam pensarem mecanismos que possam guiá-los quando ocorrer, no mundo concreto, os eventos modificativos da relação. A procedimentalização da mutabilidade, dentro da racionalidade humana, surge como elemento necessário à modelagem contratual, permitindo que, com a ocorrência do evento, os contratantes possam consensualmente se reorientar visando à continuidade do ajuste.

No ordenamento brasileiro, a forma de procedimentalização da mutabilidade passa pelas cláusulas de reequilíbrio econômico-financeiro. Esse instituto foi previsto como forma de assegurar a manutenção do equilíbrio contratual. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A concessão compartilha com os demais contratos administrativos a utilização da proposta como guia-mestre de todo o equilíbrio econômico-financeiro. Como de resto, também a proposta apresentada na concessão conforma sua equação, e sempre que esta equação for quebrada serão os dados e elementos da proposta que orientarão a forma de recompor a equivalência contratual.<sup>19</sup>

O intuito do reequilíbrio na concessão é assegurar a proporção originariamente pactuada, que pela própria natureza do ajuste – impregnado pela mutabilidade – será essencialmente dinâmica. Flávio Amaral Garcia elucida que:

O equilíbrio econômico-financeiro é, em certa medida, um consectário lógico da mutabilidade e, ao mesmo tempo, um parâmetro que a conforma. Não se pode cogitar uma mutabilidade que degenera as bases econômicas e financeiras instituídas na relação originalmente estabelecida, o que repudiaria os princípios da segurança jurídica, boa-fé e do próprio senso de justiça contratualizado e formalizado pelas partes.<sup>20</sup>

Assim, tanto a mutabilidade como o reequilíbrio são eventos certos e frequentes na vida do contrato de concessão. Para o propósito deste artigo, a análise das alterações regulatórias assume especial atenção.

---

19 Ibidem.

20 GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit.

### **3.2. Natural ocorrência de desequilíbrios contratuais e de divergências entre as partes sobre aspectos contratuais: a existência de passivos regulatórios**

A regulação estatal busca compor os interesses econômicos estratégicos, as políticas públicas adotadas, as inovações tecnológicas e as demandas populares<sup>21</sup>, podendo ser exercida por meio das agências reguladoras.

Inserida no mundo contemporâneo, a regulação não está alheia às mudanças. Dessa forma, pode ser revelada maior necessidade de incorporação de serviços ou sua exclusão, adoção de dada tecnologia, alterações de indexadores tarifários, enfim, cenários inúmeros que se revelam apenas com o passar do tempo e que não são possíveis de serem previstos de forma certa e objetiva pelo regulador de antemão<sup>22</sup>.

Essa versatilidade repercute diretamente na atuação dos agentes regulados, afetando as balizas contratuais iniciais, implicando, muitas vezes, desequilíbrios. O procedimento do reequilíbrio nas concessões diferencia-se da forma de reequilibrar nos contratos administrativos simples. Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto:

Nos contratos de concessão, o equilíbrio dificilmente é encontrado por uma análise de proposta/preço pago. Devem ser consideradas variáveis como volume de investimentos, fluxo de caixa projetado, variações cambiais, custo do capital próprio do acionista, dentre muitas outras.<sup>23</sup>

Os eventos modificativos são processados pelos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro previstos contratualmente e analisados à luz da matriz de riscos, concluindo-se pela necessidade ou não do reequilíbrio. Busca-se o retorno às condições anteriores ao evento, como se ele nunca houvesse existido.

Para que ocorra o reequilíbrio, não basta a ocorrência do evento. A partir dele, todo um processo é percorrido para verificação: (i) da necessidade real de recompor; (ii) de como recompor. Nas palavras de Floriano Marques Neto:

---

21 MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit.

22 Ibidem.

23 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. op. cit.

De início, após a verificação do evento danoso, a recomposição não é imediata. Antes, é preciso verificar, no bojo da alocação dos riscos da concessão, se o evento de desequilíbrio deve ser suportado por uma das partes, sem que dele advenha obrigação em recompor o contrato. Essa providência, própria das concessões, é estranha aos contratos comuns, que, conforme visto anteriormente, pressupõem uma alocação de riscos quase que exclusivamente à Administração. Deste modo, ocorrido o evento danoso, a recomposição se opera sem óbice. Nas concessões, ao contrário, antes de iniciar o procedimento de reequilíbrio, verifica-se a quem cabe suportar o risco relacionado à quebra da equação, bem assim o tratamento dispensado pelo contrato para esse risco. Somente com a confirmação de se tratar, realmente, de um risco cuja realização demanda o reequilíbrio é que irá se recompor a avença. Uma vez verificada alteração nas condições da proposta (o evento danoso), caberá à parte prejudicada provocar o procedimento de recomposição, instruindo-o com a comprovação do fato e com sua repercussão na equação econômico-financeira. [...] Em seguida — e aqui a concessão começa a se afastar do regime geral — é preciso verificar o tratamento conferido ao evento danoso pela estrutura de alocação de riscos do contrato. Sim, pois um determinado evento pode ter sido alocado pelo contrato à responsabilidade exclusiva de uma das partes, de modo que na hipótese da sua ocorrência, terá a parte que suportá-lo, sem direito à recomposição. Neste caso, o pressuposto é que o encargo do risco tenha sido previamente considerado pela parte responsável, que deverá, de início, considerá-lo no seu preço (no caso do concessionário) ou na definição dos parâmetros da concessão (no caso da Administração). Se, então, restar demonstrado que o evento de desequilíbrio deve ser mitigado em processo de recomposição, resta apurar o impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio. Aqui, o cerne da tarefa está, justamente, na verificação da formação do preço da concessão, a partir da plêiade de elementos e custos que integram a proposta apresentada e que afastam a consideração do equilíbrio da concessão das características do equilíbrio dos demais contratos administrativos.<sup>24</sup>

---

24 Ibidem.

Portanto, são possíveis diversas situações. A princípio, pode não haver concordância sequer quanto à ocorrência do evento ou a forma de sua ocorrência. Se concluído pela ocorrência do evento e sua forma, podem surgir divergências sobre quais parâmetros são capazes de concretizar o retorno à situação pré-evento, como deve ser calculado esse reequilíbrio, quais variáveis interferem.

Em certos casos, por mais que sejam adotadas medidas visando ao retorno da situação pré-evento, na prática isso não se verifica. Seja porque foi feito a menor, seja porque não se consegue implementar diante de um conflito com a política pública adotada, como ocorre, por exemplo, com a ausência de reajuste de tarifas, adotando-se uma política de menor oneração do usuário.

O acúmulo desses eventos decorrentes da regulação setorial não compensados ou compensados de forma não suficiente é denominado passivo regulatório.

#### **4. A CONSENSUALIDADE COMO MEIO POSSÍVEL DE ENCERRAMENTO DE PASSIVOS REGULATÓRIOS**

##### **4.1. Tratamento habitual dos passivos regulatórios: contencioso judicial e arbitral**

O tratamento do passivo regulatório integra a análise das divergências em concessões – e na Administração como um todo –, que culminam em ajuizamento de demandas judiciais e/ou arbitrais.

As razões para tanto são as mais diversas, porém é possível, de plano, elencar algumas das principais. São elas: (i) a postura combativa do Administrador; (ii) a rigidez da legislação pública brasileira, que desincentiva a adoção de soluções individualizadas para os conflitos, diante do risco de violação ao princípio da impessoalidade; e (iii) o receio de punição por órgãos de controle, que decorre diretamente do item anterior. Passamos a abordá-las de forma mais detida.

##### *4.1.1. A combatividade da Administração*

Tradicionalmente, a atuação pública foi contraposta aos interesses privados. É possível notar, nos autores mais clássicos, a ideia de

que a Administração deve atuar para limitar os interesses privados – que necessariamente seriam egoístas – e prestigiar os interesses públicos, que teriam índole coletiva. Isso decorre da própria noção de Regime Jurídico Administrativo, que envolve, de um lado, a exorbitância das atribuições do Poder Público – traduzido no conceito de “Supremacia do Interesse Público” – e, de outro, a Indisponibilidade do Interesse Público, que, somados, verticalizariam a relação público-privado.

A despeito das tentativas de modernização da Administração e inserção de mecanismos de consensualidade na atuação administrativa<sup>25</sup>, ainda é comum encontrar, dentro do Estado, gestores e servidores que enxergam as relações público-privadas de maneira adversarial.

Cita-se, como exemplo, a determinação unilateral, pelo município do Rio de Janeiro, da suspensão de cobrança de pedágios da Concessão da Linha Amarela, em razão da constatação de desequilíbrio favorável ao poder público, apurado por Grupo de Trabalho integrado somente por membros da municipalidade<sup>26</sup> e fundamentada no Princípio da Modicidade Tarifária.

Não é difícil enxergar que, nos casos como o apresentado, dificilmente a medida determinada pelo poder público passará incontestada pelo particular atingido. Isso, no entanto, não tem capacidade de influir decisivamente na atuação do gestor, pois, em virtude da morosidade dos procedimentos, o administrador, à época da reversão da medida combatida, pode não ser aquele que determinou a prática do ato questionado.

#### 4.1.2. A rigidez da legislação pública brasileira

Mas não apenas no âmbito do Poder Executivo é pervasiva a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular. A legislação brasileira também contribui significativamente para essa cultura. O ordenamento

---

25 Por todos, ver OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan. 2009.

26 Vide Decreto Municipal nº 44.802/2018.

jurídico é repleto de formalismos que limitam a atuação do administrador e transformam, em muitas vezes, a discricionariedade em vinculação.

Além da já citada Indisponibilidade do Interesse Público, destaca-se, como entrave à atuação consensual da Administração, a aplicação do Princípio da Legalidade, pelo qual só é dado ao poder público agir quando houver autorização legal. Em alguns casos, a necessidade de chancela prévia do Legislativo para implementar soluções na seara pública é suficiente para suplantar uma ideia inovadora. A morosidade do processo legislativo, por sua vez, torna difícil a implementação tempestiva de medidas quando há necessidade de lei autorizadora.

Outra regra de atuação muito utilizada como norte legislativo é a Impessoalidade. A vedação de concessão de vantagens pessoais pela Administração é muitas vezes utilizada para legislar de forma extremamente geral e ao mesmo tempo restritiva, impedindo-se a adaptação das soluções fornecidas pela lei ao caso concreto.

A dificuldade do legislador de interpretar tais vetores contribui para o engessamento da legislação brasileira, pois torna-se mais fácil seguir uma linha já traçada – no caso, a verticalização das relações público-privadas – do que seguir novos caminhos.

#### *4.1.3. O receio de punição*

Finalmente, e relacionado aos fatores anteriormente elencados, o receio dos gestores de punição pelos órgãos de controle contribui para o engessamento da atuação administrativa.

Acordos envolvem, por sua própria natureza, concessões mútuas. São também, muitas vezes, inovadores. Ocorre que, nas últimas décadas, os órgãos de controle (principalmente os Tribunais de Contas) têm expandido cada vez mais sua atuação, seja por questões históricas – a corrupção nacional –, seja por questões políticas – a expansão do controle garante aos órgãos maior relevância, impedindo sua estagnação, de acordo com André Rosilho<sup>27</sup>. E essa atuação, muitas vezes, é baseada em princípios altamente abstratos, o que torna a atuação

---

27 ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*. [S. l.]: Quartier Latin, 2019.

do gestor muito insegura, notadamente quando ela desvia dos caminhos já traçados e chancelados pelos controladores.

Não se trata, aqui, de casos em que haja flagrante intuito fraudatário por parte do gestor. Ocorre que, em áreas muito complexas – como é o caso das concessões –, é extremamente difícil prever, com exatidão, os efeitos de determinada medida. É só apresentar os prognósticos da Administração Pública acompanhados da motivação respectiva, mas isso não assegura a aprovação das contas do gestor.

Tal cenário de insegurança acaba por gerar incentivos para que o administrador decida de forma defensiva e conservadora a fim de evitar possível responsabilização pelos órgãos de controle. Isso desestimula a celebração de acordos na esfera pública, principalmente em questões extremamente singulares, que demandam soluções individualizadas.

#### 4.1.4. *Os problemas gerados pela litigiosidade*

Antes de adentrar o próximo tópico, é preciso trazer, ainda que de forma breve, os principais problemas que surgem da litigiosidade em contratos de concessão e que tornam, ao menos em tese, a adoção de acordos altamente atrativa para a Administração.

O primeiro deles diz respeito à *expertise* do Judiciário. Na medida em que Judiciário deve apreciar as questões a ele submetidas, a litigância sobre questões altamente complexas expõe as partes ao risco de o julgador não compreender bem a controvérsia e, por isso, tomar decisão inadequada.

É comum que os magistrados adotem como razão de decidir as conclusões da perícia técnica, mas essa também possui o problema de ser elaborada por terceiro que dificilmente domina todas as áreas do saber aplicadas em um contrato de concessão.

Esse problema é menos acentuado na arbitragem, pois o número reduzido de processos e os altos valores comumente envolvidos permitem tanto aos julgadores quanto às partes estudarem melhor a causa, mas, por outro lado, a previsão de instância única amplifica a nocividade dos erros, que não podem ser debatidos por interposição de recursos.

O segundo problema é a vagarosidade dos procedimentos contenciosos. O andamento dos processos pode levar anos, o que pode reduzir

significativamente a efetividade de uma solução que, caso aplicada em tempo razoável, seria capaz de solucionar o problema.

Tal problema é reforçado pelo fato de um grande número de concessionárias consistirem em Sociedades de Propósito Específico (SPE) criadas justamente para a prestação do serviço delegado. Com o término do prazo do contrato de concessão, a mesma concessionária estará extinta ou em processo de liquidação, nos termos dos artigos 208 e seguintes da Lei Federal nº 6.404/1976, e, em muitos casos, o tempo do litígio supera o do contrato.

Nesse contexto, torna-se ainda mais difícil a recuperação de eventuais créditos devidos ao Poder Concedente pela concessionária. Afinal, na liquidação desta, será necessário reservar um valor ainda em discussão pelas partes. Mesmo que isso seja feito, sobrevindo provimento definitivo favorável ao poder público, só o ativo restante da antiga concessionária, em regra, suportará tal passivo – ativo este que tende a ser limitado, já que não há mais perspectiva de receita com a concessão e, geralmente, parte relevante dos bens privados empregados na consecução do serviço público é irreversível.

Assim, a demora dos processos judiciais pode levar à inefetividade da decisão favorável ao Poder Concedente, tendo em vista os obstáculos práticos à execução do provimento jurisdicional em questão.

Por fim, o custo de litigar é alto, tanto temporal quanto financeiramente, seja na seara judicial, seja na arbitral (na primeira, o custo temporal é mais alto que o financeiro, enquanto na segunda ocorre o contrário).

Todos esses itens tornam atraente a celebração de acordos extrajudiciais, pois, nestes, as partes – e não terceiros – figuram como protagonistas.

## **4.2. Acordos como alternativa para a equalização de passivos regulatórios**

### *4.2.1. Requisitos para a celebração*

Pautada pela legalidade, a Administração precisa preencher alguns requisitos antes de celebrar acordos Administrativos. Entre eles,

destacam-se aqueles previstos no art. 26 da (LINDB), já mencionado anteriormente. Há outros requisitos, como aqueles constantes da edição de atos administrativos – competência, objeto, finalidade, forma e motivo –, mas, por serem mais genéricos, não serão abordados neste texto.

Aqui, um parêntese. Muito se discutiu na doutrina acerca da natureza jurídica dos acordos administrativos. Essa discussão possuía relevância na medida em que a identificação da natureza jurídica de um instituto permitiria enxergar o regime jurídico aplicável. Contudo, a partir do momento em que o art. 26 da LINDB regulamenta a matéria, trazendo os requisitos para celebração de acordos, a controvérsia perde sua utilidade, segundo os professores Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma<sup>28</sup>.

Também se deve destacar que art. 26 da LINDB regulamenta de forma suficiente a matéria, tornando desnecessária a edição de legislação local para que a Administração possa celebrar acordos. Contudo o dispositivo não exaure a matéria, de modo que cada ente, no exercício de sua competência, pode complementar a regulamentação geral.

A autorização legal para celebração de acordos pela Administração Pública pode ser encontrada no art. 26 da LINDB. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º *O compromisso referido no caput deste artigo:*

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

28 GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 135–169, 2018.

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

O artigo, inserido no ordenamento pela Lei nº 13.655/2018, permite a celebração de compromissos para solucionar situações contenciosas na aplicação do Direito Público. Tratando-se as concessões de matéria pública por excelência, é plenamente possível a realização de acordos para sanar passivos regulatórios em concessões.

Outro ponto que se destaca na redação do dispositivo é a exigência da oitiva do órgão da Advocacia Pública. Trata-se, aqui, de parecer obrigatório, mas que não vincula o administrador público, que poderá dele discordar, devendo o fazer de forma fundamentada<sup>29</sup>.

O artigo ainda exige que estejam presentes razões de relevante interesse geral. Em termos mais cotidianos, o dispositivo exige que o gestor demonstre que o acordo cumpre o interesse público. Mas é preciso combinar a leitura do *caput* com o § 1º do dispositivo, que diz que a Administração deverá buscar solução proporcional e equânime. É da natureza de acordos concessões mútuas, de modo que não se pode invalidar um acordo com base na indisponibilidade do interesse público simplesmente porque a Administração abriu mão de verbas ao celebrar o acordo, por exemplo. É preciso ter em mente que o interesse público não se concretiza simplesmente por questões financeiras e que a segurança jurídica trazida por acordos pode muitas vezes acarretar maior economia do que a continuidade de litígios. As razões de interesse geral, portanto, podem ser das mais variadas: técnicas, jurídicas, econômicas etc., devendo o controlador, salvo em casos de dolo ou culpa gravíssima, chancelar as escolhas do gestor.

Um dos possíveis meios de fundamentar a adequação da solução consensual é a comparação entre (i) o cenário resultante da celebração do

---

29 GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 135-169, 2018.

acordo e (ii) o cenário que vigerá caso o mesmo acordo não seja firmado, com a demonstração de que o primeiro seria mais favorável ao interesse público – sempre tendo em mente, conforme exposto no parágrafo acima, que o referido conceito não se limita a aspectos de ordem financeira.

O inciso III do § 1º do dispositivo impede que a Administração, por meio de acordo, renuncie a suas prerrogativas públicas. Não é possível, por exemplo, que por meio de acordo seja a concessionária rodoviária isentada do dever de manter as rodovias em bom estado.

O inciso IV busca garantir segurança jurídica aos acordos ao prever a necessidade de clareza nas obrigações fixadas, nos prazos para seu cumprimento e sanções aplicáveis em caso de inadimplência.

Finalmente, o *caput* do dispositivo prevê, não como obrigação, mas como faculdade do gestor, a realização de consultas públicas quando conveniente.

#### 4.2.2. Benefícios na celebração de acordos em contratos de concessão

Além de evitar os problemas gerados pela litigiosidade, a especial mutabilidade dos contratos de concessão – vista no terceiro item deste artigo –, faz com que as vantagens da consensualidade – vistas no primeiro item deste artigo – se tornem ainda mais relevantes.

Com efeito, em um relacionamento de longo prazo, em que os padrões são as mudanças e as ocorrências de desequilíbrios contratuais, a possibilidade de eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do Direito Público de maneira mais eficiente e transparente é de suma importância.

Afinal, uma solução mais célere para os passivos regulatórios que surgem ao longo da execução contratual permite que as partes tenham conhecimento da situação real em que o contrato se encontra e adotem as medidas necessárias para que o mesmo se reequilibre. Daí advém previsibilidade tanto para o poder público como para o parceiro privado – o que tem uma importância ímpar para ambos.

Em relação ao poder público, a eliminação ou redução de passivos regulatórios viabiliza que órgãos competentes planejem a prestação do serviço

público subjacente, inclusive com a modelagem de uma nova licitação ou da retomada do serviço para substituição da concessionária. Afinal, com a equalização de tal passivo, há uma ideia mais precisa até mesmo da data de término da delegação já operada, visto que uma forma de reequilibrar contratos de concessão é por meio da prorrogação de seu prazo de vigência.

O parceiro privado, por sua vez, também passa a ter uma segurança maior dos seus custos e da sua receita futura – o tempo em que ainda permanecerá gerindo a concessão é fundamental nesse aspecto. A possibilidade de estimar, de maneira mais acurada, seu fluxo de caixa futuro gera, por evidente, mais conforto para investidores e financiadores, com todos os desdobramentos positivos decorrentes deste fato para o parceiro privado.

Há, portanto, benefícios mútuos nos casos em que, diante das circunstâncias concretas, é tecnicamente viável alcançar um acordo – a vantajosidade deve ser bem demonstrada pela Administração Pública na instrução do processo –, razão pela qual a consensualidade deve ser integrada ao arsenal jurídico do Estado na administração dos seus contratos de concessão.

É nesse sentido, aliás, que a já mencionada Lei estadual nº 16.933/19, em seu art. 18, *caput* e § 4º, confere amparo normativo expresso para que matérias afetas ao equacionamento do passivo regulatório de um contrato de concessão (*u.g.* questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos) sejam resolvidas por meio de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, o que abrange o próprio acordo direto entre as partes – instrumento de consensualidade por excelência.

## 5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, defendemos que a consensualidade é de suma relevância para a solução de problemas relacionados ao Direito Público – o que é corroborado pela nova redação da LINDB –, em especial no âmbito dos contratos de concessão, marcado por sua complexidade e longa duração.

Para tanto, não basta sua previsão normativa, mas também o estímulo a uma cultura de consensualidade. Conforme se viu,

tal movimento, embora ainda encontre resistência pelos órgãos de controle ou mesmo dentro de entidades reguladoras, vem ganhando espaço no Direito Administrativo brasileiro, tanto na dogmática quanto no campo normativo, mostrando-se muitas vezes mais atrativo que o apego à interminável cultura litigiosa.

Assim, mostra-se imperioso que o tema continue a ser objeto de estudos e de reflexão, bem como que haja constantes incentivos para o uso, pelo gestor público, de instrumentos consensuais – não como forma de substituição às demais formas de atuação, vale repetir, mas como mais um mecanismo à disposição do administrador para oferecer um serviço público eficiente e, conseqüentemente, alcançar o interesse público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERNANDES NETO, Fernando. **Aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para as concessões paulistas**. São Paulo, [s. n.], [2018?]. Disponível em <https://sbdp.org.br/publication/aplicacao-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal-para-as-concessoes-paulistas/>. Acesso em: 6 out. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão no Brasil**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, 2019. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/90629>. Acesso em: 6 out. 2021.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 277, p. 135-169, 2018.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan.-mar. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan. 2009.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**. [S. l.]: Quartier Latin, 2019.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo Do Medo**. Nova ed. [s. l.]: Revista dos Tribunais, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**<sup>2</sup>. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.