

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO

CAROLINA ZAJA ALMADA CAMPANATE DE OLIVEIRA

Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a Prorrogação
Antecipada e a Relicitação na Teoria dos Contratos Públicos

Rio de Janeiro
2018

CAROLINA ZAJA ALMADA CAMPANATE DE OLIVEIRA

**Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a Prorrogação
Antecipada e a Relicitação na Teoria dos Contratos Públicos**

Dissertação para obtenção de grau de mestre
apresentada à Escola de Direito do Rio de
Janeiro da Fundação Getúlio Vargas

Área de concentração: Direito da Regulação.
Economia, Intervenção e Estratégias
regulatórias

Orientador: Sérgio Guerra

Rio de Janeiro

2018

CAROLINA ZAJA ALMADA CAMPANATE DE OLIVEIRA

**“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS E DE LONGO PRAZO: A
PRORROGAÇÃO ANTECIPADA E A RELICITAÇÃO NA TEORIA DOS CONTRATOS
PÚBLICOS”.**

dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação
do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em
Direito da Regulação.

Data da defesa: 06/02/2019


ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA



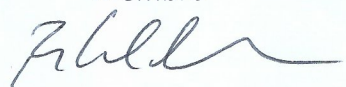
Sérgio Antonio Silva Guerra
Orientador(a)



Egon Bockmann Moreira
Membro



Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Membro



Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Membro

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Oliveira, Carolina Zaja Almada Campanate

Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos / Carolina Zaja Almada Campanate Oliveira. - 2018.

235 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Orientador: Sérgio Guerra.

Inclui bibliografia.

1. Contrato de concessão comercial. 2. Licitação pública. 3. Contratos administrativos. 4. Caducidade (Direito) I. Guerra, Sérgio, 1964-. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. IV. Título.

CDD - 341.3527

“O tema dos contratos da Administração se assemelha a um ‘velho sótão’, terreno propício a descobertas inesperadas e onde, sob aparente quietude, tudo continua em desordem, não se compadecendo com meros momentos de ‘arejamento periódico’”

Maria João Estorninho

Ao Paulo, a quem dedico não só essa dissertação, mas os meus sonhos, meu amor, a minha vida.

A você, minha filha, que antes de nascer já mudou o significado de tudo nas nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar a saúde necessária para tantas realizações na minha vida e à Maria por passar na frente e me proteger.

Agradeço ao Paulo, meu marido, meu amigo, meu companheiro, sem ele nada disso valeria a pena. Nós estudamos na escola juntos, nos formamos na faculdade juntos e o mestrado não poderia ser diferente. Esse trabalho não é só meu, é nosso. Sem a sua companhia em longos finais de semana, inúmeras madrugadas, horas de biblioteca, eu simplesmente não conseguiria. Muito obrigada por suas palavras de incentivo quando eu pensei que fosse demais para mim. E mais, ainda, muito obrigada por ter me dado o maior presente de toda a minha vida, nossa bebê, que tanto nos alegrou no finalzinho dessa jornada.

Agradeço à minha mãe, pela paciência com os meus desesperos diante dos estudos, sem os seus constantes “larga isso e sai um pouquinho”, essa experiência seria bem mais difícil.

Ao meu pai, meu guru, agradeço pelas inúmeras conversas e conselhos, inclusive sobre o tema, pelo carinho em ouvir tudo, sobre tudo e sempre.

À minha Vó, por embarcar de cabeça nesse meu projeto. Muito obrigada por ter topado se mudar pra Portugal, aos 79 anos, só para ajudar a gente.

À toda minha família pela paciência com a minha ausência em eventos importantes por esses dois anos. Especialmente aos meus irmãos, Bernardo e Rafael, que estão crescendo tão rápido, espero ser uma inspiração para vocês. E às minhas primas-irmãs, Marcela e Flávia, quantas palavras de incentivo, amo vocês.

Agradeço ao meu orientador, Sérgio Guerra, por ter me tirado da zona de conforto logo no início dessa jornada. Desde o dia que me fez ler um livro de Santi Romano antes da minha apresentação, despertou em mim a necessidade de ir até a fonte, e como isso foi essencial.

Agradeço imensamente aos professores da minha banca de qualificação. À Patrícia Pinheiro Sampaio, por ter feito observações essenciais, sem as quais esse trabalho não estaria assim. E a minha gratidão ao professor Egon Bockmann Moreira, por ser generoso com seu conhecimento, paciente com minhas perguntas e ter feito da minha experiência em Portugal ainda mais proveitosa.

Aproveito, assim, para agradecer à Universidade de Lisboa por ter acolhido a mim e ao Paulo de forma tão especial. A biblioteca e seus funcionários ficarão para sempre no meu coração.

Agradeço, também, às meninas da biblioteca da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, que pacientemente separaram livros e mandaram inúmeros textos para mim, inclusive quando estava fora. Não tenho palavras para o carinho que tiveram comigo.

Não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que convivo no trabalho. Ao Bruno Navega e ao Péricles Gonçalves, por terem me acolhido na PGM Niterói e agora no Navega Advogados Associados e, principalmente, por terem me mostrado que é possível não sucumbir à burocracia estatal e atuar com eficiência na função pública.

Ao Carlos Raposo, pela confiança em me indicar como Subprocuradora, por ter me mostrado sempre o lado bom da Administração, e, com sua paciência inesgotável, me lembrar todos os dias que não fomos eleitos e que não escolhemos as políticas públicas, as viabilizamos da melhor maneira possível. Ao Diego Dias, meu amigo de todas as PGMs, por seus conselhos, paranoias que me fazem colocar o pé no chão e, sobretudo, por ouvir com paciência minhas lamentações.

Por fim, agradeço aos meus amigos, por terem persistido mesmo diante da nossa ausência e das constantes negativas para nos encontrarmos. Agradeço especialmente à Clarice e à Thais, que mesmo distantes sempre estão perto de mim. Ao TGQ e à Paty (nossa tradutora oficial desse mestrado), à Julinha (nossa pequenina) e à Ceci pelo carinho diário, amo vocês.

RESUMO

A crise econômica pela qual o país vem passando coloca no centro da discussão os contratos administrativos de longo prazo. Ao mesmo tempo que essas parcerias estão sendo firmadas como estratégia de estímulo à economia e meio de arrecadação de recursos públicos, outras já existentes tem se mostrado inviáveis ou insuficientes. Em meio a essa dualidade, o Governo Federal editou, recentemente, as Medidas Provisórias nºs 727 e 752, posteriormente convertidas nas Leis nºs 13.334/2016 e 13.448/2017, com a intenção de não só endereçar a crise, mas trazer uma nova perspectiva para as contratações estratégicas de infraestrutura, as quais chamou de “parcerias”. O objetivo desse trabalho é, assim, analisar como o novo instituto da relicitação e a aplicação da prorrogação antecipada a essas parcerias representam uma mudança de perspectiva para as contratações de longo prazo e exigem da Administração uma escolha eficiente. Para tanto serão comparados, em termos econômicos — considerando os custos de transação e resultados práticos — a prorrogação antecipada à encampação e a relicitação à caducidade com vistas a demonstrar como a previsão de mecanismos consensuais e mais flexíveis são mais adequados para endereçar a miríade de situações a que se submetem as contratações complexas de longo prazo.

Palavras Chaves: Prorrogação antecipada. Relicitação. Contratos de concessão. Parcerias de longo prazo. Incompletude. Mutabilidade. Consensualidade. Eficiência. Encampação. Caducidade.

ABSTRACT

The economic crisis which the country has been facing places long-term public procurement contracts at the center of the discussion. While these partnerships are being established as a strategy to stimulate the economy and a means of collecting public funds, other existing ones have proven to be unfeasible or insufficient. In the midst of this duality, the Federal Government recently issued Provisional Measures Nos. 727 and 752, later converted into Laws Nos. 13,334/2016 and 13,448/2017, not only to address the crisis, but to bring a new perspective to strategic infrastructure contracts, called "partnerships". The purpose of this paper is, therefore, to analyze how the new institute of "re-bidding" and the application of the early extension of these partnerships represent a change of perspective for long-term contracts and require the Public Administration to make efficient choices. In order to do so, this work will compare, in economic terms — considering transaction costs and practical results — the anticipated extension to the "encampação" and the "re-bidding" to expiration, in order to demonstrate how the establishment of consensual and more flexible mechanisms are more adequate to address the myriad situations to which complex long-term contracts are subjected.

Keywords: Early extension. Re-bidding. Concession contracts. Long-term partnerships. Incompleteness. Mutability. Consensuality. Efficiency. Encampation. Expiry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO	19
1.1. Revisitando a teoria clássica dos contratos administrativos	21
1.1.1. 1ª Fase: da negação à resignação	23
1.1.2. 2ª Fase: do reconhecimento ao entusiasmo	27
1.1.3. 3ª Fase: da crise às novas perspectivas	32
1.2. Uma reflexão sobre a unicidade do regime jurídico dos contratos administrativos	41
1.2.1. Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017: um novo regime jurídico?.....	54
1.2.2. Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017: regime para tempos de crise?.....	58
1.3. O paradigma legislativo anterior: a encampação e a caducidade.....	64
2. A VISÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS PÚBLICOS DE LONGO PRAZO	
74	
2.1. O contrato público não é ato unilateral	77
2.1.1. Concessões são contratos administrativos	81
2.1.2. A interpretação dos contratos públicos e a posição de supremacia da Administração – um paradigma a ser repensado	88
2.1.3. A relação (des)equilibrada entre o parceiro público e o parceiro privado	104
2.2. Contratos complexos, com elevado grau de investimentos e de longo prazo: a necessária incompletude e a consequente mutabilidade desses ajustes	112
2.3. Escolhas públicas eficientes: a avaliação dos custos de transação e resultados	125
2.3.1. Custos de transação	126
2.3.2. Resultados	136
2.4. Poder residual de decisão, abordagem relacional e a crise como fator de renegociação	
139	
3. OS INSTITUTOS DA LEI 13.448/2017 SOB UMA PERSPECTIVA ECONÔMICA.....	147

3.1. Prorrogação antecipada: a antecipação de investimentos e a sua distinção com relação à prorrogação premial e reequilíbrio	148
3.1.1. Os requisitos legais para sua implementação	167
3.1.2. Por que prorrogar antecipadamente? Uma análise econômica em comparação à encampação	176
3.2. A Relicitação: alteração consensual do contrato para extingui-lo	188
3.2.1. Os requisitos legais para a sua implementação	193
3.2.2. Por que relicitar? Uma análise econômica em comparação à caducidade	198
CONCLUSÃO	208
REFERÊNCIAS	215

INTRODUÇÃO

Os anúncios do Governo Federal referentes à ampliação do pacote de concessões são constantes. Em agosto de 2017, já haviam sido noticiados cinquenta e sete novos projetos de parcerias com o setor privado¹. Menos de sete meses depois, em março 2018, outros trinta e um foram divulgados². No âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI³ — criado especificamente com o objetivo de ampliar e fortalecer a relação entre Estado e iniciativa privada nos setores de infraestrutura — existem, atualmente, trinta e oito projetos em andamento, vinte e seis já concluídos e nove em fase de prorrogação⁴.

A busca por parcerias com a iniciativa privada é fruto da transformação que o Estado brasileiro vem passando desde a década de 1990. A intervenção direta, seja na exploração das atividades econômicas em sentido estrito, seja na prestação dos serviços públicos, passa a conviver com um modelo estatal voltado à regulação e à garantia de execução dessas atividades⁵. Hoje convivem em um Estado multifacetado: o Estado-Prestador (ou de bem-estar), o Estado-Empresário, o Estado-Regulador e/ou Estado-de-Garantia, e se assiste, ainda, o advento do Estado-Ambiental a demonstrar o incremento da complexidade estatal⁶.

Paralelamente à divulgação das novas concessões, contudo, o país vivencia o colapso de algumas dessas parcerias. A Concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S.A. (ABV), por

¹ Segundo dados divulgados pelo Governo Federal. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/-crescer-um-ano-de-reformas-resultados-e-retomada>. Acesso em: 30 nov. 2017.

² Segundo dados divulgados pelo Governo Federal. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/-31-novos-projetos-foram-qualificados-hoje-na-5-reuniao-do-conselho-do-ppi->. Acesso em: 20 mar. 2018.

³ O referido programa foi criado pela Medida Provisória nº 727, de 12 maio 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, com o objetivo de ampliar e fortalecer a relação entre Estado e iniciativa privada, por meio da instituição de um regime jurídico diferenciado, para atração de novos investimentos em projetos de infraestrutura e para torná-los mais eficientes, como melhor será desenvolvido adiante.

⁴ Pesquisa realizada no sítio eletrônico do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS – PPI. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/index.php>. Acesso em: 10 abril de 2018. A consulta para coleta de dados não levou em consideração eventuais privatizações que serão realizadas no âmbito do programa, mas apenas os dados referentes aos projetos dos quais decorrem parcerias de longo prazo entre a Administração e o particular, tendo em vista ser este o recorte do presente trabalho.

⁵ GUERRA, Sérgio. Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 374-375.

⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. In: **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 3, 1, jan./jun. 2017. p. 75. Todos são dimensões de um mesmo Estado, a demonstrar a complexidade de se lidar com o Estado Administrativo. No mesmo sentido, Sabino Cassese indica que as transformações pelas quais passa o Direito Administrativo não são lineares, há avanços e retrocessos e mudanças intermediárias que convivem em um mesmo direito. CASSESE, Sabino. **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 24, mar. 2004. p. 16.

exemplo, reconheceu — cinco anos após ter se sagrado vencedora do leilão para administrar o Aeroporto Internacional de Campinas pelo período de 30 anos — a impossibilidade de cumprir com as obrigações tais como pactuadas no contrato⁷.

Há outros exemplos de parcerias realizadas pelo Governo Federal que, em pouco tempo, tornaram-se inexecutáveis para o contratado. É o caso da rodovia concedida, em 2014, à Galvão BR-153 para exploração do trecho Anápolis/GO até Aliança do Tocantins/TO⁸, bem como da rodovia concedida no mesmo ano à Via 040 para exploração do trecho Brasília-DF e Juiz de Fora-MG⁹.

Nesse mesmo contexto, a União se vê, ainda, diante de setores que dependem de investimentos imediatos, cujas concessões em andamento — mas já perto do fim — não lhe oferecem essa possibilidade. Tome-se como exemplo as concessões ferroviárias realizadas na década de 1990¹⁰. Esses contratos, em geral firmados pelo prazo de trinta anos, já superaram mais da metade do prazo de execução. Apesar da premente necessidade de expansão da rede para a retomada do crescimento econômico, redução dos custos logísticos e aceleração do escoamento da produção¹¹, nessa fase dos contratos, boa parte dos investimentos já foram feitos e o parceiro privado não possui incentivos concretos para ampliá-los¹², tornando esses ajustes praticamente ineficazes para atender a pretensão do poder concedente.

Esse contraste entre o aumento das concessões, a inviabilidade de algumas parcerias e a insuficiência de outras não deve ser considerado um paradoxo ou uma incongruência do modelo estatal brasileiro. O cenário atual reflete, em boa medida, a crise econômica que o país atravessa desde meados de 2014¹³. Em ocasiões como essas, ao mesmo tempo em que contratos

⁷ Disponível em: <http://www.viracopos.com/institucional/imprensa/28-07-2017-nota-a-imprensa.html>. Acesso em: 30 nov. 2017.

⁸ Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Galvao_BR153/Concessionaria_de_Rodovias_Galvao-_BR153.html. Acesso em: 08 dez. 2017.

⁹ Disponível em: <http://www.invepar.com.br/show.aspx?idMateria=yWR7pMobiFI834UnFS1GIQ==>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁰ Essas concessões são fruto do Programa Nacional de Desestatização – PND, instituído pela Lei n.º 8.031/90. O processo de desestatização do setor ferroviário foi iniciado em 1992, a partir da inclusão da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA no PND, pelo Decreto n.º 473/92.

¹¹ Trata-se de constatação feita pelo Governo Federal, o qual considera a “expansão ferroviária estratégica para a retomada do crescimento econômico”. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/-editoria/infraestrutura/2015/06/-expansao-ferroviaria-e-estrategica-para-retomada-do-crescimento>. Acesso em: 08 abr. 2018.

¹² Veja-se que o contrato está sendo cumprido tal como pactuado. É dizer, o parceiro privado já fez os investimentos que lhe cabia (ou a maioria deles), e o prazo que resta para o fim do contrato não apresenta incentivo para novos investimentos, já que, provavelmente, não será suficiente para amortizá-los e trazer o retorno esperado.

¹³ De acordo com o Comitê de Datação do Ciclo Econômico (Codace), da Fundação Getúlio Vargas, a economia brasileira encontra-se formalmente em recessão desde o segundo trimestre de 2014. Segundo seu último relatório, “A recessão de 2014-2016 foi a mais longa entre as nove datadas pelo Comitê a partir de 1980,

administrativos de longo prazo são firmados com particulares como estratégia de estímulo à economia¹⁴ e meio de arrecadação para o Poder Público, outros já existentes entram em declínio (ou tornam-se ineficientes).

Os últimos anos, portanto, têm se mostrado especialmente desafiadores à Administração Pública e trazem para o centro do debate as parcerias¹⁵ de execução diferida no tempo. Em um contexto no qual mais contratos serão firmados, outros serão revistos, e o Poder Público terá que enfrentar a fragilidade econômica dos parceiros privados (além do déficit de recursos públicos), coloca-se em evidência a postura da Administração diante das suas escolhas. A crise econômica funciona, assim, como o pano de fundo e fio condutor dessa análise, porque ela faz realizar a necessidade da mudança.

De fato, se os recursos são escassos e as necessidades a serem supridas são muitas, não se pode ignorar o fato de que as escolhas públicas têm um preço¹⁶. Nesse contexto, se identifica a necessária aproximação entre o direito e a economia¹⁷, dotando a Administração de

empatada com a de 1989-1992. A perda acumulada de Produto Interno Bruto (PIB) nesses 11 trimestres foi de 8,6%, também a maior desde 1980, praticamente empatada com os 8,5% de queda do PIB na recessão de 1981-1983, com base em dados das Contas Nacionais do IBGE". Ainda de acordo com o comitê a recuperação tem se mostrado lenta em comparação com o padrão observado nas saídas de recessões anteriores. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=4028808126B9BC4C-0126BEA1779E6CAA>. Acesso em: 18 maio 2018.

¹⁴ Em períodos de crise econômica, fica mais evidente a utilização dos contratos públicos para além da obtenção do objeto contratado. Estes instrumentos passam a ser utilizados como mecanismo de estímulo à economia e geração de empregos. Ao tratar da crise econômica de 2008 – pela qual Europa e Estados Unidos foram fortemente afetados – e a sua relação com os serviços públicos, o Diretor da *Public Services International Research Unit (PSIRU)* da Universidade de Greenwich, David Hall, apontou para o fato de os gastos governamentais com infraestrutura serem uma forma tradicional de controle de inflação e geração de empregos. De acordo com o autor, os anúncios de investimentos públicos nessa área geram, inclusive, aumento de confiança por parte do setor privado. HALL, David. *Economic crisis and public services*. Disponível em: <http://www.psiru.org/-/publications.html>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁵ Essa é a nomenclatura utilizada tanto pela Lei nº 13.334/2016, como pela Lei 13.488/2017, para tratar dos contratos administrativos de longo prazo de caráter estratégico, complexos, com elevado volume de investimentos e longo prazo. São esses os contratos endereçados no presente trabalho. Portanto, ao longo texto, quando se falar em contratos de longo prazo ou de parceria, entenda-se que estão sendo endereçados os ajustes mencionados pela novel legislação.

¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 80-81.

De acordo com o autor, três fatores são determinantes para essa aproximação entre direito e economia, o aumento da demanda e oferta dos benefícios públicos, a escassez de recursos tributários e o controle das despesas públicas. Por isso, ainda de acordo com o autor, “neste universo jurídico-econômico, os contratos administrativos – em especial os de longo prazo – ocupam papel sobranceiro”.

¹⁷ Essa indissociável relação entre direito e economia, na atualidade, foi bem demonstrada por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, segundo a qual “verifica-se, assim, que a relação entre direito e economia hoje perpassa praticamente todas as questões socialmente relevantes, podendo ser analisada sob distintos aspectos. Enquanto no passado, propugnou-se a completa separação entre as ciências jurídica e econômica como forma de reconhecimento da autonomia metodológica de cada uma, atualmente a inter-relação nevrálgica entre ambas é crescentemente reconhecida como uma realidade inafastável”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro.

mecanismos que possam levá-la a escolhas eficientes — que considerem não apenas o enquadramento jurídico, mas os custos e resultados da sua opção.

Até bem pouco tempo atrás, contudo, os exemplos mencionados acima — colapso de algumas concessões e falta de investimentos em outras — eram normalmente resolvidos sem que a questão econômica fosse necessariamente endereçada pela Administração. Na forma estabelecida pela Lei nº 8.987/1995¹⁸, por exemplo, sendo a hipótese de descumprimento das obrigações pelo parceiro privado, poderia a Administração (a seu critério) decretar a caducidade. No caso de o ajuste se mostrar insuficiente, por sua vez, mesmo diante do cumprimento das obrigações pelo particular, o Poder Público poderia optar por retomar a atividade — em razão do interesse público — por meio da encampação. Existia pouco espaço e até mesmo pouca segurança para o gestor adotar soluções diversas, como alternativas consensuais, para problemas envolvendo a contratação pública¹⁹.

Assim, fosse ou não uma escolha economicamente eficiente, havendo conformação legal — normalmente repetida nas cláusulas contratuais — entre a situação fática e a solução, era essa a postura adotada pela Administração.

Para tentar enfrentar essa realidade, o Governo editou, em 2016, as Medidas Provisórias nºs 727 e 752, posteriormente convertidas nas Leis nºs 13.334/2016 e 13.448/2017. A primeira, que cria o Programa de Parceria de Investimentos – PPI, estabelece como diretrizes primordiais dos ajustes submetidos ao novo regramento, a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica, lançando as bases para uma nova forma de se endereçar as parcerias de longo prazo.

A segunda, editada para traduzir tais postulados na prática²⁰, institui a relicitação e amplia as hipóteses de prorrogação antecipada para atração de investimento. Ao criar uma forma alternativa de extinção contratual, que pressupõe alteração do ajuste por acordo entre as

Regulação e concorrência: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35. O tema será enfrentado de forma mais aprofundada no Capítulo 2 dessa dissertação.

¹⁸ Trata-se da Lei Geral de Concessões e Permissões, que elenca no art. 35 as formas de extinção dessas relações.

¹⁹ Não se desconhece, como se verá no decorrer do trabalho, que outras alternativas já podiam ser adotadas diante do incumprimento ou da necessidade de investimentos. O caso da concessão de reequilíbrio econômico financeiro por meio de prorrogação de prazo é um desses exemplos. Mas a falta de reconhecimento legislativo dessas medidas, acaba sendo um fator de insegurança que leva o Poder Público a optar por medidas mais drásticas pelo fato de estarem reconhecidas em lei.

²⁰ Como bem destacado no Parecer (CN) nº 1, de 2017 do Congresso Nacional, por meio do qual se analisou a conversão da Medida Provisória nº 752/2016 em lei: “A Medida Provisória 752/2016, por sua vez, seria a primeira tentativa de traduzir esta nova fase pragmática da política de investimentos em infraestrutura do governo em medidas mais concretas que permitem uma reestruturação relativamente rápida e bastante significativa das concessões atuais, que têm padecido de problemas de desenho do contrato regulatório, efeitos da crise econômica e falta de incentivos para investir”.

Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?-dm=5278031&disposition=inline>. Acesso em: 25 nov. 2017.

partes (relicitação) e ao admitir novos mecanismos consensuais de investimentos utilizando o tempo como forma de amortização (prorrogação antecipada), o novel diploma exigiu da Administração consensualidade para adoção da medida e justificativa econômica para a sua escolha²¹.

Esses novos diplomas legais, portanto, lançaram outra perspectiva sobre as contratações de longo prazo. Como foram pensados em meio à crise econômica e para tratar de parcerias estratégicas de infraestrutura, representam uma tentativa do Governo de formar um arcabouço jurídico diferenciado, capaz de reconhecer as especificidades dessas relações.

Por isso, o objetivo do trabalho é partir desse primeiro passo dado pela União, para demonstrar como a racionalidade econômica diversa desses ajustes, o seu constante processo de mutação e a sua incompletude, exigem uma postura da Administração Pública dissociada dos paradigmas clássicos dos contratos públicos, mais flexível²².

Para tanto, parte-se da premissa de que toda escolha pública tem um preço. A Administração, por isso, ao justificar as suas opções, deve levar em conta não apenas valores abstratos ou a conformação jurídica da medida, mas também aspectos econômicos, de modo a demonstrar a eficiência da sua escolha consubstanciada nos custos de transação envolvidos e resultados práticos possíveis de serem alcançados.

Dessa abordagem decorre a hipótese desse trabalho, segundo a qual o reconhecimento da prorrogação antecipada e a instituição da relicitação representam uma mudança de paradigma na teoria das contratações públicas por compreenderem a consensualidade, negociação e eficiência. Esse fato pode ser verificado pela comparação prática entre a prorrogação antecipada e a encampação, bem como entre a relicitação e a caducidade, de modo

²¹ Os artigos são bastante claros nesse ponto. Caso a Administração opte pela prorrogação antecipada por meio de acordo com o particular “Art. 8º Caberá ao órgão ou à entidade competente, após a qualificação referida no art. 2º desta Lei, realizar estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”. Na hipótese de se optar pela relicitação “Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo. § 1º Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos”.

²² A perspectiva econômica aqui adotada é aquela que ressalta a finalidade útil da medida. Trata-se da mesma perspectiva adotada por Fernando Araújo ao tratar da análise econômica do ato de contratar: “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase que invariavelmente, à deliberação de contratar” ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 14.

a demonstrar como, em termos de custos de transação e resultados, esses instrumentos consensuais são mais eficientes do que a imposição da vontade estatal²³.

Assim, metodologicamente, o presente trabalho se desenvolverá de forma qualitativa, uma vez que se efetivará por meio de pesquisa doutrinária, tanto no âmbito interno como externo, estabelecendo o diálogo entre a teoria jurídica das contratações públicas e a visão econômica. Pode-se dizer, ainda, que a presente pesquisa é exploratória, uma vez que os institutos analisados — especialmente a relicitação — estão em fase inicial de conhecimento e aplicação, demandando um esforço de familiarização com esses objetos.

O ponto de partida para essa análise será a teoria clássica dos contratos públicos e as suas origens. No primeiro capítulo, pretende-se revisitar brevemente a concepção inicial dos contratos administrativos — de inspiração francesa — e propor uma reflexão sobre os seus paradigmas. A intenção é desconstruir o dogma de que os contratos administrativos são naturalmente públicos e as prerrogativas estatais decorrem da sua essência, com vistas a formar as bases para uma nova interpretação.

Nesse ponto, também será demonstrado que a ampla contratualidade atual desafia a perspectiva única do regime aplicável aos contratos firmados pela Administração. E sob essa perspectiva, serão enfrentadas as novas Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017, para que se possa responder às seguintes indagações: elas estabelecem um novo regime jurídico? Seria um regime *para* tempos de crise?

Ainda no capítulo inaugural, será delineado brevemente o paradigma legislativo atual, por meio da demonstração dos requisitos para a encampação e a caducidade, institutos que servirão de base para a comparação a ser realizada no último capítulo desse estudo. O objetivo inicial dessa descrição é demonstrar que as escolhas legalmente possíveis têm um custo que nem sempre é considerado pelo contratante, o que remete a discussão acerca da introdução de aspectos econômicos na atuação estatal.

No segundo capítulo, propõe-se, assim, a estabelecer uma visão prospectiva sobre as contratações públicas complexas de longo prazo, por meio de uma aproximação entre o Direito Administrativo e a Economia, de modo a trazer mais elementos de racionalidade às escolhas públicas. Para tanto, será estabelecida a premissa de que os contratos públicos não são atos unilaterais, e sim verdadeiros contratos e como tal devem ser interpretados e aplicados.

²³ A escolha pela encampação e a caducidade não excluem outras medidas que já podiam ser objeto da opção estatal. Para fins desse trabalho, contudo, de forma a demonstrar que os novos instrumentos consensuais traduzem outra perspectiva para a atuação pública, optou-se por compará-los a medidas unilaterais da Administração.

Abordar-se-á a racionalidade diversa das parcerias complexas e de longo prazo. Por meio da perspectiva econômica, serão enfrentadas a incompletude e mutabilidade desses ajustes e a sua implicação na criação de um ambiente de sucessivas alterações e necessárias escolhas estatais. A partir dessa constatação, investigar-se-á como a Administração atuará diante das opções que lhe são fornecidas para que possa responder objetivamente porque optou por uma escolha e não por outra.

Nesse ponto, ter-se-á como objetivo a exploração de dois fatores para uma escolha eficiente: os custos de transação e os resultados. Serão, assim, delineados os custos a serem considerados nas transações envolvendo a Administração. Para além dos gastos financeiros, serão apresentados os custos de oportunidade, informação (e os problemas decorrentes de suas falhas) e tempo. Além disso, serão abordados os resultados práticos das medidas como parte da justificativa da escolha estatal. As premissas doutrinárias estabelecidas nesse ponto do capítulo serão relevantes para a posterior comparação prática realizada no último capítulo do trabalho.

Na sequência, será abordada a questão relativa à renegociação dos contratos públicos. Considerando a miríade de situações que poderão ocorrer *ex post*, investigar-se-á como a Administração pode lidar com essas questões. Levar-se-á em conta, nessa análise, a alocação do poder residual de decidir, a abordagem econômica relacional e a crise como fator de renegociação.

Estabelecidos os fundamentos desse estudo, tanto da concepção tradicional, quanto da direção a ser seguida, no capítulo 3, serão analisados os institutos consensuais da prorrogação antecipada e da relicitação sob uma perspectiva econômica, de forma a comprovar a hipótese desse trabalho. Investigar-se-á como no dia-a-dia da Administração será enfrentada a escolha entre uma alternativa consensual e outra impositiva para resolver questões surgidas no curso do ajuste.

A prorrogação antecipada será a primeira medida a ser analisada. Objetiva-se, assim, estabelecer as bases da sua aplicação, notadamente por meio da sua comparação com a prorrogação premial e a prorrogação reequilíbrio, outras espécies de prorrogação. Serão, então, apontados os requisitos legais necessários para a utilização e implementação do instituto. Por último, será realizada a comparação econômica — em termos de custos de transação e resultados — entre a prorrogação antecipada e o instrumento clássico da encampação, a fim de que possa ser respondida a pergunta: por que prorrogar antecipadamente?

Ainda nesse capítulo, investigar-se-á o novo instrumento consensual trazido pela Lei nº 13.448/2017, a relicitação. Será, então, delimitada a sua base de aplicação e apontados os requisitos necessários para a sua utilização. Partindo-se desse enquadramento, a relicitação será

comparada ao tradicional instituto da caducidade em termos de custos de transação e resultados, de modo a encontrar a respostas para a seguinte indagação: por que relicionar?

Por fim, serão expostas as conclusões a propósito da pesquisa realizada nesse trabalho.

1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO²⁴

A Lei nº 13.334/2016, ao instituir o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, considerou como contratos de parceria “a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante”²⁵.

A delimitação da lei tem uma razão de ser. A racionalidade econômica desses ajustes não se confunde com a dos contratos administrativos em geral. O objeto desses “contratos concessionais”²⁶ é complexo, não envolvendo apenas uma relação bilateral que se realiza no tempo presente entre as partes, mas também um plexo de interações, atividades e investimentos que precisam se estender no tempo para a sua amortização²⁷. O dinamismo é condição essencial desses contratos, seja pela complexidade e rapidez com que se alteram as relações atuais²⁸, seja pelo próprio custo que acompanharia uma definição *ex ante* — se é que possível — de todas os acontecimentos aptos a alterá-los.

²⁴ Parte das ideias desenvolvidas no presente capítulo tem origem no estudo: OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. **Contratos administrativos de longo prazo**: entre a incompletude e a certeza da mudança, uma proposta regulatória. GUERRA, Sergio (Org.). Teoria do estado regulador. Curitiba: Juruá, 2017.

²⁵ Redação do parágrafo segundo, do art. 1º da Lei 13.334/2016.

²⁶ Flávio Amaral Garcia, de forma certa, cunhou a expressão “contratos concessionais” para abarcar as espécies de concessões nas quais há colaboração dos particulares para a prática de tarefas e finalidades de interesse geral. GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e a incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: a. 3, n. 5. p. 59-83, mar./ago. 2014. p. 64.

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 86.

Com razão, o autor chamou esses contratos de verdadeiros “investimentos de longa maturação”.

²⁸ Tanto quanto a passagem por eventuais crises, os avanços tecnológicos são exemplo claro dessas mudanças. Não é possível, tampouco é desejável, que um contrato de 25 ou 30 anos possa ficar infenso a essa evolução. Não está se discutindo a possibilidade de um serviço ser prestado de maneira adequada, mesmo sem alteração da tecnologia, muitas vezes isso ocorrerá. Todavia, como bem destacado por Marçal Justen Filho, “o progresso tecnológico produz a redução de custos e tempo de ampliação de utilidades ofertáveis ao público”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 307. É exatamente essa atualidade que deve acompanhar os contratos de longo prazo.

A realidade das parcerias de longo prazo exige uma análise mais profunda desses arranjos, a qual envolve, necessariamente, uma perspectiva sobre os aspectos econômicos desses verdadeiros “projetos de investimento”. Como bem destacado por António Martins²⁹:

Numa perspectiva económica-financeira – a única que, dada a minha formação de economista, posso assumir neste texto – um contrato de concessão é visto como um projecto de investimento. Com efeito, as características essenciais de um projecto são as seguintes (Ross et. al., 2008): i) um investimento inicial (I) que requer um certo desembolso, a fim de adquirir activos tangíveis (v.g., máquinas) ou intangíveis (v.g. patentes). ii) um conjunto de previsões sobre rendimentos (R) que tal projecto poderá gerar; ancoradas em estimativas de quantidades a vender, preços a cobrar, da taxa de inflação a considerar e de outras variáveis. iii) Um leque de gastos (G) a estimar, tais como consumos de matérias, de serviços externos, de salários, de depreciações dos activos e de juros a pagar. iv) um horizonte temporal (T) durante o qual se prevê que o investimento venha a gerar cash flows para os investidores.

O contratado, na verdade, funciona como um investidor. Os cálculos realizados para a participação em um contrato de longo prazo levam em consideração o futuro, pois o investimento inicial supera, em muito, o retorno imediato. O particular só realiza lucro bastante tempo depois do início da assunção da atividade. Por isso, fala-se em amortização e não simplesmente em remuneração.

Constata-se, assim, a necessidade de se realizar um exame jurídico diverso desse tipo de relação em comparação àquele utilizado para um contrato de empreitada ou um contrato de compra e venda, do qual a Administração seja parte. As parcerias requerem uma divisão de riscos baseada na eficiência e na criação de incentivos econômicos para ambas as partes³⁰, consensualidade e segurança jurídica em patamares muito mais elevados do que o aplicado para os contratos firmados para perdurarem por pouco tempo.

²⁹ MARTINS, António. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) acionista: uma perspectiva económica. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio económico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 322.

³⁰ No caso específico das concessões, apesar da Lei nº 8.987/1995 trazer previsões no sentido de que esses ajustes ocorreriam por “conta e risco” do contratado, a questão já foi doutrinariamente superada para se entender pela necessidade de divisão racional de risco. A Lei nº 11.079/2004, que trata das Parcerias Público-Privadas (também concessões), inclusive adotou essa nova perspectiva ao prever a repartição objetiva de riscos entre as partes (cf. art. 4º, VI — “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;”).

É por isso que se propõe, no início deste trabalho, um breve retorno às origens da teoria clássica dos contratos administrativos. Afinal, o Direito não pode ser analisado sob uma perspectiva estática, “não convém examinar o Direito congelado, abstraindo-se, também, como ele era ontem, de onde ele vem, quais os seus paradigmas”, só assim “contextualizado na história e no seu tempo, visualiza-se efetivamente a feição da norma jurídica e para onde ela caminha”³¹.

A partir dessa digressão, mas sem a perspectiva de esgotar o tema — o que fugiria ao escopo desse trabalho — pretende-se entender como tal disciplina formou os paradigmas atuais de um regime jurídico especial para a Administração Pública, derogatório do Direito comum, a fim de desmistificar os seus dogmas e apontar outros rumos, especialmente diante da especialidade das contratações ora em estudo.

1.1. Revisitando a teoria clássica dos contratos administrativos

Ao tratar das mutações do Direito Administrativo no início da década passada, Diogo de Figueiredo Moreira Neto traçou, de forma objetiva, a evolução do Estado e os limites a que esteve submetido ao longo do tempo. Se no passado, a atuação estatal estava limitada pela moral (inspirada pelo sentimento religioso), o Estado de Direito fez surgir o balizamento legal, até o desenvolvimento da legitimidade, como limite ao Estado Democrático de Direito.

Aliás, foi exatamente no contexto do Estado Democrático que se acentuou a contratualidade na Administração Pública como instrumento de consensualidade, “como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo”³².

Os contratos, portanto, passaram a ser cada vez mais utilizados e tornaram-se parte do cotidiano da Administração Pública³³. Esse fenômeno ganhou ainda mais relevo com o desenvolvimento do Estado Regulador.

³¹ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2016.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41.

³³ Não se pode deixar de alertar, contudo, que as raízes da atividade contratual da Administração Pública são muito antigas. Como descreve Maria João Estorninho, já na Grécia Antiga e no Império Romano

Quando o modelo estatal, baseado na intervenção direta na economia, marcado por uma ampla estrutura burocrática hierarquizada, passa a conviver com uma dimensão estatal descentralizada, caracterizada pela busca por uma gestão moderna e eficiente³⁴, com a transferência das atividades exploradas pelo setor público à iniciativa privada, os contratos passam a ser o instrumento central dessa mudança³⁵. Foi por meio dos contratos administrativos, aliás, que se concretizaram as privatizações e as concessões da década de 1990, as quais são marcas desse novo modelo estatal.

Mas nem sempre foi tão aparente essa relação entre a Administração, o particular e a consensualidade que envolve o contrato³⁶. Na verdade, como ensina Maria João Estorninho, pode-se identificar três fases na evolução da teoria clássica dos contratos

tem-se exemplos de relações contratuais firmadas entre autoridades administrativas e particulares. Todavia, é com o advento do Estado Liberal, já no século XIX, que se assiste ao incremento da contratação pública com bases mais próximas aos contratos administrativos firmados atualmente, ou seja, para fins de realização do interesse público. ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006. p. 125-135. O mesmo cenário é descrito por Caio Tácito, segundo o qual “No plano do Estado Liberal, o direito administrativo se caracterizou, predominantemente, como uma prestação unilateral do Estado, ainda que submetido ao pressuposto de legalidade. Salvo casos específicos em que a relação administrativa prevê a adesão da vontade do administrado (como na progressiva formação do regime dos contratos administrativos) a Administração Pública goza, como regra, de uma margem autoritária no sentido de sobrepor seus atos ao consentimento do administrado.”. A consensualidade, ainda de acordo com o autor, será uma preocupação do Estado social. TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 209, .p. 2, jul./set. 1997.

³⁴ GUERRA, Sérgio. Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 375.

³⁵ Os contratos não são o único instrumento utilizado por essa nova estrutura estatal. A cada dia se desenvolvem mais instrumentos consensuais na gestão administrativa, como, por exemplo, os protocolos de intenções, os convênios, os termos de cooperação, os termos de parceria, os consórcios, dentre outros.

³⁶ O termo “aparente” nessa frase pode ter duas conotações bem distintas: sinônimo de algo “visível, manifesto, evidente, ostensivo”, ou empregado com o significado de “ilusório, suposto, fictício”. Explica-se. O reconhecimento da consensualidade nas relações envolvendo a Administração Pública nunca esteve tão em evidência. Quando se fala em mutação do Direito Administrativo, a consensualidade e, conseqüentemente, a contratualização da Administração ganham destaque. Assim como Diogo de Figueiredo – destacado linhas acima –, também Odete Medauar, na década passada, já dava conta do papel relevante do consensualismo nas relações administrativas: “A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração”. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211. Hoje, fala-se até mesmo em “administração concertada”, para enfatizar o consensualidade que permeia o domínio público. Contudo, ao mesmo tempo que tais instrumentos foram se desenvolvendo, alguns dogmas e paradigmas anteriores, notadamente nas relações contratuais da Administração, permaneceram os mesmos. Assim, em que pese *evidente* a consensualidade, esta pode se mostrar *ilusória* na prática, devido aos dogmas trazidos ao longo dos anos pelo direito administrativo e não totalmente superadas pela doutrina. Essa ideia será melhor desenvolvida no item 2.1 desse estudo, quando se desconstruirá a ideia de contrato como ato unilateral da Administração.

administrativos³⁷: a primeira fase que variou da negativa à resignação; a segunda, a qual envolveu a maturidade e até mesmo o entusiasmo por essas relações; e a terceira fase, de crise e indefinição³⁸.

Trata-se, portanto, na explicação feita por Fernando Dias Menezes de Almeida, de uma progressiva construção com base fática e histórica, voltada a explicar a relação de colaboração entre entes estatais e pessoas privadas visando ao desempenho de funções estatais³⁹.

1.1.1. 1ª Fase: da negação à resignação

O contrato tem, historicamente, uma relação estreita com o Direito privado. A dicotomia entre o público e o privado⁴⁰, aliás, colocou no campo da sociedade as relações

³⁷ Como ficará mais claro adiante, essa mutação da teoria dos contratos públicos é mais evidente na França e nos países, como o Brasil, que se inspiraram na doutrina francesa. Em países integrantes do sistema *common law*, por exemplo, a formação dos contratos públicos se dá de forma bastante diversa. Nos Estados Unidos, por exemplo, como ensina José Guilherme Giacomuzzi, o que provocou a identificação de um contrato público diverso dos contratos em geral foi uma circunstância fática, os contratos militares. De acordo com o autor, “todos os casos seminais que originalmente conferiram prerrogativas especiais ao Estado Norte-americano ou surgiram no bojo de casos que envolviam *military procurements* ou foram de alguma forma influenciados por circunstâncias de guerra.” GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. Supremacia do Interesse público “versus” igualdade. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 84.

³⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 14. Cabe aqui uma constatação interessante, em 1998 a autora já enquadrava a fase do contrato administrativo em um momento de crise e indefinição. O presente estudo, desenvolvido entre os anos de 2017 e 2018 demonstra que ainda há muito a se trilhar no terreno das contratações públicas. São precisas as palavras da autora sobre a questão: “o tema dos contratos da Administração se assemelha a um ‘velho sótão’, terreno propício a descobertas inesperadas e onde, sob aparente quietude, tudo continua em desordem, não se compadecendo com meros momentos de ‘arejamento periódico’”.

³⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contratos Administrativos. In. JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 194. p. 289. O autor também divide as fases dos contratos entre negação e reconhecimento.

⁴⁰ A distinção público e privado aqui utilizada guarda relação com as bases do Direito brasileiro. A tradição francesa, por nós incorporada, tem uma forma peculiar de enxergar essa dicotomia. Os juristas continentais pensam o direito a partir e por meio da separação entre a esfera pública e privada. Se esta fosse uma dissertação que viesse a explorar o sistema da *common law*, utilizar essa distinção para explorar historicamente os contratos públicos teria pouca utilidade. Como bem explicado por José Guilherme Giacomuzzi “Há uma oposição indisputável entre as funções exercidas pela dicotomia nos sistemas norte-americano e francês (ou brasileiro). Em termos gerais, enquanto no mundo da *commom law* a dicotomia tem tido um papel ínfimo ou, mesmo, inexistente na epistemologia jurídica, o contrário ocorre nos sistemas de Direito Continental, sendo o sistema francês o exemplo paradigmático.”. Como se verá ao longo das fases, essa distinção será essencial para caracterizar os contratos como públicos em contraposição aos contratos privados, como também destacou o referido autor “o propósito da dicotomia em ambos os países continentais [França e Brasil] foi o de facilitar e veicular a ideia de uma superioridade do interesse público, que está intimamente ligada à ideia de contrato administrativo

contratuais e, no âmbito estatal, os atos unilaterais. Enquanto os particulares gozavam de liberdade e da autonomia da vontade para estabelecer vínculos jurídicos⁴¹, ao Estado cabia a atuação soberana e verticalizada de tutor dos interesses da coletividade nos estritos limites da lei⁴².

Assim, ao mesmo tempo que o Direito Administrativo se desenvolveu como instrumento de concretização do Estado de Direito, ou seja, para assegurar a atuação estatal nos limites da legalidade, também transferiu, para o mesmo Estado, um conjunto de prerrogativas próximas daquelas detidas pelos monarcas do regime absolutista. Nesse misto de autoridade reforçada por poderes especiais (*puissance publique*, como definiu a doutrina francesa), que impedia o Estado de se subordinar a um acordo de vontade com o particular, e a ausência de liberdade em expressar sua vontade, em razão da atuação nos limites da lei, que a relação contratual passava ao largo do Direito Administrativo.

Nessa fase inicial, portanto, tem-se a negativa da contratualidade no âmbito do Direito público, como bem sintetizado por Fernando Dias Menezes Almeida⁴³:

De um lado, o Estado não ter autonomia em sua vontade, devendo seguir estritamente o que for previsto pela lei; de outro, o Estado não poder subordinar-se a uma relação de igualdade com o particular, havendo que preservar sua supremacia. Assim, caberia ao Estado apenas impor unilateralmente a sua vontade.

Não que a Administração e o particular apenas se relacionassem pela imperatividade dos atos estatais. O Estado não se limitava a impor unilateralmente a

enquanto nos Estados Unidos o debate sobre a dicotomia, muito restrito e paroquial, é influenciado pela visão oposta, isto é, pela filosofia liberal, que enfatiza o interesse privado em detrimento do interesse público”. GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. Supremacia do Interesse público “versus” igualdade. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 89-117.

⁴¹ Nelson Nery Junior e Thiago Rodovalho dos Santos, ao delinearem um breve histórico dos contratos no Direito Civil, especialmente a partir do *Code Napoléon* de 1804, assim se manifestaram sobre o instituto e a sua relação com a autonomia da vontade: “o contrato, sob a égide inaugural do *Code Civil*, gozou de um período de pilastra mestra do direito privado (sempre ao lado da propriedade), simbolicamente (mas cuja simbologia revela a força de que gozava o contrato para o Código Civil francês) tido como *força de lei entre as partes* (art. 1.134 do CC francês “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”, destacamos). (...) Tratava-se de nova codificação fortemente influenciada pelas doutrinas de Domat e Pothier, na qual o contrato, como exercício da autonomia privada, traduzia-se na maior expressão da liberdade individual, e isso era tão caro aos franceses que ele, contrato, na célebre expressão de Fouillé, passava a ser identificado com a ideia de *justiça* (*justice contractuelle*) (*qui dit contractuel dit juste*)”. NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. In: **Revista dos Tribunais**. v. 906/2011, p. 113, abr. 2011.

⁴² GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 17-19.

⁴³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contratos Administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 194.

ordem jurídica, enquanto os particulares entabulavam suas parcerias privadas. Na verdade, também existiam relações contratuais firmadas entre o Poder Público e o particular. A distinção, contudo, residia no fato de que tais vínculos não eram reconhecidos na esfera do Direito Administrativo.

Nessas hipóteses, a Administração atuava sem o seu poder de império, em situação comparável ao do particular. Despida do seu ato de autoridade, essa relação não possuía excepcionalidade que exigisse a aplicação de um Direito próprio, que lhe assegurasse prerrogativas diversas daquelas reconhecidas ao parceiro privado.

Até então, não se tinha a figura do “contrato administrativo”, mas tão somente do “contrato”, independente da parte que integrasse a relação. E, de fato, essa posição era coerente com a visão sustentada à época. Se o Estado não poderia se submeter ao particular quando atuava no exercício das atividades públicas, na condição de detentor do poder, ao integrar a relação contratual despido do *jus imperii*, estaria sujeito às regras do Direito privado e, nos países com dualidade de jurisdição, submetido à Justiça comum.

A separação entre a jurisdição administrativa e a comum, aliás, teve crucial participação na formação da teoria do contrato administrativo, notadamente na França e nos países inspirados pela doutrina francesa. Nesse primeiro momento, de negativa da existência de contratos qualificadamente públicos, as relações contratuais integradas pela Administração eram naturalmente classificadas como “atos de gestão” em contraposição aos “atos de autoridades”, estes, sim, submetidos ao Direito público e aos Tribunais administrativos. A esse respeito, destaca Almiro do Couto e Silva⁴⁴:

Assim, quando se afirmou, também na França, a célebre distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, que remetia os primeiros para a órbita direito público e os outros para a do direito privado, nunca se duvidou que os contratos celebrados pela Administração Pública, independentemente de sua natureza, eram atos jurídicos de direito privado (...) Essa distinção domina incontestavelmente quase todo o século XIX, com irrestrita aceitação na doutrina e na jurisprudência, servindo como critério básico para separar a competência dos órgãos da jurisdição ordinária e os da jurisdição administrativa. Ela exprime, aliás, uma ideia que, à época, não encontrava opositores na Europa continental: a de que o Estado, quando agia como *persona potentior*, o fazia à sombra do direito público.

Chegou-se até a se admitir na França — ainda dentro dessa perspectiva inicial de negação dos contratos públicos — que os Tribunais administrativos julgassem

⁴⁴ SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 209, p. 53-54, jul./set. 1997.

determinadas causas envolvendo relações contratuais das quais o Poder Público fizesse parte. Mas a distinção, como ensinam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramon Fernandez, era puramente processual e pragmática, pautada no fato de que a jurisdição administrativa era mais célere e entenderia melhor o funcionamento da Administração Pública. A natureza civil desses ajustes, contudo, permanecia a mesma⁴⁵.

Na Alemanha, tal como no modelo francês, a construção de um Direito autônomo para tratar das relações envolvendo a Administração no exercício da atividade pública também afastou a contratualidade do âmbito desse Direito⁴⁶. Partindo-se da ideia capitaneada por Otto Mayer de que atuação estatal seria puramente unilateral e de que o contrato seria “repugnante” à própria essência do Direito Público, as relações patrimoniais envolvendo a Administração e o particular foram confiadas ao Direito Privado⁴⁷.

Se, nesta primeira fase, doutrina alemã e francesa se aproximam ao negar a existência de contratos caracterizados como “públicos”, em uma segunda etapa do desenvolvimento da teoria dos contratos administrativos elas se distanciam. Com efeito,

⁴⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2005. p. 688-693. Os autores são muito claros quanto ao ponto: “*La distinción contratos administrativos – contratos privados es, pues, exclusivamente en su origen una distinción jurisdiccionales y no sustantivos. Las razones de esa excepción al sistema de distribución de competencias jurisdiccionales son puramente pragmáticas y no de naturaleza. Se entiende (la doctrina es unánime sobre el particular) que, aun siendo de naturaleza civil, ciertos contratos de la Administración (entre nosotros, los que se refieren a obras y servicios públicos) deben ser residenciados ante los tribunales contencioso-administrativos por un simple motivo práctico, porque estos tribunales son más rápidos y expeditos y porque conocen mejor el funcionamiento de la Administración, que conviene non perder de vista al enjuiciar estas cuestiones contractuales.*”. Essa distinção, contudo, como se verá mais a frente, impulsionará o desenvolvimento de uma doutrina que vê na substância desses contratos a razão de ser dessa distinção.

⁴⁶ Como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, já em 1817 a doutrina alemã discriminava o Direito Administrativo do Direito Constitucional, mas a sistematizações autônomas só foram ocorrer anos mais tarde. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 56. Diversamente do Direito francês, contudo, o Direito Administrativo alemão “não adveio de uma ruptura, mas de uma lenta construção sobre as bases absolutistas do sistema, o que fez com que se aproveitasse preponderantemente das figuras do direito privado, adaptando-as pontualmente a necessidades de interesse público.”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 12. Além disso, a dualidade entre a jurisdição Administrativa e comum tinha notas diversas na Alemanha. Nas palavras de Caio Tácito o “sistema judiciário alemão se coloca, assim, a meio termo, entre a absoluta separação das jurisdições, que caracteriza o modelo francês e o sistema de unidade de jurisdição, peculiar à tradição inglesa e norte-americana, caracterizada pela supremacia dos tribunais judiciários.”. TÁCITO, Caio. Contencioso administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forum. 133, p. 59-69, jul./set., 1978. p. 63. Essa característica própria da formação de cada Direito fica mais clara quando as doutrinas francesa e alemã passam a divergir sobre os contratos firmados pela Administração, como se verá adiante nesta dissertação.

⁴⁷ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Vol. 4: Parte especial: las obligaciones especiales - 2ª ed. inalt. - Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 162.

enquanto a primeira mantém a negativa da existência de um contrato tipicamente público⁴⁸, a segunda passa a desenvolver a ideia de que existem, efetivamente, relações cujas características materiais são distintas dos contratos em geral e que, por isso, demandam a aplicação de uma sistemática própria e uma jurisdição diversa da comum.

1.1.2. 2ª Fase: do reconhecimento ao entusiasmo

A transferência pragmática de alguns contratos para a jurisdição estatal, mencionada acima, levou a literatura francesa a desenvolver notas características desses ajustes para justificar a sua retirada do âmbito do Direito privado e a passagem ao domínio do Direito público⁴⁹. Nessa fase, deixa-se de falar apenas em “contrato” e passa-se a

⁴⁸ Diversamente do que ocorreu na França, a doutrina alemã continuava a negar a sistematização de uma teoria para determinados contratos firmados pela Administração. Não porque só reconhecia a atuação unilateral e autoritária da Administração, mas por acreditar que essas relações poderiam ser objeto de celebração de contratos privados regidos pelo Direito privado. Esse alerta sobre a distinção entre o desenvolvimento dos contratos no âmbito desses dois países foi desenvolvido de forma profunda por Maria João Estorninho. Segundo a autora, apenas se reconheceu a existência de um contrato “jurídico-público” na Alemanha quando atividades verdadeiramente públicas passaram a ser objeto de acordo com os particulares. Do contrário, como o Direito Administrativo naquele país não tem a mesma vocação globalizante do direito francês, as relações poderiam ser regidas pelo Direito privado, ainda que a Administração fizesse parte delas. “Pode assim concluir-se que, em França, aquilo que se pretendeu foi que tarefas que anteriormente só podiam ser realizadas através de contratos privados, pudessem passar a ser objecto da celebração de contratos administrativos – ou seja, que a Administração pudesse passar, ainda que de forma eventual, a empregar as suas prerrogativas de autoridade para resolver as situações. Na Alemanha, pelo contrário, o problema do ‘contrato de direito público’ andou associado à aceitação do facto de a Administração poder, em certos casos, prescindir do exercício do poder administrativo que até aí utilizava e passar a resolver essas situações através da celebração de acordos com os particulares”. ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45.

⁴⁹ Ao tratar da qualificação dos contratos como “contratos administrativos” e “contratos privados da Administração” — a qual será apontada mais a frente — José Guilherme Giacomuzzi demonstra com clareza como a dualidade entre o Direito público e privado foi capaz de dar conteúdo próprio aos contratos administrativos. Segundo o autor: “No que toca ao direito dos contratos administrativos na França e no Brasil essa afirmação [a classificação jurídica não se limita a dividir e categorizar áreas do Direito. É um processo muito mais sutil, que alcança o coração de cada tópico] é particularmente verdadeira no que diz com a dicotomia ‘contratos administrativos versus contratos privados da Administração’, uma vez que as consequências dessa classificação se estendem para muito além de saber qual o juízo competente para o julgamento do feito, justamente em razão dos diferentes valores e princípios jurídicos aplicáveis ao direito público e ao direito privado. Ora, o arcabouço teórico dessa classificação entre contratos administrativos e contratos públicos da Administração foi pavimentado durante anos pela dicotomia entre ‘direito público versus direito privado’. A dicotomia, nesse sentido, facilita e induz a aplicação de princípios jurídicos distintos a cada ramo do Direito, assim dando à classificação jurídica conteúdo e sentido específicos.”. GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. Supremacia do Interesse público “versus” igualdade São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 132-133.

reconhecer uma categoria especial de “contrato administrativo”. Assim começa, verdadeiramente, a teoria dos contratos públicos. Nas precisas palavras de Rafael Roque Garofano⁵⁰:

Fato é que a aversão inicial da figura do contrato no Domínio do Direito Administrativo seguiu-se na França, um grande esforço por sua afirmação a partir da criação do instituto jurídico autônomo e informado por princípios diferentes daqueles que norteiam os contratos de Direito Civil: o contrato administrativo.

Mas o que faz destes ajustes, contratos extraordinários? Com base nas decisões dos Tribunais Administrativos⁵¹, a doutrina francesa desenvolveu, ao longo do tempo, diversos fundamentos para o reconhecimento dessa especialidade. O primeiro deles, que permitiu a ruptura com o entendimento anterior, surge no início do século XX, com a substituição da dualidade “atos de gestão e atos de autoridade” pela ideia de “serviço público”⁵².

O pensamento desenvolvido pela Escola de Bordeaux é essencial para esse salto dogmático. Na esteira da concepção de Gaston Jèze — que irá trazer contorno mais jurídico ao pensamento inicial desenvolvido por Léon Duguit, fundador da Escola — a exorbitância do Direito administrativo em relação ao Direito privado se justificaria pela própria necessidade de se fazer a gestão dos serviços públicos⁵³. Nesse passo, aos contratos firmados pela Administração para assegurar o interesse geral (consubstanciado no serviço público), somente poderia ser aplicado um regime especial. Um regime capaz de assegurar a autoridade da Administração, que passa a contratar não como pessoa

⁵⁰ GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 29.

⁵¹ O caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos (francês) em fevereiro de 19873, é considerado pela doutrina, com algumas relativizações, como o *leading case* da formação do conceito de serviço público e a definição entre a competência administrativa e comum e a “própria diferenciação entre o Direito Administrativo e os demais ramos do direito, do Direito Civil em especial”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 94.

⁵² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2005. p. 691.

⁵³ Segundo Carlos Roberto Pellegrino: “Superando as ideias de Duguit, para quem inexistia diferença de fundo entre os contratos privados e os contratos administrativos celebrados pelo Poder Público — estes últimos caracterizados pela finalidade de serviço público em vista da qual são celebrados —, a doutrina francesa propendeu, notadamente em Jèze, para o princípio de que existe entre os dois tipos de contrato uma diferença intrínseca derivada da diversidade de efeitos jurídicos decorrentes de cada um deles. PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da administração pública. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 179-180: 68-91, jan./jun. 1990. p. 77.

jurídica, mas na qualidade de Poder Público. Segundo o autor, os contratos concluídos pela Administração se dividem em duas grandes categorias: os contratos civis e⁵⁴:

les contrats conclus en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public, et soumis à des règles spéciales (régime juridique du droit public). Ex.: Marché de travaux publics, contrat de concession de service public, etc). Ce sont les contrats administratifs proprement dits;

A partir desse pensamento, a doutrina se convence da existência de um critério material de distinção entre os contratos administrativos e os demais contratos privados, cabendo ao primeiro não só uma jurisdição especial, mas um conjunto de privilégios que, sob a justificativa do interesse público, foram paulatinamente sendo transferidos à essas relações, até se tornarem a sua essência.

Na literatura pátria, por exemplo, ao tratar das concessões, Themístocles Brandão Cavalcanti associou os contratos administrativos, aos serviços públicos e ao regime especial de prerrogativas estatais. Segundo o autor⁵⁵:

Ha em todo contracto feito com a administração, o o conhecimento prévio do contractante que a execução da obrigação se acha subordinada a condições inherentes à natureza do serviço e a posição jurídica de uma das partes, e ahi se acha precisamente a legitimidade de certas medidas tomadas pelo Estado durante a vigência do contracto.

Como já adiantado acima, embora tenha sido o responsável por uma verdadeira mudança dogmática, o critério do serviço público não foi o único utilizado para justificar a especialidade dos contratos administrativos e para distanciá-los dos contratos em geral. Ao sintetizar os fundamentos desenvolvidos pela doutrina, Maria João Estorninho identificou que, ao longo do tempo, outros critérios substantivos foram sendo desenvolvidos para substituir aqueles puramente formais⁵⁶ que vigoraram na fase de negação da excepcionalidade dessas relações.

⁵⁴ Em tradução livre: “contratos celebrados para assegurar o funcionamento de um serviço público, e sujeitos a regras especiais (regime jurídico do direito público). Ex : contrato de obras públicas, contrato de serviço público, etc.). Estes são os próprios contratos administrativos”. JÈZE, Gaston. **Les contrats administratifs**: de l'état, des départements, des communes et des établissements publics / Gaston Jèze. - Paris: Marcel Giard, 1932. p.7.

⁵⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro** - parte especial. 2ª ed, v. II, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. p.

⁵⁶ De acordo com a autora, consideram-se formais os critérios da jurisdição competente, que classificava os contratos de acordo com a jurisdição competente para julgá-los, e o da forma e formalidades, segundo o qual são administrativos os contratos que a lei assim define. Esses dois critérios não

Segundo a classificação proposta pela autora, além do serviço público, também podem ser considerados fundamentos que remetem aos elementos intrínsecos do contrato, e consequentemente poderiam justificar a natureza especial do ajuste: (i) a natureza jurídica das partes, ou seja, a participação da Administração na relação; (ii) a utilidade pública como finalidade contratual; (iii) a sujeição do particular ao contratante público; bem como a (iv) a existência de cláusulas que exorbitavam o Direito privado⁵⁷.

De todo modo, com acento em uma justificativa ou em outra, fato é que o reconhecimento da existência de contratos qualificadamente públicos possibilitou a aplicação de certas prerrogativas administrativas não só aos atos administrativos, mas também a determinados contratos firmados pela Administração. Com isso, estabeleceu-se traços peculiares dessas relações, diversos daqueles reconhecidos aos contratos privados. É o caso, por exemplo, da supremacia do contratante público, que vai expressar-se “tanto pela possibilidade de instabilizar a relação”, por meio da admissão de alterações unilaterais, quanto pela “autoridade do contratante público”, que se manifesta pela amplitude da fiscalização, controle e possibilidade de aplicação de sanções ao parceiro privado⁵⁸.

Nessa fase, experimenta-se a ampliação das contratações públicas. A partir da criação de uma sistemática própria e protetora do interesse público, a Administração passa cada vez mais a contratar. Isso porque — pelo menos nesse primeiro momento —, retirar do Direito privado determinadas relações patrimoniais e submetê-las ao regime público, significava admitir certa flexibilização a favor do próprio Estado. Quanto mais próxima do Direito Civil, mais a Administração ficava refém das “amarras” do contratante privado, enquanto a submissão ao Direito Administrativo lhe assegurava compatibilizar o contrato com as necessidades públicas que surgiam ao longo do ajuste⁵⁹.

identificavam qualquer distinção decorrente da natureza dos contratos. ESTORNINHO, Maria João.

Requiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 2003. p. 77-81.

⁵⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 2003. p. 79-98.

A autora identifica, ainda, uma fase da doutrina, na qual se admitia a especialidade com base na presença das cláusulas exorbitantes ou diante de um serviço público.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 639. Essas características foram destacadas pelo autor quando da descrição do desenvolvimento da teoria dos contratos públicos pela doutrina francesa, com especial destaque para as lições de Gaston Jèze, considerado por Celso Antônio “o principal teórico na matéria”.

⁵⁹ Interessante notar que, na fase inicial do desenvolvimento da teoria dos contratos públicos, era o Direito Administrativo que permitia certa flexibilização da rigidez do Direito Civil. De fato, nessa fase do Direito comum, o que se tinha, decorrente da autonomia de vontade dos contratantes, era a força obrigatória dos contratos — *pacta sunt servanda*. É dizer, se o que fosse pactuado entre as partes não encontrasse vedação legal e não tivesse defeitos no negócio jurídico, o contrato faria lei entre as partes e

Aliás, esse período foi marcado pelo desenvolvimento de grandes parcerias entre o Poder Público e o particular. Enquanto as primeiras concessões de serviço público, submetidas aos ditames do Direito privado, impediam ao Estado exigir a atualização desses serviços e outras alterações no decurso das parcerias, o advento dos contratos qualificados como ‘administrativos’ inverte a lógica da relação. A partir dessa “substantivização” dos ajustes públicos, a Administração passa a ter reconhecidos certos poderes — como a mencionada possibilidade de alteração unilateral —, determinantes para a ampliação da contratualidade em âmbito público.

Esse pensamento ganhou proporções para além dos limites da França. Constituiu a base do desenvolvimento do contrato administrativo em outros países da Europa Continental — tais como Espanha e Portugal —, vindo a ser disseminado de forma pacífica no Brasil. Tal como no Direito francês, no caso brasileiro, passou-se a justificar as prerrogativas contratuais da Administração com base “na satisfação do dever de tutela do *interesse público* e na afirmação da posição da *supremacia do interesse público sobre o privado*, visando à melhor concepção dos fins estatais”⁶⁰.

o cumprimento das obrigações assumidas seria plenamente exigível. Ao analisar historicamente a força obrigatória dos contratos, Ana Paula Cazarini Ribas de Oliveira, apontou para o fato de que, em um determinado momento da Idade Média “associado ao princípio moral do cumprimento das promessas, o princípio do *pacta sunt servanda* passou a significar muito mais que a obrigatoriedade do cumprimento do contrato. As partes deveriam cumpri-lo tal como pactuado, ou seja, sem qualquer alteração de seu conteúdo, pois concebido pela livre manifestação das partes e conforme as normas então vigentes”. Ainda de acordo com a autora as características de obrigatoriedade e de imutabilidade atribuídas ao princípio do *pacta sunt servanda* atingiram seu máximo com o Código de Napoleão, que elevou o contrato ao status de norma ao declarar que os contratos celebrados livremente faziam lei entre as partes: “Art. 1.134. *Lês conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites*”. OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas de. *Pacta sunt servanda*. In: **Revista dos Tribunais**. v. 905/2011. p. 785-812. Mar/ 2011. p. 795. Foi sob a égide desse entendimento que os contratos foram considerados “engessados” pelo Direito comum. Hoje, contudo, como se verá adiante, o que se percebe é exatamente o movimento inverso, por meio do qual, cada vez mais, se pretende diminuir a distância entre os contratos públicos e os privados para fins de assegurar certa maleabilidade às rígidas prerrogativas estatais.

⁶⁰ GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 53.

O autor analisa de forma detida a teoria dos contratos públicos no Direito brasileiro. Apresenta a posição de inúmeros juristas — desde o Império — acerca dos contratos públicos para demonstrar que a concepção francesa prevalece na doutrina brasileira mais recente. De acordo com o autor, “não é preciso reproduzir toda a doutrina nacional para reconhecer a incidência, entre nós, do regime jurídico exorbitante do Direito comum (...) em todas as obras que aceitam a existência dos chamados contratos administrativos, o ponto de convergência é justamente a presença de prerrogativas de ação unilateral da Administração, capazes de lhe outorgar poderes de, no mínimo (i) determinar modificações unilaterais nas prestações devidas pelo contratante em função da necessidade pública; (ii) acompanhar e fiscalizar a execução do contrato; (iii) impor as sanções estipuladas quando cabíveis; e (iv) rescindir o contrato por iniciativa unilateral se o interesse público assim exigir”.

Sob essa perspectiva unificadora e verticalizada, a teoria dos contratos administrativos se estabeleceu no país e permitiu distinguir duas naturezas nas relações contratuais firmadas pela Administração (contratos privados da Administração e contratos públicos). Nos contratos privados⁶¹, o Poder Público participaria, pelo menos a princípio, em posição de igualdade com particular, enquanto nos contratos administrativos, submetidos a um regime especial, a Administração disporia de uma série de prerrogativas para defesa do interesse público — o que a coloca em posição superior ao contratado privado.

Constata-se, assim, que mesmo diante da inexistência da dualidade de jurisdição (administrativa e comum) no Direito processual pátrio, fixou-se as bases para um contrato público especial⁶².

Não obstante a relevância da distinção dos regimes público e privado para o desenvolvimento dos contratos no Direito Administrativo e a sua inegável repercussão em outros países, todo o esforço da doutrina e da jurisprudência francesa ainda esbarra na ausência de um critério capaz de justificar a materialidade dessa diferenciação. Os fundamentos diversos apontados acima, são capazes de ilustrar o que a literatura classificou de “mito” do critério único e a busca permanente por um “critério mágico”, apto a justificar a autonomização do contrato administrativo face ao contrato público⁶³.

1.1.3. 3ª Fase: da crise às novas perspectivas

O ritmo acelerado, contudo, da alteração da própria noção de Estado e a crescente complexidade dos contratos celebrados entre a Administração e o particular demonstram

⁶¹ De acordo com Marcos Juruena Villela Souto, estes seriam contratos semipúblicos, tendo em vista a posição de não superioridade da Administração. São tradicionalmente considerados exemplos dessas relações, os contratos locatícios, quando a Administração é locatária, os de seguro e a compra e venda. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 280.

⁶² Essa perspectiva especial, dissociada do seu contexto histórico, pode ser encontrada na literatura brasileira na seguinte passagem “os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privatistas da Administração. (...) o que realmente tipifica [o contrato público] e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse privilégio administrativo, na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as cláusulas exorbitantes do Direito Comum”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 213-215.

⁶³ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 71-75.

a dificuldade de se afirmar que os contratos administrativos seriam *essencialmente* diversos dos demais contratos. A mera repetição do dogma da natureza pública e especial desses contratos passa a exigir reflexão.

Aliás, o Estado pós-moderno, os influxos da globalização, o desenvolvimento de uma sociedade de risco e a velocidade com que as circunstâncias se alteram, tornam incontestável a necessidade de se revisitar os paradigmas do Direito Administrativo como um todo⁶⁴. “A compreensão do Estado de risco como aspecto nuclear na organização da sociedade contemporânea remete a uma dinâmica peculiar que submete o direito administrativo a um novo papel, a uma transformação”⁶⁵.

Jacques Chevallier, por exemplo, ao tratar dos efeitos desse contexto sobre o Estado, descreveu quatro pontos que podem ser transportados com facilidade para as relações contratuais firmadas pelo Administração: a relativização da imperatividade, a redefinição das funções administrativas, a atenuação das fronteiras entre o público e o privado e o reconhecimento da heterogeneidade das relações⁶⁶:

- Primeiramente, o processo de globalização em curso coloca o Estado num contexto de interdependência estrutural, que torna obsoleta a concepção tradicional de soberania (seção 1);
- Em seguida, a perda pelo Estado do comando sobre uma série de variáveis essenciais de que depende o desenvolvimento econômico e social acarreta uma redefinição de suas funções (seção 2);
- Correlativamente, a clareza e precisão das fronteiras entre o público e o privado tendem a se atenuar, entranhando uma banalização da gestão pública (seção 3);
- Enfim, nos casos em que o Estado estiver organizado de um modo unitário, assiste-se a um movimento de fragmentação e de degeneração de aparelhos cada vez mais heterogêneos (seção 4).

A crise econômica, mencionada na introdução desse trabalho, também faz acentuar a necessidade de se endereçar essas novas características diante da ineficiência

⁶⁴ “Hay dos características que son en relación con las transformaciones que están en curso en el Derecho administrativo. La primera es su velocidad, la segunda, su continuidad. Los cambios del pasado han precisado siglos. Los actuales se producen en cortos períodos de tiempo, a gran velocidad. El Derecho Civil ha tenido una gran estabilidad a lo largo del tiempo. El Derecho administrativo, en cambio, se ha caracterizado por cambios cada vez más rápidos. En los años más recientes (en el último cuarto de siglo), la velocidad se ve acompañada de la continuidad: el Derecho administrativo rige por un diseño que cambia continuamente, porque la reforma se ha convertido en una función pública permanente”. CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Madri: Marcial Pons, 2006. p. 188-189.

⁶⁵ GUERRA, Sérgio. Sociedade de riscos e incertezas: o controle judicial sobre as escolhas regulatórias. In: **Interesse Público**. Belo Horizonte: v. 18, n. 95, p. 155-174, jan./fev. 2016. p. 171.

⁶⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradutor Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37.

muitas vezes gerada pela afirmação categórica — sem qualquer juízo crítico — de que a Administração detém prerrogativas⁶⁷. As constantes rescisões contratuais e as penalizações aplicadas aos contratantes privados que não levam em consideração o contexto econômico, político e social, ilustram essa situação⁶⁸.

O efeito sistêmico desse comportamento é ainda mais preocupante, já que agrava a crise de confiança do mercado, levando à precificação dos novos ajustes. O círculo vicioso se forma, gerando o questionamento inevitável acerca da própria razão de ser das prerrogativas da Administração Pública.

Mas como tratar dos contratos a partir de uma nova perspectiva, sem desconstruir o “mantra”, repetido há anos, de que essas prerrogativas decorrem da própria natureza do contrato público? Se é verdade que a essência do contrato administrativo o faz especial em relação aos demais, como seria possível ao Poder Público atuar de forma diversa?

Foi para desmistificar toda essa ideia — arraigada em boa parte da literatura pátria — que se revisitou as fases pelas quais passou a teoria do contrato público. O retorno à sua fase de criação aponta para o equívoco de se compreender que a natureza desses contratos teria justificado a sua autonomia em relação aos contratos privados.

O percurso foi bem diferente: diante da regra processual que atribuiu ao juiz administrativo competência para julgar determinados contratos da Administração, a

⁶⁷ Sobre a crise como elemento de acentuação da rapidez com que as mudanças acontecem no Direito atualmente, assim se manifestou Ana Raquel Gonçalves Moniz “a contingência característica do tempo hodierno – que a crise confirmou de uma forma avassaladora e irreversível – veio a demonstrar que nos encontramos nos antípodas desta realidade [perene] e perante uma crescente ‘aceleração do tempo jurídico’”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In: VI ENCONTRO DE PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO. **A crise e o direito público**. GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, p. 95-96, out. 2013.

⁶⁸ De fato, a questão relativa à crise econômica e o seu reflexo nos contratos firmados pela Administração não se restringe à exemplos doutrinários. Existem questões práticas que demonstram, com clareza, a situação ora desenhada. Em 2015, por exemplo, por meio do PARECER n. 00034/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, a Advocacia-Geral da União avaliou o pedido formulado pela Concessionária Rodovias Galvão BR-153 à ANTT de adiamento do prazo para o cumprimento das suas obrigações. Naquela oportunidade, dentre outras questões suscitadas pela Concessionária, apontou-se para ausência de crédito público e privado – tendo em vista o contexto de crise do país –, bem como a sua iminente insolvência. O pedido foi afastado pela AGU, que, além de destacar os constantes descumprimentos contratuais por parte da Concessionária, apontou para “a ausência de amparo legal para o adiamento das obrigações”. Hoje, esse contrato teve sua Caducidade declarada pelo Governo Federal. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/pareceres>. Acesso em: 10 mar. 2018. Oportuno esclarecer nesse ponto que a menção ao Parecer exarado pela AGU não significa a realização de qualquer juízo de valor acerca do resultado jurídico alcançado. Com efeito, seria imprudente fazer esse tipo de avaliação sem considerar a realidade do processo administrativo, isto é, o que foi objeto de alegação e prova nos autos. Nesses termos, a menção ao parecer pretende apenas ilustrar a crise como argumento de mutação contratual.

jurisprudência e a literatura se viram diante da necessidade de justificar essa medida. E o fizeram por meio da identificação de um suposto caráter intrinsecamente público⁶⁹.

A artificialidade dessa formação, apesar de poder ser percebida pela profusão de critérios criados — e já apontados acima — para fundamentar a especialidade desses contratos, parece ter sido esquecida com o passar do tempo. Ao tratar do contrato qualificadamente administrativo, não se costuma acentuar que, em primeiro lugar veio a autonomia processual, para, só depois, se construir a especialidade desses ajustes⁷⁰.

Esquece-se, assim, que a distinção original era meramente formal. Apenas posteriormente se introduziu uma diferença substancial (e não natural), que acabou servindo para justificar não apenas a submissão à jurisdição administrativa, mas a possibilidade da Administração se valer da sua supremacia nas relações contratuais. Maria João Estorninho⁷¹ é enfática sobre a origem desses contratos e, além de apontar para o fato de que a sequência cronológica real desses ajustes foi a autonomização processual seguida da autonomização substantiva, afirmou que:

O contrato administrativo não foi o tal ‘sinal da modernidade’ mas sim, pelo contrário, uma ‘invenção’ da doutrina francesa para encobrir o recurso pela Administração à técnicas autoritárias, em áreas onde lhe costumava ser vedado. O contrato administrativo surgiu quando a Administração começou a sentir-se ‘espartilhada’ nos esquemas contratuais rígidos do Direito Privado, nos quais não podia mover-se a seu bel-prazer nem podia, nomeadamente, alterar as cláusulas ao sabor das variações do interesse público. Punha-se, assim, fora de questão que tais problemas pudessem continuar a ser resolvidos nos termos tradicionais do Direito Privado. No entanto, também repugnava que à Administração fosse permitido, em tais casos, o recurso à solução unilateral e autoritária. Por estas duas razões, a única solução possível foi a da criação do ‘expediente’ do contrato administrativo que, sob a forma contratual, escondia uma realidade na qual Administração poderia, em última instância, recorrer às suas prerrogativas.

⁶⁹ Não se pode deixar de lembrar nesse ponto, outra questão pragmática que impulsionou essa construção. As amarras iniciais de um Direito Civil — ao qual se submetiam os pactos da Administração —, pautado pela máxima da *pacta sunt servanda*, foram essenciais na formação desse direito excepcional.

⁷⁰ A lógica dedutiva, mas artificial, da natureza dos contratos públicos foi traduzida com precisão por José Guilherme Giacomuzzi: “o interesse geral deve prevalecer sobre o interesse privado; o Estado deve submeter-se ao direito público (ao direito administrativo, ao contrato administrativo), o qual é de ser aplicado por juízes e Tribunais especiais. Daí segue o seguinte raciocínio dedutivo: a filosofia da supremacia do interesse público predomina no direito público; essa filosofia é intimamente ligada à dicotomia ‘direito público versus direito privado’; os contratos administrativos, na medida em que são públicos, e não privados, devem ser interpretados segundo o mesmo princípio.”. GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. Supremacia do Interesse público “versus” igualdade. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 140-141.

⁷¹ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 44.

Todo o esforço feito até o momento de retorno à origem da construção da teoria do contrato público tem, então, uma razão de ser: legitimar a nova perspectiva que se pretende lançar sobre os contratos administrativos. O objetivo é deixar claro que as prerrogativas da Administração não são inerentes ao contrato, não decorrem naturalmente do ajuste firmado com o particular.

Esclareça-se, diante dessa premissa, que a intenção não é flertar com a fase de negação desses ajustes e afirmar que a Administração está, em qualquer circunstância, em situação de igualdade plena e irrestrita com o particular.

Essa realidade sequer é uma verdade no âmbito dos contratos firmados por particulares e regidos integralmente pelo Direito privado⁷². O reconhecimento de direitos fundamentais e os influxos constitucionais também exigiram uma reformulação dos institutos privados⁷³. Atualmente, o contrato deixa de ser interpretado apenas sob a perspectiva da autonomia da vontade, da igualdade entre as partes e da vinculação restrita aos seus participantes, e passa a exigir uma análise sob o ponto de vista da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico-financeiro e da sua função social⁷⁴.

⁷² Hoje, o desequilíbrio das partes é reconhecido, inclusive, entre contratantes privados. É o caso, por exemplo, dos consumidores, que ocupam, desde o advento da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do consumidor) posição assimétrica em relação aos fornecedores.

⁷³ Ao tratar dos efeitos do neoconstitucionalismo que se desenvolveu a partir da segunda metade do Século XX, e o consequente reconhecimento da força normativa da Constituição, Luís Roberto Barroso apontou que “para os particulares, [a constitucionalização] estabelece limitações a sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso de propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais”. Esse conteúdo material e axiológico não se irradiou apenas para o Direito privado, ainda de acordo com o autor “a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais”. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 32-56. Essa repercussão do direito constitucional tanto em âmbito privado como no público esclarecem a razão pela qual, linhas a frente se apontará para uma inevitável aproximação entre o Direito Público e o Direito Privado.

⁷⁴ Sobre a alteração dos paradigmas da contratação no âmbito civil, assim se pronunciou Gustavo Tepedino: “O contexto axiológico no qual se insere o Código Civil, a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual. Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos. A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, CC/2002), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, CC/2002). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros, ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato. (...) O princípio da boa-fé funciona como o elo entre o direito contratual e os princípios

O desenvolvimento do Estado Regulador⁷⁵ também tem papel fundamental nessa mudança de paradigma. As normas regulatórias se projetam cada vez mais na esfera da autonomia privada e a liberdade contratual vem sendo objeto dessa regulação. Jorge Alves Correia e Ana Carolina da Costa apontam para a acentuação da “publicização do direito privado” em razão da atuação regulatória do Estado sobre as atividades econômicas⁷⁶.

De acordo com os referidos autores, “atuando a regulação pública sobre o mercado e constituindo o contrato de direito privado o instrumento por excelência (*par excellence*) do contacto jurídico entre os atores do mercado (*rectius*, entre as empresas e entre estas e os consumidores) – o ‘motor do direito obrigacional’, que vincula uma pluralidade de

constitucionais. Atribuem-se-lhe, do ponto de vista técnico, três funções principais: (a) função interpretativa dos contratos; (b) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (c) função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial. TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula “to the best knowledge of the sellers”. In: TEPEDINO, Gustavo. **Relações obrigacionais e contratos**. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 428. Ora, claramente, os princípios que informam esse “novo contrato privado” se adequam ao que se espera, hoje, da atuação administrativa. Daí a inegável aproximação entre os regimes.

⁷⁵ Estado Regulador aqui entendido como Estado administrativo, decorrente da reorganização das tarefas públicas do último quarto do século XX, por meio do qual abdica de prestar serviços, mas não se abstém como o Estado liberal. Nas claras lições de Paulo Augusto de Oliveira, “O Estado, até então executor dos serviços públicos, passa a exercer, primordialmente, a função de regulador da economia, encarregando-se pelo bom funcionamento do mercado, bem como, pela correção das suas falhas. O Estado Regulador e Garantidor surge, assim, como um modelo estatal intermediário, alternativo aos dois modelos anteriormente vivenciados – Liberal (*Minimalstaat*) e Social (*Maximalstaat*). Uma espécie de ‘terceira via’, em que não atua, via de regra, diretamente na atividade econômica, mas também não se abstém por total desse cenário. Porta-se, assim, como garantidor de certos fins de interesse público”, inclusive interferindo nos contratos privados. OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 3, n. 1, p. 163-183, 2016. p. 165. Disponível em: www.revistas-usp.br/rdda. Acesso em: 17 abr. 2018. Veja-se que o autor fala em “primordialmente” a denotar, como já adiantado na introdução desse trabalho, que esse modelo não suplanta os demais, trata-se de um Estado multifacetado.

⁷⁶ CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia de vontade no direito contratual. **Revista Brasileira de Direito Público – RDP**. Belo Horizonte: a. 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016. p. 75. No mesmo sentido Pedro Gonçalves, para quem: “Passou-se, pois, a uma fase de regulação pública do contrato privado ou, de uma forma mais genérica, a um estágio de publicização do direito privado. Levantava-se a clássica imunidade do direito e do contrato privado à intromissão da regulação do Estado e iniciava-se no terreno um combate às múltiplas deficiências e debilidades de um sistema que se mostrava confortável com o princípio da desnecessidade da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos nas relações que se processam entre si. (...) Nesse processo de regulação pública do contrato privado, o papel decisivo coube, como se sabe, ao legislador, responsável pela definição (heterónoma) de proibições, restrições e limites às liberdades contratuais (restrições e limites que tocam a celebração e, ou a definição do conteúdo regulador dos contratos). Mas a referida tarefa não coube exclusivamente ao legislador; na verdade, limites e restrições de várias ordens à autonomia contratual dos sujeitos privados surgiram também em regulamentos administrativos. Por força desta interferência, o objecto do contrato entre privados vê-se determinado, «in via regulativa», por autoridades com competências técnicas e funções administrativas. GONÇALVES, Pedro António P. Regulação Administrativa e contrato. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia**. MIRANDA, Jorge (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, v. II, 987-1023. p. 998, 2010.

atores privados —, não surpreende que a instituição contratual se veja transformada num objeto privilegiado da atividade pública regulatória” que passa a subordiná-la, por exemplo, às normas de direito público e aos princípios e regras de justiça social⁷⁷.

Por isso, não soa incoerente quando vozes na doutrina se levantam defendendo uma aproximação entre o Direito público e o privado⁷⁸, ou, mais especificamente, entre os contratos privados da Administração Pública e os contratos administrativos⁷⁹. De fato, uma vez afastada a premissa da natureza pública de determinados contratos, o que se tem,

⁷⁷ CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia de vontade no direito contratual. **Revista Brasileira de Direito Público – RDP**. Belo Horizonte: a. 14, n. 52, p. 75-95, jan./mar. 2016. p. 76.

Para ser mais exata, apesar de focarem na influência pública sobre o privado, os autores identificam a existência de fluxos recíprocos entre o Direito Público e o Direito Privado. “Nos outputs, verificamos que o sistema privado exporta a sua regulamentação jurídica para o sistema público, nas formas de privatização das entidades administrativas e no direito regulador, ao ponto de hoje falar-se, inclusive, num ‘direito administrativo privado’. Nos inputs, destacamos os valores e princípios de justiça social, a teia de normas de direito público e de normas regulatórias.”. Registre-se, contudo, o alerta feito pelos mesmos autores para o excesso de regulação na atividade privada, exigindo-se, inclusive, análise econômica de custos e benefícios e a avaliação das consequências quando do desenvolvimento das normas regulatórias.

⁷⁸ Sobre o tema, assim se manifestou Odete Medauar, “sem dúvida as dicotomias apresentam utilidade para fins didáticos, de estudos e discussão. Mas, como bem assinala a doutrina administrativista contemporânea e já notava Eisenmann na década de 50 do século XX, não se apresentam hoje como polos opostos, contrários, separados rigidamente. Nos primórdios do Século XXI registram-se inúmeros fluxos, intercâmbios, conexões e zonas cinzentas entre público e privado, entre o Direito Público e o Direito Privado. Tanto existe a privatização do público como a publicização do privado, sem significar o enfraquecimento de um ou de outro, mas o convívio, a colaboração acentuada para melhor efetivar os direitos fundamentais e atender as necessidades da população”. MEDAUAR, Odete. Público-Privado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 50. Indo mais além, Floriano de Azevedo Marques aponta para a necessária superação da bipolaridade existente no Direito administrativo como um todo: “público-privado; indivíduo-coletividade; estrutura da Administração-função pública; concentração-limitação do poder; legalidade-discrecionalidade”. Segundo o autor, com base nas lições de Sabino Cassese: “impende reconhecer que o modelo bipolar cede lugar a um modelo multipolar, em que existirão pelo menos três partes na relação administrativa: dois ou mais interesses (públicos) conflitantes, titularizados por distintos privados, e a Administração, portadora de seus próprios interesses e com a atribuição de mediar, compor ou arbitrar estes conflitos. E estas relações multipolares, diz Cassese, não seriam exceção, mas regra. Neste modelo de superação da bipolaridade assumem importância central os instrumentos regulatórios e são cada vez mais presentes ‘contratos complexos, onde em um só negócio formal se acumulam uma pluralidade de objetivos negociais provenientes de mais que duas partes contratantes’.”. Mais adiante, o autor completa, “neste novo paradigma apontado por Cassese se estabelece uma nova relação entre o público e o privado. De tal sorte que ‘em conclusão, Estado e mercado, público e privado’ que vinham considerados mundos separados e em oposição, se apresentam como entidades interpenetradas”. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e a sua superação. In: **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 405-406.

⁷⁹ Nesse sentido alertou Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “a tendência é a relativização da distinção entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, especialmente a partir da releitura das cláusulas exorbitantes e uniformização do regime jurídico, inclusive no Direito Comunitário Europeu.”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 245.

ao fim e ao cabo, é a Administração como parte de uma relação contratual cuja característica “protetiva” aplicada a seu favor pode variar de intensidade.

O contexto atual não admite que a Administração, em todo e qualquer caso, atue de forma a impor a sua posição, independente dos reflexos (na economia, na sociedade e, até mesmo, no parceiro privado) que esse comportamento possa vir a ter. Notadamente no caso das relações objeto desse estudo — complexas e de longo prazo —, fica mais clara a impossibilidade de se definir, desde logo, que ao longo de todos os anos e de todas as circunstâncias concretas, a Administração adotará posição de supremacia em relação ao particular.

A atuação eficiente da Administração, como se verá no decorrer desse trabalho, vai muito além da possibilidade de rever unilateralmente os seus contratos, aplicar sanções ao particular e rescindi-los quando não mais lhe aprouverem. O administrador burocrata e repetidor de normas jurídicas precisa ser substituído por um gestor da coisa pública⁸⁰ que irá levar em consideração: riscos, impacto econômico e a incompletude e mutabilidade de muitas das suas relações.

Portanto, quando tradicionalmente a literatura define contrato administrativo como o ajuste celebrado entre a Administração e o particular, submetido a um regime jurídico próprio em razão do interesse público envolvido, entenda-se interesse público de uma outra forma⁸¹. Não aquela noção fluída trazida pela matriz clássica do século XIX,

⁸⁰ Ao tratar das Parcerias Público-Privadas (PPPs), por exemplo, Kleber Luiz Zanchin assim se pronunciou: “O modelo mental estatizante, calçado no rigor cego da lei e na primazia do interesse público, não tem lugar nas PPPs. Assim, para a disseminação desta figura jurídica, o Estado terá que buscar o equilíbrio entre ser um centro de exercício de poder e um *player* de mercado. Será ao mesmo tempo regulador e regulado. Investidor e *controller* do investimento. Parte obrigada ao cumprimento de determinada obrigação e julgador sobre o adequado adimplemento do contrato. E, por fim, aplicador e, simultaneamente, sujeito, tanto de Direito Público quanto do Direito Privado.”. ZANCHIN, Kleber Luiz. **Contratos públicos e direito privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016. p. 85.

⁸¹ São precisas as lições de Vitor Rhein Schirato e Júlio César Moreira Barboza acerca da necessidade de reformulação da teoria contratual pública e dos seus postulados: “Nesse cenário, a formação de uma teoria dita atual dos contratos administrativos nada mais do que a atualização dos pressupostos do instituto, sujeito ao dinamismo do conceito em que se insere. (...) O ponto que se pretende assentar aqui, portanto, é a impossibilidade de aplicação dessas premissas de maneira uniforme à infinidade de arranjos contratuais existentes atualmente e à luz desses vetores de transformação. E, principalmente, a impossibilidade de se aplicar a teoria dos contratos administrativos despregada de finalidade para as quais se prestaria. Como resultado, pode-se chegar a uma conclusão de que é possível preservar o conceito de que os contratos administrativos mantem, em alguns casos, para determinadas finalidades, cláusulas específicas. Contudo, tais cláusulas são sempre vinculadas a uma finalidade determinada e somente podem ser manejadas dentro de certos quadrantes definidos pelo ordenamento jurídico. SCHIRATO, Vitor Rhein; BARBOZA, Júlio César Moreira. Levando a sério a remuneração dos contratos públicos de longo prazo. *In*: Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 497.

segundo a qual seria interesse público tudo aquilo que a Administração assim entendesse, tampouco a “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”⁸². Mas um interesse público justificável por uma escolha racional da Administração⁸³.

É dizer, não há um interesse público definido indistintamente *a priori* a fundamentar todos os atos da Administração. Existe uma escolha eficiente, pautada na análise dos custos e benefícios envolvidos, e as suas repercussões⁸⁴.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional 92, de 12.07.2016. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-61.

⁸³ Essa questão será aprofundada no próximo capítulo dessa dissertação. Adianta-se, que a reformulação do conceito de “interesse público” tem despertado o debate da doutrina e a busca por um critério para a sua utilização. Gustavo Binembojm, por exemplo, ao afastar a supremacia do interesse público como uma verdade apriorística de interesse geral, propõe a racionalização dos processos de definição dos interesses prevaletentes por meio da ponderação guiada pelo princípio da proporcionalidade. De acordo com o autor “Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito). O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros. Com efeito, a aferição do interesse prevaletente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.”. BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105. Como visto, tal como o autor, defende-se nesse estudo a mesma impossibilidade de se reconhecer uma supremacia, *a priori*, desse interesse. Contudo, aqui se pretende dar um viés econômico à escolha pública, por meio da análise dos custos de transação e consequências de cada opção estatal, de forma a permitir uma escolha eficiente.

⁸⁴ Esse ponto merece, desde já, um esclarecimento. A defesa que aqui se propõe não pretende afastar a Administração dos seus propósitos, notadamente àqueles estabelecidos na Constituição que possuem nítido caráter redistributivo. A intenção é dotar o gestor de racionalidade quando da escolha da política pública, mais especificamente quando da tomada de uma decisão contratual. A lógica econômica, portanto, não afasta esse ideal, apenas justifica a escolha pública. Nesse sentido, são precisos os ensinamentos de Ivo Gico Jr. ao tratar da adequação entre eficiência e justiça “se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i. e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição da outra.”. GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. Em certa medida, a utilização que se pretende dar à eficiência nesse trabalho vai além daquela proposta por Diogo de Figueiredo Moreira, segundo o qual: “resulta daí que, no contexto do *setor privado*, o princípio aponta o *máximo de eficiência possível*, ao passo que no do *setor público*, por força da ponderação que deva ser feita, o princípio aponta, *tout court*, a *eficiência possível* portanto, o modo em que se deve ponderar a *eficiência* no curso de princípios de direito público e o peso que se lhe deva atribuir em relação aos demais princípios concorrentes é que fazem toda a diferença aplicativa”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 561.

E assim, estabelecida a premissa teórica desse trabalho — de que os contratos administrativos não são “naturalmente públicos” —, pretende-se trazer outro enfoque para a questão contratual, especialmente para os ajustes públicos de longo prazo. A começar pela análise da afirmação acrítica de que os contratos administrativos estão sujeitos a um regime jurídico único e geral a que se submete todo e qualquer tipo de ajuste.

1.2. Uma reflexão sobre a unicidade do regime jurídico dos contratos administrativos

A visão corrente acerca dos contratos administrativos, como exposto acima, associa, quase que instintivamente, Administração, interesse público e regime jurídico próprio. A tese geral é a de que esse regime é único e aplicável uniformemente a todo e qualquer ajuste. Propaga-se, assim, a ideia de que há um só regime público com princípios e regras próprios a reger os contratos da Administração.

Essa, aliás, foi a perspectiva adotada pelo ordenamento normativo pátrio, quando, ao definir contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”⁸⁵, os submeteu ao mesmo regime assimétrico estruturado pela *Lei geral* de licitações e contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/1993).

E qual seria o problema dessa afirmação? A necessidade de se conformar as mais diversas situações às soluções jurídicas pré-definidas — nem sempre capazes de assegurar a finalidade pública pretendida no caso concreto — tão somente para seguir a regra geral imposta pelo regime jurídico único a que, aparentemente, se submeteriam todos contratos administrativos.

⁸⁵ Essa é a reprodução do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993 que define, de forma bem ampla o que entende por contrato e consequentemente o seu âmbito de aplicação. Essa definição não se afasta daquela já contida no Decreto-lei nº 2.300/1986, diploma que precedeu a Lei de Licitações, a qual já submetia “os contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações” firmados pela Administração à um regime assimétrico e único (art. 1º).

Se esse entendimento algum dia já foi passível de se verificar na prática, hoje, por muitas razões não é viável⁸⁶. A começar pela descaracterização — explorada no item anterior — de uma suposta natureza pública desses ajustes. Ora, se os contratos firmados pela Administração não possuem a mesma essência, nada impede — na verdade tudo indica — que sejam tratados de forma diversa, segundo suas peculiaridades.

Além disso, a velocidade com que se alteram as condições gerais de contratação e a diversidade das relações a que se submete a Administração Pública⁸⁷ tornam impossível a submissão a um único regime geral. No preciso entendimento de Flávio Amaral Garcia, é complexo uniformizar todas as relações contratuais em um único diploma normativo. Cada contrato tem sua lógica econômica, sendo irreal pretender subjugar toda e qualquer relação contratual às regras rígidas e inflexíveis da Lei 8.666/1993⁸⁸.

Os contratos de parceria de longo prazo, foco do presente trabalho, se amoldam com precisão no que foi dito pelo referido autor. A racionalidade desses ajustes é completamente diversa de outros contratos cujo objeto, algumas vezes, parecem deles se aproximar. É o caso, por exemplo, do contrato de empreitada para a execução de uma obra pública em comparação a uma concessão para execução de uma obra ou para a exploração de um serviço público precedido de obra pública⁸⁹. Embora as finalidades dos

⁸⁶ Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara “A conclusão é que, se algo os juristas e práticos devem pressupor a respeito dos contratos públicos, certamente não é a uniformidade do seu regime quanto a qualquer aspecto. A pesquisa da realidade jurídica mostra justamente o contrário: que os diversos contratos públicos estão, em geral, submetidos a regimes muito heterogêneos.” SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *In*: Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte: a. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013. p. 71.

⁸⁷ Por exemplo: ao mesmo tempo que firma contratos de compra de material, também ajusta a exploração de uma ferrovia ou a prestação de serviços de estruturação e operação de securitização de créditos inadimplidos.

⁸⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 340.

⁸⁹ Cabe destacar que há na doutrina quem não reconheça a existência de concessão de obra pública, ou seja, de uma concessão por meio da qual o particular realizará a obra para a utilização dos usuários sem que também lhe seja transferido um serviço público. Nesse sentido, é o entendimento de Odete Medauar, segundo a qual existem quatro modalidades de concessão, a saber: a de serviço público, a de serviço público precedida de obra pública, a de uso de bem público, a de direito real de uso. Segundo a autora, a concessão de obra pública é sinônimo de concessão de serviço público precedida de obra pública. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 210-211. Para Marçal Justen Filho, contudo, “a exploração pode ser da obra propriamente dita como também de serviços públicos com ela relacionados. Isso fica claro na parte final do referido art. 2º, inc. III (“...mediante a exploração do serviço ou da obra...” - original sem destaque). Logo, é perfeitamente possível que haja concessão exclusiva de obra pública, sem prestação de serviço público propriamente dito.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2008. p. 98. Segundo o autor, a inexistência de previsão de concessão dessa natureza no art. 175 da Constituição Federal não seria suficiente para afastar a hipótese, uma vez

ajustes sejam, em tese, próximas — a execução de uma infraestrutura —, a composição dos contratos difere substancialmente.

A empreitada administrativa, seja por preço unitário ou preço global⁹⁰, prevista pelo art. 6º da Lei nº 8.666/1993, constitui um contrato por meio do qual o particular se compromete a realizar uma obra ou serviço de engenharia e o Poder Público arca com a sua remuneração. Nessa hipótese, portanto, o contratante não dispense vultosos investimentos iniciais — no máximo suportará o valor dos materiais — e receberá sua contrapartida diretamente do Poder Público. A duração desse ajuste está intimamente relacionada com o seu escopo, é dizer, determina-se o prazo da relação contratual pelo tempo necessário para a realização da obra.

Imagine-se que a Administração Pública tenha contratado, por meio de empreitada, a realização de um túnel. Durante a execução da obra, verifica-se a necessidade de realizar ajustes quantitativos (ou seja, haverá de se modificar o contrato inicialmente firmado com o particular). Na ocorrência desse tipo de alteração, a primeira questão que se coloca é o exame da adequação aos limites estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993 às modificações impostas unilateralmente pela Administração⁹¹.

que não há necessidade de autorização constitucional para adoção dessas figuras. A própria Lei nº 8.987/1995 teria previsto de forma ampla serviços e obras a fim de contemplar essa modalidade. Também admitem a figura da concessão de obra pública. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 247-255; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 139-149.

⁹⁰ Em síntese apertada, a empreitada por preço global é aquela contratada por preço certo e total, enquanto na empreitada por preço unitário o preço é fixado por unidades determinadas, como, por exemplo, metro de área construída. A adoção de cada modalidade depende das especificidades do objeto contrato. A tratar da questão, o Tribunal de contas da União, por meio Acórdão AC-1977-28/13-P, uniformizou o seu no sentido de que “a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;”. Nessa mesma oportunidade, o Tribunal decidiu que, excepcionalmente, a empreitada por preço global admite a realização de termo aditivo, nos termos mencionados no acordo, para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

⁹¹ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: (...) b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei. (...) § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”.

O segundo ponto, consequência direta do primeiro, é a verificação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ser respeitado em atenção ao sinalagma original que motivou o acordo de vontades⁹². Nesses ajustes, o “equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração”⁹³, ou seja, estará restabelecido quando a variação decorrente da mudança passe a integrar a remuneração a ser paga pela Administração. Não há receitas alternativas que possam ser consideradas para o reequilíbrio, nem mesmo o prazo funciona como instrumento nessa equação. Considera-se apenas a correspondência entre a obrigação de dar do contratado e a de pagar do Poder Público.

Completamente distinta é a racionalidade econômica de uma concessão. No caso de o Poder Público firmar um contrato dessa natureza, eventuais alterações e suas consequências terão de considerar fatores bem diversos daqueles apontados nas linhas acima. A começar pelo inevitável reconhecimento de que esses são contratos de investimentos (de longa maturação), nos quais os particulares fazem considerável aporte financeiro no início da execução contratual e a projeção de retorno envolve mais do que o pagamento pela execução do objeto, incluindo, também, a remuneração pelo capital investido em razão do risco assumido.

Assim, diversamente da realidade do contrato de empreitada, os valores dispendidos na concessão são do contratado (considerando-se também os investidores), o prazo é fator determinante da equação — já que deve ser estabelecido de acordo com a amortização do investimento e da exploração da utilidade para obtenção de lucro — e a remuneração não advém (em regra) do orçamento público, mas de outras fontes, como as tarifas.

Nesta ordem de ideias, admitindo-se que a Administração pretenda promover alterações⁹⁴ em um contrato de concessão para a construção, manutenção e expansão da malha rodoviária — por exemplo, a ampliação da praça de pedágio ou a criação de novas “alças” para a via — é necessário indagar: aplicam-se os limites da Lei *geral* de licitações

⁹² “Art. 65. (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”.

⁹³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 227: 105-109, jan./mar. 2002. p. 107.

⁹⁴ Aliás, considerando que esses contratos são de execução diferida no tempo, perdurando por vinte, trinta e cinco anos, as alterações são características naturais desses ajustes. A mutabilidade, como se verá em momento próprio, é essencial para esse tipo de parceria. Não por outro motivo, torna-se ainda mais relevante o estudo do arcabouço jurídico ligado à essas alterações, bem como o impacto ao equilíbrio econômico financeiro que possam vir a ter.

e contratos a esses ajustes? É dizer, a lógica jurídico aplicável a um contrato de desembolso se aplica necessariamente ao contrato de investimento?

A diploma normativo geral das concessões não confere uma resposta definitiva sobre a questão. Com efeito, o art. 9º da Lei nº 8.987/1995 determina que, “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. A Lei nº 8.666/1993, por sua vez, afirma a sua própria aplicação na ausência de conflito com as normas da lei de concessões⁹⁵. Seria aplicável, então, em nome de um suposto regime único, a sistemática geral das alterações unilaterais à concessão?

A lógica desses ajustes aponta para uma resposta negativa. A começar pelo prazo diferido das concessões. No decorrer da sua execução — vinte, trinta, quarenta anos — é natural (até mesmo esperado) o advento de circunstâncias que irão demandar a sua modificação. Assim, torna-se inviável a aplicação de limites percentuais rígidos a essas alterações, sob pena de engessar as relações, tornando-as obsoletas e inexecutáveis.

Mas não é só isso. Outro fator determinante para afastar a aplicabilidade desses limites gerais decorre da sua própria racionalidade dinâmica. Esses ajustes são complexos e envolvem fluxo de despesas e receitas variáveis ao longo do tempo. Os investimentos não correspondem imediatamente à remuneração. Como já antecipado, o concessionário faz aportes vultosos em um primeiro momento, projetando a amortização no decorrer da exploração de acordo com uma previsão demanda. A receita, que é estimada e advém dos utentes, integra o próprio risco do contratado.

Assim, como não se aplica a lógica binária de execução de uma atividade por uma das partes e a remuneração correspondente pela outra, a aplicação do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 esbarraria na própria definição de qual seria o “valor inicial atualizado” das concessões. É o que explica com clareza, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto⁹⁶:

O contrato de concessão não gera, em regra, dispêndios - pagamentos - para o Poder Público. Por vezes importa na aferição de receitas. O preço previsto no contrato nada mais é que uma projeção de variação presumível e plausível. Os riscos do negócio são assumidos, nas lindes previstas no contrato, pelo concessionário. Posto isso, temos que reconhecer que, à diferença do que ocorre com os contratos normais de empreitada, não se põe lícito estabelecer limites em função do valor apostado na contratação. Sendo assim, firmo minha

⁹⁵ “Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto”.

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Alteração em contrato de concessão rodoviária. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 44/2002. p. 203-220. maio/Jun. 2002. p. 211.

convicção no sentido de que para os contratos de concessão não são aplicáveis os limites de alteração previstos no art. 65, § 1.º, da Lei 8.666/93, pois que na espécie: i) não calha falar de acréscimo de serviços; ii) é impróprio estatuir como referência o ‘valor inicial atualizado do contrato’, pois na concessão tal valor nada mais é do que uma projeção do que poderá vir a ser auferido pela concessionária ao longo do prazo de concessão; e por fim iii) a margem de variação intrínseca ao regime de remuneração do concessionário - tarifas cobradas diretamente dos usuários - impede a adoção do valor contratual como referência para o que quer que seja.

Se é certo que os regimes se afastam com relação à aplicação de limitações percentuais ao ajuste⁹⁷⁻⁹⁸, o mesmo pode ser dito com relação à equação do equilíbrio econômico-financeiro. O equilíbrio da empreitada irá se materializar pela ideia da balança, isto é, aquilo que um produz, deve ser remunerado pelo outro. Já o equilíbrio das concessões envolve variáveis muito mais amplas, como, por exemplo, projeções acerca da Taxa interna de Retorno (TIR), Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou Valor Presente Líquido (VPL), valor da tarifa e prazo da exploração⁹⁹.

⁹⁷ Veja-se que a não imposição de um limite percentual não implica a inexistência de qualquer exigência quando da alteração dos contratos de concessão. Como bem explicita Luis Roberto Barroso, “no âmbito dos contratos de concessão, é possível afirmar que às alterações qualitativas e às qualitativas com repercussões quantitativas, aplicam-se todas as exigências acima – preservação do equilíbrio econômico-financeiro, motivação e demonstração de inexigibilidade de licitação autônoma da alteração.”. BARROSO, Luis Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviárias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: v. 4, nº 15, p. 99-129, jul./set. 2006. p. 121. Discorda-se do autor, contudo, quando defende que os limites estabelecidos pelo art. 65 da Lei 8.666/1993 deveriam funcionar como uma diretriz geral, ainda que possam ser superados. Os argumentos já expostos acima caminham para absoluta inaplicabilidade desses limites, ainda que como indicadores gerais, às concessões.

⁹⁸ Interessante notar que os estritos limites da Lei nº 8.666/1993 foram afastados dos contratos qualificados como parcerias pela Lei nº 13.334/2016. Trata-se de previsão expressa do art. 22, da Lei 13.448/2017, a qual complementou a lei anterior. Segundo o dispositivo: “As alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”. Sobre o tema, ver item 1.2.1 desse trabalho.

⁹⁹ Demonstrando com precisão essa distinção, assim se manifestou Egon Bockmann Moreira: “Também é preciso insistir em que os projetos concessionários envolvem investimentos de longa maturação: não há contrapartida imediata ao significativo aporte de capitais por parte do empreendedor, mas sim a projeção equilibrada referente às receitas, despesas e lucros. Uma coisa é o singelo contrato de empreitada, com dois anos de duração, preço e equilíbrio econômico-financeiro fechados (cuja (re)composição circunscreve-se às tradicionais áleas ordinária e extraordinária). Outra realidade, completamente diferente e muitíssimo mais complexa existe num contrato de concessão com vultoso aporte de recursos e projeções estatísticas para mais de duas décadas, no qual o concessionário competirá em mercados locais, nacionais, comunitários e até mesmo globais. Mais ainda, é certo que que o longo prazo do projeto o fará experimentar reveses positivos e negativos oriundos das próprias necessidades econômicas do setor (e daqueles a eles circundantes)”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40-41. O mesmo autor, em outra oportunidade, completou “nesses tipos contratuais [de longo prazo], a figura da balança é inadequada, pois existe um negócio firmado entre concedente e concessionário que se destina à eficiência de outros contratos, fragmentados e espalhados no tempo, celebrados com todos e com cada um dos usuários (isso sem falar nos contratos de empréstimos financeiros, de empreitada de obra, de pessoal, de tecnologia de informação, etc.). Não estamos analisando uma relação jurídica bilateral desenvolvida no tempo presente, mas sim estamos diante de

Merece destaque, ainda, o fato de que estes são contratos que vivenciam um constante paradoxo. De um lado, requerem a segurança jurídica refletida na estabilidade das suas disposições para permitir uma execução diferida no tempo. De outro, convivem com a realidade de que para sobreviver por todos esses anos, precisarão sofrer mutações. As premissas econômicas, financeiras e sociais desses ajustes não se mantêm estáticas ao longo do tempo¹⁰⁰.

Portanto, não se afigura possível fornecer uma única resposta geral para situações substancialmente diversas e que reclamam ponderações jurídicas também diferenciadas. Aliás, nem mesmo as concessões deveriam se submeter a um único regime jurídico¹⁰¹. O exemplo utilizado para demonstrar a distinção entre concessão e empreitada, também pode ser usado para ilustrar a existência da concessão enquanto gênero que comporta diferentes espécies e, conseqüentemente, regimes distintos.

De fato, quando a Administração realiza parceria com o particular, por meio de concessão, para a recuperação, melhoria, manutenção e expansão da malha rodoviária, realiza negócio jurídico bilateral e convencional para a exploração de uma utilidade pública. Trata-se, assim, de uma concessão entendida como gênero. A depender da interpretação que se faz do negócio, contudo, é possível que se conclua pela existência de uma concessão de serviço público (exploração da atividade em si pelo particular) ou uma concessão de bem público (exploração de um ativo de titularidade do Poder Público pelo particular)¹⁰².

um negócio bilateral (Administração-particular), que dá origem a um universo de relações multipolares, presentes e futuras. Assim, se balança houver, ela tem muitos pratos, de diferentes tamanhos e perspectivas, muitos deles presentes e outros tantos futuros. MOREIRA, Egon Bockmann. Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo. In: **Revista Zênite – informativo de licitações e contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, n. 240, p. 109-117, fev. 2014. p. 115.

¹⁰⁰ A questão da mutabilidade dos contratos de longo prazo e a sua incompletude serão exploradas de forma mais detida no item 2.3 da presente dissertação.

¹⁰¹ Essa é a conclusão a que chegou o autor português, Pedro Gonçalves, o qual, diante da existência de concessões com objetos diversos defendeu que “do ponto de vista jurídico-normativo, não existe, afinal, um conceito unitário de concessão; isto é, não pode conceber-se ‘um’ regime jurídico da concessão da concessão administrativa, já que há diferenças essenciais entre as concessões de utilização privativa de bens, e as concessões de atividades públicas, não sendo de menor monta as diferenças entre as concessões constitutivas de atividades públicas e as concessões translativas com o mesmo objeto.”. O autor, contudo, entende que “o facto de não poder conceber-se um regime jurídico único, igual para todas as espécies de concessões administrativas não exclui que haja um regime comum para a todas elas.”. GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 60-61.

¹⁰² Para Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, o que deve ser observado pelo intérprete é a natureza da atividade pública cuja exploração é concedida ao particular. “Se a comodidade fruível pela coletividade (o objeto da concessão) é uma atividade humana, definida em lei como de relevância tal que o Poder Público assume o ônus de garantir sua disponibilidade contínua e universal à coletividade, temos a concessão de um serviço público. Se, doutro modo, cuida-se a comodidade de um bem público (ou seja, se é o bem de domínio do Poder Público disponibilizado que dá margem econômica à

A discussão acerca das razões para se enquadrar a parceria nessa ou naquela modalidade de concessão fugiriam ao escopo do presente trabalho¹⁰³. Todavia, merece destaque a consequência dessa escolha: o regime jurídico aplicável.

Se considerada como concessão de serviço público, essas relações estão sujeitas à responsabilidade objetiva do concessionário (art. 37, §6º, da Constituição Federal), à normativa de proteção e defesa dos direitos dos usuários (Lei nº 13.460/2017), à modicidade tarifária, à adequação do serviço prestado, ou seja, basicamente a todo um regramento específico referente ao serviço público. Entendida como concessão de bem público, por sua vez, a relação ganha novos contornos, mais apropriados a um vínculo envolvendo a exploração econômica de um bem. O preço, por exemplo, será cobrado em razão da utilidade realizada e não pelo serviço público prestado e a proteção do utente será diversa daquela conferida ao usuário do serviço público.

É preciso reconhecer, portanto, que a existência de diferenças substanciais entre as parcerias reclama a ponderação quando da aplicação de determinado regime jurídico, sob pena de ser inócua essa aplicação, ou pior, indevida.

Note-se que nem mesmo a edição de diplomas legais especiais — como a Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões de serviço público¹⁰⁴ — foi capaz de trazer modificações significativas na relação de dependência que se mantém com um suposto

exploração concedida), é de concessão de bem público que se trata.”. Nesses termos, o autor considera que a concessão da exploração da malha rodoviária se configuraria concessão de bem público. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Cobrança pelo acesso a rodovias para exploração de atividade Econômica. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 43/2002. p. 137-170. mar./abr. 2002. p. 140. Para Egon Bockmann Moreira, todavia, a concessão rodoviária pé exemplo de concessão de serviço público precedido de obra pública. Segundo o autor “Por fim, na concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, o que se tem é a necessidade de o concessionário implementar uma obra (construção, reforma etc.) que sirva de base física à gestão do serviço público a ser por ele executado (sozinho ou em concorrência com terceiros).(...) Por exemplo, a construção de terminal ferroviário e sua futura gestão; a instalação de rede de água tratada com sistemas de fornecimento e georreferenciamento, sucedida pela respectiva exploração econômica; a construção de um aeroporto e sua operação; a construção e/ou recuperação de uma rodovia conjugada com a gestão de serviços de manutenção viária, engenharia de tráfego, sistemas de controle e inspeção, balanças de pesagem, guinchamento, resgate paramédico e atendimento pré-hospitalar”. Ainda de acordo com autor, não se trata de uma concessão de bem público, uma vez que não entende factível a concessão do “bem” rodovia apartada das atividades que configuram serviço público. MOREIRA, Egon Bockmann. A concessão de serviços públicos e os direitos reais administrativos. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 5. p. 285-301. nov. 2012. p. 287.

¹⁰³ Para uma análise pormenorizada de cada posição, que inclui a defesa de uma terceira modalidade a “concessão de obra pública”, ver: FREITAS, Rafael Veras. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁰⁴ Em razão da dificuldade política de se promover uma profunda alteração na Lei nº 8.666/1993, o Governo tem optado pela criação de diplomas legais próprios. Outros exemplos de regimes especiais, os quais, contudo, não se prestaram a endereçar o modo de superar o problema da unicidade, são: a Lei nº 11.079/2005, a qual disciplina as Parcerias Público-Privadas e a Lei nº 9.637/1998, que disciplina o contrato de gestão com organizações sociais.

regime jurídico único. A uma, porque esses diplomas (tanto quanto à Lei *geral* de licitações e contratos) tendem a reunir ajustes com objetos diversos sob a mesma disciplina jurídica, o que lhes torna passíveis da mesma crítica unificadora¹⁰⁵. A duas, pelo fato de remeterem as relações contratuais que regulam, de uma forma ou de outra, à disciplina da Lei nº 8.666/1993, seja para o suprimento de eventuais lacunas, seja como instrumento de interpretação das suas próprias disposições.

É preciso que fique claro, contudo, que a aplicação do regime tem a ver com a racionalidade do ajuste. Há, sim, um regime geral estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 para as contratações públicas — que, aliás, reconhece a edição de regimes especiais. Contudo, o arcabouço jurídico estabelecido pela referida lei é mais voltado para uma visão imperativa e de atuação unilateral administrativa, que tem a ver com a lógica dos ajustes que regula. Diversa é a racionalidade, por exemplo, das parcerias complexas e de longo prazo. A elas, por sua vez, o regime geral só será aplicado pontualmente e se houver compatibilidade lógica, do contrário, ainda que haja lacuna do regime especial, não será utilizado¹⁰⁶.

Deve existir, assim, uma convivência harmônica entre os regimes, de modo que o geral não se aplique indistintamente e o especial não reste subjugado ao geral. A crítica feita por Rafael Vêras de Freitas à interpretação diversa é contundente¹⁰⁷:

Esse vezo doutrinário e legislativo, para o que aqui importa, tem por consequência prática ser contrário às inovações carreadas pela lógica dos contratos de concessão. É dizer, boa parte da malversada interpretação destes ajustes pressupõe a existência de um embate entre a Lei nº 8.666/1993 (que traria esse regime jurídico único) e a lei nº 8.987/1995. Aquela seria ‘boa’; esta, ‘má’. Trata-se de um conflito imaginário; inexistente. E isso pelo simples fato de que tais diplomas cuidam de modelos contratuais absolutamente diferentes, razão pela qual devem conviver de forma paralela e pontualmente subsidiária, sem que um subverta a lógica do outro. Isto porque, o grande perigo de se mesclar o regime da Lei 8.666/93 e aquele do contrato de concessão é, pois, exagerar na dose e acabar esvaziando a concessão,

¹⁰⁵ É o que ocorre ao se tentar interpretar toda e qualquer concessão sob a perspectiva da Lei nº 8.987/1995, fato já abordado e refutado linhas acima. São incompatíveis sob a mesma perspectiva uma concessão envolvendo serviço público e outra a delegação de uma atividade econômica. As premissas são distintas.

¹⁰⁶ Importante destacar que existem duas possíveis acepções para o que se entende como regime geral ou especial. É possível eu a lei seja subjetivamente/verticalmente geral, isto é, aplicável a todos os entes da federação, mas seja especial com relação àquilo que regula. A lei nº 8.987/1995, por exemplo, é subjetivamente geral, mas especial em termos do seu âmbito de regulação. O PPI, como se verá adiante, é especial tanto subjetivamente — aplica-se apenas à União — como na sua aplicação.

¹⁰⁷ FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF. Belo Horizonte: a. 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016. p. 79.

transmutando-a numa prestação de serviços que, se assim o for, deveria acompanhar *in totum* o modelo tradicional.

A necessidade de conformação de toda e qualquer situação a um mesmo regime geral parece ser a verdadeira sina do Direito Administrativo brasileiro¹⁰⁸. Fala-se em “interpretação sistemática”, em “conciliação” entre as normas jurídicas existentes, tudo a justificar a aplicação das mesmas regras, ou pelo menos a sua exegese, para relações completamente distintas¹⁰⁹.

E, se mesmo após tantos exemplos, ainda persista dúvida acerca da necessidade de superação da premissa anacrônica do regime jurídico único dos contratos públicos, o desenvolvimento do Estado Regulador funciona como mais um argumento desafiador dessa premissa. De fato, se adotado o conceito de regulação como função estatal voltada à intervenção no domínio econômico para garantia do equilíbrio do sistema regulado com

¹⁰⁸ Na verdade, essa parece ser a sina do Direito Administrativo que tem bases no Direito francês. Essa crítica também foi feita por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez, ao tratar do Direito espanhol e a herança da doutrina do serviço público francês. Segundo os autores: “*Hablar de un régimen jurídico específico de los contratos administrativos sólo es posible, en sede doctrinal, sobre la base de una serie de generalizaciones sucesivas. Un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos no ha existido nunca, ni existe tampoco en la actualidad. (...) Esto supuesto, resulta obvia la imposibilidad de definir un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos, así como la necesidad de admitir la existencia de tantos regímenes singulares como contratos celebra la Administración en el ámbito de su giro o tráfico específico*.”. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2005. p. 708-709.

¹⁰⁹ Exemplo claro sobre a constante necessidade de “conciliação” entre os regimes especiais e o regime geral estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 pode ser verificado no Acórdão nº 604/2018 do Plenário do Tribunal de Contas da União. Nessa oportunidade, estava em discussão a extensão do art. 32, da Lei nº 9.074/1995, segundo o qual admite que as empresas estatais celebrem pré-contratos com terceiros com dispensa de licitação quando forem participar de algum certame. A medida visa, portanto, assegurar flexibilidade às estatais para que estas possam concorrer em igualdades de condições com os particulares quando estiverem participando de um procedimento licitatório. A despeito da *ratio* do dispositivo, ou seja, de estabelecer uma regra licitatória diversa daquela existente no regime geral, a fim de assegurar a essas empresas condições de concorrência com as empresas privadas, o TCU, no referido acórdão, entendeu que “as dispensas de licitação regidas pelo art. 32 da Lei 9.074/1995 devem observar as disposições da Lei 8.666/1993”. Assim, rejeitando a própria razão de ser do dispositivo, o órgão de controle aplicou o regime geral para uma situação peculiar.

vistas à satisfação de finalidade pública¹¹⁰, o seu exercício, muitas vezes, não será compatível com o regime hermético e verticalizado previsto pela Lei nº 8.666/1993¹¹¹.

É preciso reconhecer que, se a regulação vai atuar de modo a endereçar falhas, propor soluções neutras e objetivas, sistemicamente preocupadas e voltadas ao resultado eficiente¹¹², seria incoerente não admitir que se está diante de um regime jurídico diverso. A intervenção de uma Agência Reguladora em um contrato complexo como o de concessão, não pode estar limitada aos mesmos moldes que os contratos administrativos clássicos de obras, serviços ou compras.

A perspectiva adotada por esses agentes independentes precisará ser outra. A função ora exercida não se desenvolve com base na certeza da supremacia de uma das partes, nem na verdade absoluta de um regime assimétrico. As soluções nesse campo dependem de modelos flexíveis que reconheçam a análise de resultados, ponderação entre custo e benefícios e consensualidade.

Tome-se como hipótese um pedido de alienação do controle societário de uma concessionária, ou mesmo o pedido de dilação de prazo como forma de repactuação do ajuste. Interpretá-los sob a perspectiva da Lei nº 8.666/1993 — ou seja, considerar

¹¹⁰ A palavra regulação possui diversas acepções, não apenas sob o ponto de vista etimológico, mas também quando se está diante da sua delimitação no âmbito jurídico. Enfrentando essa questão, Vital Moreira traçou três concepções para a regulação “(a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação, por outras formas que não a participação directa na atividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).” Para o autor, a segunda acepção é a mais utilizada, sendo que o essencial nesse conceito é entender que regulação visa alterar o comportamento dos agentes económicos em relação ao que eles teriam se não houvesse regulação, isto é, se estivessem submetidos apenas ao mercado. MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35-36. Nessa ordem de ideias, aqui adota-se o conceito de regulação desenvolvido por Sérgio Guerra, segundo o qual “estamos diante de uma nova categoria das escolhas administrativas: a escolha regulatória. Na regulação de atividades económicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar subsistemas regulados, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, tudo com vistas à dignidade da pessoa humana, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade”. GUERRA, Sérgio. **Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 377.

¹¹¹ Aqui entendida tanto como norma aplicada imediatamente aos contratos por ela regulados, como norma interpretativa aplicável subsidiariamente aos demais regimes legais, conforme alertado linhas acima.

¹¹² Na clara lição de Juarez Freitas “A hipótese básica é a de que apenas uma regulação de Estado (não propriamente governativa), com a maior cientificidade disponível, revela-se inteligente e apta a realizar (antes e depois da decisão) adequada avaliação de impactos, de maneira a disciplinar, com eficiência e eficácia, os setores envolvidos, obtendo benefícios líquidos (sociais, ambientais e económicos) aferíveis em horizonte temporal prolongado. FREITAS, Juarez. **Direito da Regulação: avaliação de impactos de longo prazo**. In: **Interesse Público**. v. 89, p. 279-287, 2015.

absoluto o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos, o que poderia resultar na rescisão unilateral pelo Poder Público do ajuste (art. 78, VI e XI c/c art. 79, I); e não reconhecer a prorrogação reequilíbrio por ausência de previsão legal (art. 57) —, resultaria no esvaziamento da função regulatória, caso a manutenção do equilíbrio sistêmico dependesse da preservação da concessão¹¹³.

Há, ainda, os autores que reconhecem o exercício da regulação por meio das próprias disposições do contrato público. Ao definir a estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, compromissos de investimento, a Administração estaria, ao fim e ao cabo, regulando por contrato. Nesses casos, a adoção de um único regime jurídico torna-se ainda mais complexo. Cada relação, sob essa perspectiva, passa a ter uma realidade e uma função diversa da outra, interpretá-las da mesma forma, em todas as situações, seria ilógico.

Ao tratar do tema da regulação por contrato, Flávio Amaral Garcia defende, inclusive, a necessidade de que esses ajustes sejam precedidos de marcos regulatórios próprios, “para a fixação de padrões e critérios que, sem retirar o espaço de conformação discricionária da estratégia contratual, confirmem coerência sistêmica a cada setor.”¹¹⁴. Nessa ordem de ideias, seriam necessários quantos marcos regulatórios fossem a racionalidade das situações reguladas.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, portanto, a unicidade de regime é contrária à noção atual dos contratos públicos, e mais do que isso, contrária à própria mutação que vem sofrendo o Direito Administrativo. Interpretar todos os contratos com base em um regime legal padronizado não fornece soluções — pelo menos não à custa de

¹¹³ Fala-se em esvaziamento da função regulatória, uma vez que a busca do equilíbrio sistêmico é elemento da sua própria definição, como aponta Floriano de Azevedo Marques: “a função regulatória como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses internos ao sistema regulado e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico”. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Funções administrativas do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 512.

¹¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e a incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: a. 3, n. 5. p. 59-83, mar./ago. 2014. p. 63. Nesse ponto cabe destacar que o autor defende a existência de marcos regulatórios para impedir que objetos similares ao serem regulados gozem de tratamento diferente. De todo modo, mesmo sob essa perspectiva, o que se percebe é a defesa do autor de um marco regulatório distinto para cada objeto semelhante e não um único marco para toda e qualquer relação da administração. Sobre o tema dos contratos regulatórios ver: GONÇALVES, Pedro António P. Regulação Administrativa e contrato. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia**. MIRANDA, Jorge (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, v. II, 987-1023. p. 998, 2010.

uma conformação jurídica forçada — para a miríade de hipóteses que surgem no curso da relação contratual¹¹⁵.

Cabe repisar, todavia, que o problema, obviamente, não está na existência de uma lei geral, nem nessa ou naquela lei específica, a questão está em enxergar todas as relações contratuais da Administração sob a mesma lente jurídica: da autoridade administrativa, das prerrogativas públicas e da supremacia de uma das partes. Como pontuou Egon Bockmann Moreira “o Direito Administrativo precisa efetivamente se libertar de fórmulas abstratas construídas no século XIX e início do século XX, próprias para as exigências e racionalidade daquela época”, pois são impróprias para os desafios do presente, como se a compreensão do Direito do futuro fosse determinada, em termos absolutos pelo que se pensou há mais de 100 anos¹¹⁶.

Diante dessa constatação o que se pretende não é, como dito no início deste capítulo, o abandono das previsões legais que tratam dos contratos públicos. Elas são necessárias e trazem segurança tanto para o gestor, como para o contratado. Nem mesmo se pretende afastar de forma completa as prerrogativas da Administração, já que estas, utilizadas com base em parâmetros objetivos, podem ser a resposta para a garantia do interesse geral a ser atendido pelo contrato. A proposta que se faz no presente trabalho, envolve reconhecer que situações diversas — e adversas, como a crise econômica — demandam regimes distintos que não sejam suplantados pelo regime geral.

No caso específico dos contratos de longo prazo, por exemplo, não há espaço para a elaboração de contratos inflexíveis e repetidores das regras legais. Toda essa indefinição quando da sua interpretação se transformam em custos. Forçoso que se desenvolvam regimes capazes de delinear procedimentos que dotem o próprio contrato da flexibilidade necessária para se adaptar às vicissitudes que venham a surgir no curso da sua execução

¹¹⁵ Sobre essa questão, indispensável a colocação de Rafael Vêras: “tal entendimento (a “caixinha”) não se mostra mais adequado para dar conta da realidade subjacente às contratações públicas, seja porque nem todos os contratos administrativos veiculam a prestação de serviços públicos (o que impede a transposição da concepção Francesa tout court), seja porque relações verticalizadas entre o Estado e os administrados não se coadunam com Estados Democráticos de Direitos, seja, ainda, porque o poder público, no exercício das suas mais complexas funções, se vale de diversos módulos contratuais (o que desafia a concepção de um regime jurídico único).” . FREITAS, Rafael Veras de. O que a Análise Econômica do Direito tem a ver com os contratos administrativos? Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/o-que-a-analise-economica-do-direito-tem-a-ver-com-os-contratos-administrativos>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: **Direito Administrativo**: transformações e tendências. MARRARA, Thiago (Org.). São Paulo: Almedina, 2014. p. 515.

e que não se subjuguem, em todas as hipóteses, ao regime geral. Esses regimes, como vistos, precisam conviver paralelamente, e apenas, pontualmente, se tocar.

Sob essa perspectiva, indaga-se: as Leis Federais nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017 podem ser consideradas um passo na direção da superação do regime jurídico único?

1.2.1. Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017: um novo regime jurídico?

Em 12 de maio de 2016, o primeiro ato do então Presidente da República interino, Michel Temer, foi a edição da Medida Provisória nº 727, criando, no âmbito do setor de infraestrutura, o Programa de Parceria de Investimentos – PPI. O objetivo da medida, posteriormente convertida na Lei nº 13.334/2016, sempre foi claro: atrair investimentos do setor privado, por meio do estreitamento das relações com o governo, como instrumento de superação da crise econômica que assola o país. Para tanto, foram estabelecidas como diretrizes primordiais a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica dos ajustes submetidos ao novo regramento.

O referido ato foi posteriormente acompanhado pela edição da Medida Provisória nº 752/2016, por meio da qual foram previstas formas de saneamento e requalificação das relações por ela regulamentadas, com a intenção de traduzir em postulados práticos os objetivos e premissas delineadas pela norma anterior. Assim, a medida, convertida na Lei Federal nº 13.448/2017, passou a tratar da prorrogação (antecipada e contratual) e da relicitação desses ajustes.

Importante notar que, diversamente do que já havia sido feito anteriormente — quando editadas, por exemplo, as leis especiais de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e de Parceria Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) —, os atos normativos atuais não estabeleceram nova modalidade contratual para a Administração¹¹⁷. Na verdade,

¹¹⁷ No mesmo sentido se manifestou Rafael Wallbach Schwind ao tratar especificamente do PPI: “A MP 727 não estabeleceu uma nova sistemática de parceria entre o Estado e a iniciativa privada. Não foi criada nenhuma modalidade contratual inovadora de parcerias público-privadas, nem era este o objetivo da MP. Na realidade, a MP 727 estabeleceu um programa (muito relevante, diga-se desde logo) de incentivo e fortalecimento das parcerias entre o Estado e a iniciativa privada.”. SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e suas implicações no setor portuário**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 111, maio de 2016, Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 11 abr. 2018.

desenharam um arcabouço jurídico diferenciado para os contratos qualificados como “parcerias”.

A inovação normativa, portanto, se dirige à ajustes de infraestrutura complexos e estratégicos – típicos ou atípicos, vigentes ou ainda em fase de formulação – que possuam estrutura similar em razão da especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos e incertezas envolvidos. A preocupação não foi com a caracterização do contrato em si, mas com a construção de um arranjo de diretrizes a serem a eles aplicadas.

Daí a se afirmar categoricamente que foi elaborado um novo regime jurídico para essas parcerias de infraestrutura de longo prazo, exige que as premissas delineadas acima sejam verificadas. É dizer, faz-se necessário analisar se os atos normativos em questão desenham um arcabouço jurídico próprio para situações semelhantes e se trazem regras gerais que sirvam de norte para interpretação e aplicação das suas disposições (afastando esses ajustes do regime em vigor).

Para Rafael Vêras de Freitas, por exemplo, a definição de um novo regime é evidente. A Lei nº 13.334/2016, mais do que estabelecer normas programáticas, orienta a elaboração de modelagens contratuais adequadas aos ajustes de longo prazo, enquanto a Lei nº 13.448/2017 efetiva as diretrizes traçadas pelo Programa de Parceria de Investimentos, assegurando estabilidade e segurança jurídica. Assim, segundo o autor¹¹⁸:

O novel diploma [Lei nº 13.334/2016] institui um novo regime jurídico para os contratos de longo prazo. Tem por desiderato aprimorar aspectos regulatórios exógenos (atinentes ao ambiente institucional) e endógenos (atrelados às modelagens de pactos concessórios) dos projetos de infraestrutura. Tudo com vistas a atrair investimentos privados para tais projetos público-privados. (...) A *ratio* dos contratos de parceria é disciplinar um modelo econômico de um negócio público-privado, o qual é substancialmente distinto dos contratos disciplinados pela Lei nº 8.666/1993.

Sob a perspectiva adotada nesta dissertação, pode-se dizer que, de fato, os novos diplomas representam movimento importante na construção de um regime jurídico próprio para disciplinar relações distintas dos contratos regidos pelo regime geral.

O regramento atual traz um arcabouço diverso para ajustes com características semelhantes. Conquanto seja bastante ampla a definição das “parcerias” submetidas aos referidos atos normativos — podendo abarcar contratos que se destinem à prestação de

¹¹⁸ FREITAS, Rafael Veras. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 169-172.

um serviço público ou que tenham por escopo um bem público —, elas estão unidas por uma estrutura própria: a complexidade, o longo prazo e o caráter estratégico.

Assim, mesmo tendo submetido ao seu palio ajustes com objetos tão diversos, as leis reuniram contratos cujas características, notadamente o prazo diferido, justificam a adoção de um arranjo jurídico próprio. O que fizeram, portanto, foi considerar a racionalidade econômica diversa dessas relações para afastá-las dos contratos circunstanciais e, conseqüentemente do regime imposto pela Lei nº 8.666/1993.

De fato, as leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017 exigem que contratos qualificados como de parceria sejam interpretados sob a lógica da eficiência, da estabilidade e da segurança jurídica. Para tanto, trouxeram regras gerais que funcionam como norte para a interpretação dessa realidade peculiar. E os exemplos legais são marcantes.

É o caso da disposição contida no inciso II, do art. 2º da Lei nº 13.334/2016, a qual define como objetivo do PPI a garantia de expansão com qualidade da infraestrutura, com tarifas *adequadas*. Não houve espaço para a previsão de tarifas *módicas*, como determina a lei 8.987/1995¹¹⁹. E a razão é clara: a lógica dos contratos de investimento, já apontada anteriormente, exige uma receita que seja apropriada aos aportes feitos quando da consecução da infraestrutura.

Os artigos 11 a 16 da mesma lei, bem como o seu artigo 17, também denotam o esforço pelo estabelecimento de um regramento diverso para essas parcerias. Enquanto os primeiros dispositivos deram ênfase para a estruturação desses contratos — admitindo a contratação de terceiros com *expertise* para a sua elaboração e criando um Fundo capaz de viabilizar a prestação apoio técnico para essa fase —, o segundo se preocupou em derrubar entraves burocráticos de todas as esferas federativas quando da liberação de licenças, autorizações, registros ou outras permissões para a execução da parceria¹²⁰.

A Lei nº 13.448/2017, da mesma forma, traz exemplos dessa nova perspectiva. A começar pela previsão contida no seu art. 22, o qual afasta expressamente a aplicação do

¹¹⁹ Assim dispõe o parágrafo 1º, do seu art. 6º: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”.

¹²⁰ O foco no postulado da eficiência é bem evidente nesse dispositivo, confira-se “Art. 17. Os órgãos, entidades e autoridades estatais, inclusive as autônomas e independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com competências de cujo exercício dependa a viabilização de empreendimento do PPI, têm o dever de atuar, em conjunto e com eficiência, para que sejam concluídos, de forma uniforme, econômica e em prazo compatível com o caráter prioritário nacional do empreendimento, todos os processos e atos administrativos necessários à sua estruturação, liberação e execução”.

art. 65 da Lei nº 8.666/1993. Assim, corroborando o que já havia sido exemplificado anteriormente, a demonstrar a lógica diversa desses ajustes, as alterações dos contratos de parceria não estão submetidas aos estritos limites do diploma legal denominado *lei geral* de licitações e contratos administrativos.

Mas, veja-se, as novas leis não revogam os atos normativos em vigor, apenas estabelecem um regime alternativo e facultativo para tratar de projetos que a própria União qualifique como de interesse nacional sobranceiro. O que, aliás, não o torna um regime anti-isonômico. O fato de o Governo Federal legislar para si — já que se trata de norma federal e não nacional — e estabelecer regras especiais para contratos qualificados como parcerias no âmbito de um Programa específico, não se configura inconstitucional.

Na esteira do que se vem defendendo nesse trabalho, é possível admitir a convivência de regimes jurídicos diversos a regular situações distintas. Afinal, a isonomia não está no tratamento igualitário de hipóteses desiguais. Se a União entendeu que para determinados contratos (de infraestrutura) deveria prever soluções mais flexíveis, a especificidade e o caráter estratégico desses ajustes devem ser capazes de justificar a distinção imposta pela medida. Até porque, não se está impedindo que outros regimes sejam criados para hipóteses especiais justificadas e que os anteriores sejam revogados. Trata-se, de um regime especial, um microssistema voltado à criação de incentivos e desincentivos, capaz de conviver com outros regimes, até mesmo com as regras gerais.

Os instrumentos normativos representam, assim, a mesma lógica que trazia o projeto denominado Programa Público-Privado Avançado – PPP MAIS, elaborado por Carlos Ari Sundfeld a pedido do então Ministro da Fazenda, Joaquim Levi. A intenção do projeto anterior, como explicam o próprio Carlos Ari Sundfeld e Egon Bockmann Moreira, era exatamente instalar um microssistema autônomo para contratações específicas – uma lei especial, com valência e hermenêutica diferenciadas¹²¹.

Naquela hipótese, tal como na presente, o que se pretende é a utilização desse regramento como um experimento, de modo que, com o passar do tempo, a partir da análise empírica e comparação rigorosa das experiências, numa tentativa de erro e acerto, seja possível identificar com clareza as vantagens e desvantagens das medidas. Foi exatamente o que aconteceu, por exemplo, no caso do pregão. Essa modalidade licitatória foi inicialmente prevista pelos artigos 54 a 57 da Lei nº 9.472/1997, sendo aplicada assim

¹²¹ SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, nº 53, jan./mar. 2016. p. 9-49. p. 11.

no âmbito do setor de Telecomunicações. A prática, restrita à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, se mostrou eficaz, gerando maior velocidade nas licitações e redução de custos operacionais. Diante do seu sucesso, teve seu âmbito de aplicação ampliado pela Medida Provisória nº 2.026/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.520/2002, que a estendeu para os demais entes federativos.

Dessa forma, não se pode deixar de apontar para o fato de que os atos normativos trouxeram uma perspectiva inovadora e experimental para as contratações de longo prazo de infraestrutura e passam a refletir a intenção de superar a perspectiva de unicidade de regimes, por meio da criação de um arcabouço jurídico próprio para parcerias de infraestrutura complexas e de longo prazo.

Dúvida surge, contudo, se este novo arcabouço jurídico seria um regime para tempos de crise.

1.2.2. Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017: regime para tempos de crise?

Quando editada a primeira Medida Provisória relativa ao PPI, em 2016, o Governo encontrava-se diante da inexecutabilidade de algumas parcerias firmadas entre os anos de 2012 a 2014 e a dificuldade de endereçar as questões delas decorrentes por meio dos instrumentos até então vigentes. Tanto quanto o parceiro privado, que passava pela retração de investimentos¹²², a realização de medidas como a encampação e a decretação de caducidade do objeto concedido, por exemplo, exigiriam do Poder Público recursos, os quais, não possuía.

¹²² Os bancos públicos federais (BNDES, BB e CEF) divulgavam cartas de incentivo quando da formação da relação contratual, prevendo condições bem mais favoráveis aos investidores de concessões, como: financiamento de até 70% dos investimentos, taxa de juros de até 2% ao ano, prazo de carência de até 5 anos e financiamento na modalidade Project Finance. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/06/antt-divulga-carta-de-intencoes-referentes-a-investimentos-em-concessoes>. Acesso em: 23 dez. 2017. Diante dos problemas econômicos do país, muitos desses ajustes laterais ao contrato não se concretizaram.

O contexto econômico de recessão intensa da época¹²³ — especialmente em comparação com o momento de modelagem desses ajustes¹²⁴ — levou empreendimentos de grande vulto a um momento crítico. Em grande parte dos setores de infraestrutura se verificou a incapacidade dos concessionários em alocar os recursos necessários para cumprir o objeto tal como contratado.

A derrocada da concessão da BR-040 (trecho Brasília-DF - Juiz de Fora-MG), já mencionada na introdução desse trabalho, é um exemplo típico do que ocorreu nesse período. Ao demonstrar a intenção de devolver a concessão, a concessionária Via-040 apontou a crise econômica como um dos fatores determinantes da sua escolha. De acordo com a nota divulgada pelo seu Conselho de Administração¹²⁵:

o projeto que serviu como base para a proposta apresentada pela Via 040, em 2013, foi impactado negativamente por diversos fatores, como, por exemplo, a severa recessão econômica que o país enfrenta desde 2014, sendo um dos principais deles a queda do tráfego estimado. A soma desses fatores desconfigurou todo plano de negócios da Via 040, levando a empresa a tomar a decisão de buscar a adesão à relicitação proposta pelo Governo.

De fato, por serem contratos de investimento de longa maturação, que agregam ao seu valor estático a projeção da remuneração do capital e a avaliação da expectativa de retorno¹²⁶, tornam-se muito mais suscetíveis às alterações do panorama econômico do que os contratos de curto prazo, cuja execução se dá pela lógica do cumprimento e respectivo pagamento.

¹²³ Como já apontado anteriormente, os dados apresentados pelo Comitê de Datação do Ciclo Econômico (Codace), da Fundação Getúlio Vargas, indicam que a recessão de 2014-2016 foi a mais longa desde 1980. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=4028808126B9BC4C0126BEA1779E6CAA>. Acesso em: 18 maio 2018.

¹²⁴ Os ajustes firmados entre 2012 e 2014, foram modelados em um momento de expansão econômica, o que traz reflexos para sua modelagem econômica. O Comitê de Datação do Ciclo Econômico (Codace), da Fundação Getúlio Vargas, “identificou a ocorrência de um pico no ciclo de negócios brasileiro no primeiro trimestre de 2014. O pico representa o fim de uma expansão econômica que durou 20 trimestres — entre o segundo trimestre de 2009 e o primeiro de 2014 — e sinaliza a entrada do país em uma recessão a partir do segundo trimestre de 2014.”. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=4028808126B9BC4C0126BEA1779E6CAA>. Acesso em: 18 maio 2018.

¹²⁵ Disponível em: <http://www.invepar.com.br/show.aspx?idMateria=yWR7pMobiFI834UnFS1GIQ==>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 83.

E não é só isso. Da mesma forma que a crise tem considerável impacto nesses contratos, o colapso destes ajustes reflete diretamente na recuperação da economia. Projetos como a construção de ferrovias, ampliação de rodovias e aeroportos, produzem externalidades positivas que vão além do objeto contratado, como a geração de emprego e a movimentação do mercado. Por isso, permitir a retração dessas parcerias leva a um círculo vicioso que gera um resultado evidente: o agravamento da crise.

Diante dessa constatação — e na linha do entendimento aqui já defendido acerca do desenvolvimento de regimes jurídicos diversos para tratar de situações semelhantes e especiais — a elaboração de um arcabouço jurídico próprio para tempos de crise parece ser uma solução não apenas possível, mas aconselhável. Admitir normas excepcionais que dotem essas relações de maior flexibilidade, pode ser a única forma de se preservar inúmeros ajustes¹²⁷.

Tome-se como exemplo o Decreto nº 45.387/2015 do Estado do Rio de Janeiro. Em meio à crise econômica vivida pelo ente¹²⁸, o ato normativo admitiu que a Administração Pública afastasse a aplicação de sanções aos contratados quando ausente a manutenção das condições de habilitação ou descumpridas outras obrigações acessórias na hipótese de serem consequência do inadimplemento estatal.

Tal como essa medida — endereçada à contratos diretamente remunerados pelo governo — entende-se plenamente viáveis prescrições normativas próprias para lidar com concessões atingidas pelos efeitos da crise econômica. A elaboração de normas, desde que acompanhada de parâmetros objetivos próprios e dever de transparência entre as partes, pode ser uma forma de evitar as consequências drásticas de um cenário econômico crítico, como o que vem se delineando no Brasil nos últimos anos.

¹²⁷ Nas precisas lições de Flávio Amaral Garcia: “é preciso que os entes públicos se ocupem em promover uma gestão contratual que considere o contexto econômico atual e adotem providências concretas para minimizar os efeitos do inadimplemento no fluxo de caixa dos contratados, cogitando, inclusive, de medidas atenuadoras que possam refrear as drásticas consequências acima mencionadas.”. GARCIA, Flávio Amaral. Direito contratual em tempos de crise. **Revista Zênite ILC – informativo de licitações e contratos**. Curitiba: Zênite, n. 275, p. 9-14, jan. 2017. p. 10.

¹²⁸ De acordo com o relatório “Efeitos da crise econômica sobre o Rio de Janeiro” formulado pelo SEBRAE/RJ, “a crise econômica e política que atingiu o Brasil também deixou o Rio de Janeiro especialmente vulnerável. O Estado tem o segundo PIB do País (R\$ 677 bilhões em 2015, segundo estimativa do Ceperj), mas o governo fluminense vem sofrendo com a perda de receitas: entre 2014 e 2016, a queda foi de 53%. As despesas também diminuíram, mas numa proporção menor: apenas 42%. O resultado desse descompasso foi um aumento de 80% do déficit público, que passou de R\$ 4,3 bilhões em 2015 para R\$ 7,8 bilhões em 2016”. Disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RJ/Menu%20Institucional/SinteseSebrae_45_2017%20final.pdf. Acesso em: 11 maio 2018.

Aliás, essa não é uma realidade estritamente brasileira. Outros países, como os europeus, já passaram por situação semelhante diante da crise financeira e econômica que teve início em 2008¹²⁹. Também por lá se defendeu a elaboração de regimes próprios para tratar dos contratos administrativos em razão da precariedade do contexto econômico. No caso de Portugal, por exemplo, assim se pronunciou Pedro Gonçalves¹³⁰:

A actual crise económica e financeira global, que se abateu também sobre a Europa desde o ano de 2008 e, no caso de Portugal, com particular intensidade no ano de 2010, tem sido a responsável pela promoção de específicas medidas públicas, de carácter legal e administrativo, dirigidas ao sector da contratação pública e ao direito dos contratos públicos. Embora o naipe de acções se revele heterogéneo, existe, entre elas, o elemento comum de se tratar de providências de regulação dos contratos públicos estabelecidas por causa da crise: estamos, pois, diante de medidas incluídas em verdadeiros pacotes anti-crise, que cumprem, em geral, um propósito contra-cíclico. Apesar de a causa se revelar a mesma, nem sempre se revelam idênticos os fins concretamente prosseguidos: nuns casos, visa-se contribuir para debelar ou enfrentar directamente a crise e as suas causas, enquanto noutros, se procura, mais modestamente, mitigar ou esbater alguns dos efeitos que a crise pode ter sobre a situação particular de cada operador económico.

No Brasil, por sua vez, as Medidas Provisórias — convertidas nas Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017 — fizeram referência expressa à crise (de meados de 2014) como justificativa para a sua edição. Na exposição de motivos da MP nº 727/2016 a questão foi tratada de maneira objetiva quando se afirmou que o país estava “passando por uma das piores crises econômicas de sua história” e que a solução dependeria de investimento em infraestrutura como forma de se “atuar em todas as fases do ciclo econômico.”¹³¹.

O contexto econômico também foi objeto do Parecer (CN) nº 1, de 2017 do Congresso Nacional, já citado na introdução desse trabalho, no qual se analisou a conversão da Medida Provisória nº 752/2016 em lei. De acordo com o voto do deputado

¹²⁹ Trata-se da crise originada nos Estados Unidos, com a bolha do crédito hipotecário de alto risco "subprimes". De acordo com o *Federal Reserve*, ao descrever a crise, os sinais do colapso já começaram a ser sentidos em 2007 quando os preços das habitações subiram e o refinanciamento das hipotecas e a venda de habitações tornaram-se meios menos viáveis de liquidar as dívidas hipotecárias. Nesse mesmo ano, inclusive, a principal credora hipotecária *subprime* apresentou pedido de falência. Disponível em: https://www.federalreservehistory.org/-essays/subprime_mortgage_crisis. Acesso em: 02 maio 2018.

¹³⁰ GONÇALVES, Pedro. **Gestão de contratos públicos em tempo de crise**. GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, 2010. p. 5-6.

¹³¹ BRASIL. **Exposição de Motivos da MP nº 727/2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf. Acesso em: 2 maio 2018.

relator, a medida seria essencial para a reestruturação rápida das concessões, que padecem, dentre outros problemas¹³², dos efeitos da crise econômica e da falta de incentivos para investir¹³³.

Tratam-se, portanto, de atos normativos concebidos em meio à crise¹³⁴ e que admitiram a utilização de instrumentos capazes de deslocar a lógica da contratação pública da sanção/extinção para a uma realidade de consensualidade/viabilidade. Todavia, diversamente do que se indagou inicialmente, as novas regras não se configuram propriamente um regime jurídico *para* a crise, mas um regime *decorrente* da crise.

A distinção é sutil, mas possui consequências relevantes. Quando o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, editou o Decreto já mencionado acima, afastando a aplicação de sanções aos seus contratados, criou um regime jurídico *para* a crise. É dizer, o seu fundamento de validade é a situação econômica crítica e a sua utilização só se justifica enquanto perdurar o contexto de adversidade. Logo, é excepcional e temporário.

No caso das leis federais mencionadas, contudo, o regime estabelecido é *decorrente* da crise, mas não se limita a ela. Mesmo que o contexto econômico tenha sido a razão para retirar a Administração da inércia e levá-la a instituir mecanismos que se afastam do regramento legal atual, as suas disposições não ficarão restritas à conjuntura de crise. O regramento estabelecido poderá ser aplicado ainda que se supere o cenário economicamente frágil que, um dia, veio a ser determinante para a sua edição. Afinal, como visto anteriormente, o PPI representa um experimento do Governo em introduzir novas perspectivas a relações contratuais específicas, de modo a avaliar os seus erros e acertos.

¹³²É preciso reconhecer que a modelagem de determinados editais e contratos também pode ser apontada como motivo da derrocada de algumas parcerias. A dispensa de apresentação do plano de negócios em conjunto com a proposta econômica, a alocação genérica de riscos e a inviabilidade do estudo de demandas são exemplos de problemas enfrentados por concessões estruturadas entre 2012-2014 e que fragilizam os ajustes no curso da sua execução. Importante notar, contudo, que a crise pode ser considerada fator determinante na adoção das medidas uma vez que agrava o cenário das outras causas de instabilidade contratual.

¹³³ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5278031&disposition=inline>. Acesso em: 25 nov. 2017.

¹³⁴ Bernanrdo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano fazem uma crítica ao pragmatismo dessas medidas. Segundo os autores: “As soluções da lei, seguramente, não são as ideias. Ideal seria que não houve a necessidade de se criarem norma que, nitidamente, visam a mitigar os efeitos da crise instalada no Brasil e/ou de projetos mal estruturados. Como as coisas são o que são, a lei é pragmática e busca permitir que o setor de infraestrutura se recupere o quanto antes, dando sinalização positiva a investidores e a potenciais interessados projetos de infraestrutura, haja vista a sua relevância para a economia nacional.”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. In: **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 21.

Vale lembrar que a Lei nº 13.334/2016 cria um Programa de Parceria de Investimentos destinado à ampliação e fortalecimento da relação entre a Administração e a iniciativa privada no âmbito de projetos de infraestrutura. Trata-se, portanto, de norma voltada à contratos de longo prazo e à materialização da segurança jurídica e estabilidade, cuja aplicação não ficará restrita ao adverso cenário econômico atual. Na realidade, a sua transição e manutenção em períodos de crescimento econômico será ainda mais relevante para consolidação dos seus propósitos.

Os institutos previstos pela Lei nº 13.448/2017 — a prorrogação antecipada¹³⁵ e a relicitação — tampouco podem ser considerados instrumentos excepcionais a serem aplicados apenas em momentos de crise. A possibilidade de alterar o contrato para extingui-lo consensualmente em razão da sua inviabilidade ou para alcançar mais investimentos por meio da extensão do seu prazo, mostram-se medidas aptas a endereçar questões relativas aos contratos de longo prazo mesmo que não se esteja diante de uma grave recessão¹³⁶.

Assim, o que se verifica é a construção de um regime que vai além da crise e reflete, em boa medida, a mutação do Direito Administrativo e uma tentativa, ainda que não ideal, de desenvolver soluções menos padronizadas, mais voltadas para a consensualidade e eficientes. É o que Carlos Ari Sundfeld chama de “direito administrativo dos negócios” (DAN) em contraposição ao “direito administrativo do clips” (DAC)¹³⁷:

¹³⁵ A prorrogação antecipada já havia sido prevista em atos normativos próprios para setores específicos, como o portuário, na forma da Lei nº 12.815/2013 e o elétrico, conforme as disposições contidas na Lei nº 12.783/2013. A Lei atual, portanto, representa a extensão dessa modalidade de prorrogação para os setores rodoviário e ferroviário.

¹³⁶ É preciso alertar para o fato de que os fundamentos suscitados para a utilização desses instrumentos em detrimento de outros, como a caducidade e a encampação, deverão ganhar novos contornos em tempos de estabilidade ou crescimento econômico. Tome-se como exemplo a relicitação. Enquanto a crise econômica é capaz de justificar, quase que por completo, a inviabilidade superveniente dos termos de uma parceria e a sua derrocada. O contexto de estabilidade econômica demanda um ônus argumentativo maior com relação à essa inviabilidade, cuja a causa superveniente de instabilidade deverá ficar bem delineada. De todo modo, custos e benefícios, seja qual for o contexto econômico, terão de ser avaliados pela Administração.

¹³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre clips e negócios. In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 82-83. Ainda de acordo com o autor, a crise econômica é ambiente propício para o desenvolvimento do “direito administrativo dos negócios”. Nas palavras do autor “Também os momentos de crise econômica e política aguda são adequadas para elas. Aí, são muito fortes os estímulos para a busca de resultados e, por isso, não funcionam do mesmo modo os mecanismos de autopreservação dos agentes públicos, típicos do DAC”.

Direito administrativo do clips (DAC) é o da Administração de papelaria que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades. (...) Ao DAC se opõe o *direito administrativo dos negócios* (DAN), o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades. E com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos. Para esse âmbito, valem práticas opostas às do DAC: aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo-benefício etc.

A importância dessa mudança de paradigma fica mais clara diante da comparação entre as novas medidas e alguns instrumentos decorrentes da atuação unilateral estatal que, juridicamente, poderiam ser aplicados aos mesmos casos práticos, como é o caso da encampação e da caducidade.

1.3. O paradigma legislativo anterior: a encampação e a caducidade

Os últimos anos tem se mostrado especialmente desafiadores no âmbito das parcerias que envolvem infraestrutura. Como narrado na introdução desse trabalho, ao mesmo tempo que a União Federal se vê diante da perda de investimentos em concessões firmadas há muitos anos (já em fase final de exploração), presencia a inviabilidade de contratos com menos de cinco anos de vigência.

Essas questões — antes da edição dos novos diplomas legais — eram endereçadas basicamente pelas regras estabelecidas na Lei nº 8.987/1995¹³⁸, Lei Geral de Concessões e Permissões, e pelas disposições contratuais, muitas vezes repetidoras do regime legal. Por meio dos exemplos práticos trazidos a seguir, são estabelecidos, em linhas gerais, o trâmite e os requisitos para a aplicação prática de dois instrumentos tradicionalmente reconhecidos à Administração: a encampação e a caducidade. O objetivo é avaliar brevemente essas medidas unilaterais, de modo a estabelecer as bases para a efetiva

¹³⁸ Diz-se basicamente endereçadas pela Lei geral de concessões e permissões pelo fato de que algumas normas setoriais tratam especificamente de situações em razão da peculiaridade do setor. É o caso do setor portuário, já mencionado em nota anterior, o qual prevê desde a edição da Lei nº 12.815/2013 a possibilidade de se prorrogar antecipadamente o contrato.

comparação, no Capítulo 3 desse trabalho, com os instrumentos consensuais reconhecidos no novo diploma legal.

Alerta-se, contudo, que a Administração poderia considerar a adoção de outras medidas — não só a encampação ou caducidade — para lidar com as situações narradas a seguir, mas para os fins de comparação econômica pretendida por esse trabalho, optou-se pela análise das medidas unilaterais previstas pela legislação em vigor de modo a comparar prerrogativas estatais e instrumentos consensuais.

Parte-se, assim, da concessão precedida de obra pública da malha ferroviária paulista, ocorrida em dezembro de 1998. Após se sagrar vencedora do leilão realizado pela União, a FERROBAN - Ferrovias Bandeirantes S.A.¹³⁹ adquiriu o direito de “exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga” na referida malha pelo prazo de 30 anos prorrogáveis por mais 30¹⁴⁰.

O setor ferroviário foi, de fato, um dos primeiros setores a serem transferidos aos particulares após a edição da Lei Geral de Concessões e Permissões¹⁴¹. Contudo, como identificou Vitor Rhein Schirato, muito mais do que o estabelecimento de uma política pública setorial clara, essas concessões foram realizadas, à época, para responder a uma questão orçamentária da União, que pretendia estancar os prejuízos decorrentes da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) e arrecadar o máximo possível¹⁴²⁻¹⁴³.

¹³⁹ Posteriormente a FERROBAN foi substituída por ALL – América Latina Logística Malha Paulista S.A., em razão de alteração estatutária, aprovada pela Deliberação nº 359/08, de 9 de setembro de 2008.

¹⁴⁰ É o que dispõe as cláusulas primeira, segunda e terceira do contrato de concessão: “CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO. O presente contrato tem por objeto a CONCESSÃO da exploração do serviço público de transporte ferroviário de carga na MALHA PAULISTA, de propriedade da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, descrita no Anexo I deste contrato, à concessionária, outorgada pelo Decreto 22 de Dezembro de 1998. (...) CLÁUSULA SEGUNDA – DA DURAÇÃO DA CONCESSÃO. A presente CONCESSÃO terá duração de 30 anos, contados a partir da publicação do presente contrato, nos termos da Cláusula Vigésima primeira. No texto do presente contrato o vocábulo ano significa sempre ano contratual, contado na forma expressa nessa cláusula. CLÁUSULA TERCEIRA – DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. Em havendo interesse manifesto de ambas as partes, o presente contrato poderá ser prorrogado até o limite máximo total de 30 anos.”.

Disponível em:

http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html. Acesso em: 20 fev. 2018.

¹⁴¹ Para o contexto histórico do setor ferroviário, ver: PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias**. Rio de Janeiro: Editora FGV/IBRE, v. 1, p. 1-44, 2017.

¹⁴² SCHIRATO, Vitor Rhein. A Valec e as novas concessões de infraestrutura ferroviárias. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 385-396.

¹⁴³ Essa constatação é interessante para demonstrar como a economia é cíclica. Como já demonstrado em outros momentos da presente dissertação, a crise econômica atual também tem levado o poder público a firmar parcerias como meio de arrecadação. Olhar o passado, portanto, se mostra extremamente relevante para evitar os mesmos erros de modelagem nas novas concessões.

Esse contexto acabou refletindo na própria modelagem desses ajustes. A análise das cláusulas contratuais de investimentos e metas da concessão mencionada acima demonstra com clareza essa intenção inicial e quase que uma despreocupação com o futuro. Passados 20 anos de execução contratual, todavia, o futuro se faz presente, e é preciso saber o que fazer com esses contratos diante da premente necessidade de investimentos no setor.

Com efeito, quando firmado em 1998, a preocupação da União era com o aumento de produção (toneladas/quilômetro-úteis) e a redução do índice de acidentes. A cláusula quinta do contrato, ao descrever a qualidade do serviço, estabeleceu como metas a serem atingidas pelo concessionário os níveis mínimos de produtividade nos três primeiros anos e o aumento dos índices de segurança nos cinco primeiros anos¹⁴⁴. Decorrido o lapso indicado, caberia à União estabelecer metas anuais pactuadas com a FERROBAN/ ALL – América Latina Logística Malha Paulista S.A., cujo critério para fixação sequer é mencionado no ajuste.

Dessa estrutura contratual resultaram consequências práticas importantes. Em primeiro lugar, não havia previsão de como deveriam ser realizados esses investimentos. Assim, cumpridas as metas de produção e redução de acidentes, o parceiro privado adimplia a sua obrigação. É dizer, poderia investir de forma direcionada em fragmentos da malha que lhe fossem mais atrativos e deixar o resto da infraestrutura em total abandono. Até porque, a construção de novos ramais, melhoria e/ou expansão dos serviços da malha, foram elencados não como obrigações do concessionário, mas como um direito¹⁴⁵.

Além disso, como não há obrigação de investimento especificada, o transcurso do tempo funciona como um desincentivo para aportes em infraestrutura. Isso porque, nos

¹⁴⁴ “CLÁUSULA QUINTA – DA QUALIDADE DO SERVIÇO. 5.1 DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

A CONCESSIONÁRIA deverá atingir, nos três primeiros anos, os níveis mínimos de produção anual abaixo discriminados, medidas em toneladas-Kilômetros-úteis, devendo prover investimentos necessários ao atingimento de tais metas (...) 5.2 DA SEGURANÇA DO SERVIÇO. (...) Parágrafo 2º - A CONCESSIONÁRIA deverá atingir as seguintes metas mínimas de redução do número de acidentes, tendo como referência o índice de 147 acidentes por milhão de trens-quilômetro registrado na MALHA PAULISTA entre junho/97 e maio/98, de acordo com o critério estabelecido no parágrafo primeiro desta cláusula, devendo prover os investimentos necessários ao atingimento de tais metas”.

¹⁴⁵ “CLÁUSULA DÉCIMA – DOS DIREITOS DA CONCESSIONÁRIA. Construir ramais, variantes, pátios, estações, oficinas e demais instalações, bem como proceder a retificações de traçados para a melhoria e/ou expansão dos serviços da malha objeto deste contrato, sempre com prévia autorização da CONCEDENTE, que se manifestará a respeito no prazo de 90 (noventa) dias;”

termos da Cláusula Décima-Sexta do ajuste¹⁴⁶, os bens decorrentes de investimento reverterem ao Poder Concedente ao final da concessão. Com isso, quanto mais perto do fim, resta menos tempo para amortização dos valores despendidos nesses bens. O montante investido nesse período final será pago pela União por meio de indenização — nem sempre de fácil estimativa — somente após o fim da concessão. Além disso, as melhorias efetivadas na superestrutura da via permanente, não serão consideradas investimentos para fins indenizatórios. Nesse sentido, foi precisa a constatação feita por Fábio Ferreira Durço¹⁴⁷:

Decorridos os primeiros quinze anos das concessões de ferrovias, parece haver pouco interesse da iniciativa privada na expansão da malha existente, uma vez que os investimentos realizados não são reversíveis ao final da concessão, válida por trinta anos e renovável por mais trinta anos. Além disso, os investimentos efetuados entre 1996 e 2010 concentraram-se na recuperação da malha existente, na aquisição de equipamentos de material rodante e na contratação e capacitação de mão de obra especializada, de forma que, nesse caso, o tempo necessário para os projetos de infraestrutura ferroviária parece ser insuficiente.

A União, se vê, então, diante de um impasse: ao mesmo tempo que possui contratos ainda em vigor sem incentivos para novos investimentos, mas sendo corretamente cumpridos pelos concessionários, vivencia a necessidade de endereçar os problemas relativos aos gargalos da infraestrutura, o que envolve invariavelmente o setor ferroviário¹⁴⁸. Trata-se, aliás, de uma questão inerente aos contratos de longo prazo. O passar dos anos vai trazer novas perspectivas regulatórias que precisarão ser enfrentadas pela Administração e, ao mesmo tempo, impactarão nos contratos em vigor.

¹⁴⁶ “CLÁUSULA DÉCIMA-SEXTA. DA REVERSÃO E DA INDENIZAÇÃO. (...) III) Os bens declarados reversíveis serão indenizados pelo CONCEDENTE pelo valor residual do seu custo, apurado pelos registros contábeis da CONCESSIONÁRIA depois de deduzidas as depreciações e quaisquer acréscimos decorrentes de reavaliação. Tal custo estará sujeito a avaliação técnica e financeira por parte da CONCEDENTE. Toda e qualquer melhoria efetivada na superestrutura da via permanente, descrita no Anexo V, não será considerada investimento para os fins deste contrato;”

¹⁴⁷ DURÇO, Fábio Ferreira. **A regulação do setor ferroviário brasileiro: Monopólio natural, concorrência e risco moral**. 2011. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Escola de Economia de São Paulo - EESP, 2011. p. 95.

¹⁴⁸ A infraestrutura é um dos aspectos que mais influenciam a competitividade de uma economia. O Governo brasileiro vem tentando endereçar essa questão com sucessivos planos de investimento. Foi o caso Programa de Investimento em Logística (PIL), lançado em 2012 para promover um sistema de transporte moderno e eficiente. No caso do setor ferroviário, por exemplo, o Programa buscava ampliar a utilização do transporte ferroviário de carga, criar uma malha ferroviária moderna e integrada, aumentar a capacidade de transporte por ferrovias e diminuir os gargalos logísticos, garantindo-se, para tanto, a aplicação de R\$ 86,4 bilhões na construção, modernização e manutenção de 7,5 mil quilômetros de linhas férreas. Disponível em: <http://www.epl.gov.br/ferrovias2>. Acesso em: 08 maio 2018. Um dos entraves encontrados foram as concessões existentes. Hoje, o PIL foi substituído pelo PPI.

Diante desse cenário, como proceder? A Administração poderia, por exemplo, aguardar o término do prazo contratual ou realizar a encampação da atividade por interesse público.

De fato, antes da edição dos novos diplomas legais, os contratos de concessão comum e as parcerias público-privadas da União¹⁴⁹ se submetiam, basicamente, a seis formas de extinção: (i) fim do prazo contratual; (ii) encampação por interesse público; (iii) caducidade por descumprimento atribuível ao contratado; (iv) rescisão por descumprimento do Poder Público; (v) anulação em razão de contrato inválido; ou (vi) falência ou extinção da concessionária¹⁵⁰. Assim, não sendo hipótese de descumprimento contratual ou falência/extinção da concessionária, poderia a União aguardar o fim do prazo ou encampar a concessão para, posteriormente, licitá-lo em novos termos. Sob a perspectiva do particular, por sua vez, não haveria incentivo para a realização de investimentos não previstos, apenas se estes fossem acompanhados da devida compensação.

A premência de novos investimentos afasta a primeira solução. Se a União precisa resolver gargalos de infraestrutura para o desenvolvimento do país, aguardar mais 10 anos para realizar nova licitação não seria uma solução viável. Se a remodelagem não fosse urgente, não se estaria cogitando de novas medidas até o fim do contrato, afinal, o ajuste está sendo cumprido tal como estabelecido.

Poderia a Administração, assim, optar por retomar o serviço concedido. Essa retomada — que recebe o nome legal de “encampação”¹⁵¹ —, em linhas gerais, ocorre no curso do prazo contratual, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e prévio pagamento da indenização pelo poder concedente. Os custos e o tempo (que acaba se traduzindo em custo) necessários para a integral formalização da medida, são fatores a serem considerados pela União quando da sua escolha.

¹⁴⁹ Nesse ponto, entenda-se que nas concessões firmadas pela União também se enquadram os contratos decorrentes dos convênios de delegação celebrados na forma da Lei nº 9.277/1996. Como destacado por Rafael Veras, esses contratos também são abrangidos pelos novos institutos da relicitação e da prorrogação antecipada. FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 172.

¹⁵⁰ As hipóteses aqui elencadas são aquelas listadas pelo art. 35 da Lei nº 8.987/1995 e, em regra, repetidas pelos instrumentos contratuais.

¹⁵¹ Na forma do art. 37 da Lei nº 8.987/1995: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”.

Com efeito, não se trata de uma medida célere ou sem implicações para o erário. Constatada a razão de interesse público — a qual merece ampla justificativa com fundamento nas suas consequências práticas e na adequação e necessidade da medida¹⁵² — o poder concedente deverá buscar a aprovação de lei específica autorizativa, que pormenorize a retomada do serviço delegado. Veja-se que, além do tempo necessário para a aprovação da medida — o qual pode ser estender por tempo considerável —, a inclusão do Poder Legislativo nesse trâmite insere outro componente na decisão administrativa: o político.

Obtida a autorização, ainda assim não se promoverá a imediata retomada da atividade. Também é requisito prévio de validade do ato, o pagamento de indenização, pelo poder público, relativa aos bens do concessionário empregados na execução do serviço contratado. Os custos, aqui, se mostram elevados, uma vez que deverão ser consideradas as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Aliás, nesse ponto, o fator tempo/custos também pode se fazer presente, em razão de possíveis disputas judiciais envolvendo o montante indenizável.

A encampação, portanto, somente se efetivará após a obtenção de autorização legal e o pagamento da indenização ao concessionário. Nesse momento, o poder concedente assumirá a atividade e todos os custos dela decorrentes até a realização de nova licitação¹⁵³.

¹⁵² Foram elencados os requisitos exigidos para as decisões administrativas constantes no art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”. Afinal, como destacado por Fernando Vernalha Guimarães, ao tratar do interesse público na encampação: “atualmente, vigora uma interpretação restritiva para o exercício de competências autoritárias no plano de contratos administrativos. Tal significa o reconhecimento de que as interferências administrativas em contratos administrativos devem ser excepcionabilíssimas, legitimadas apenas em hipóteses anormais e cujo advento seja inevitável para garantir o interesse administrativo (justificativa que se procede à luz dos princípios da razoabilidade-proporcionalidade). E a hipótese há de ter cabimento ainda mais restritivo no universo das concessões de serviços públicos, que conformam contratos complexos e longevos, os quais, via de regra, pressupõem investimentos bastante expressivos a serem aportados pelo concessionário”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵³ Na prática, não foi essa a solução adotada. A concessão explorada pela ALL – América Latina Logística Malha Paulista S.A., atualmente, está submetida aos trâmites necessários para a prorrogação antecipada prevista pela Lei nº 13.448/2017. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/rumo-malha-paulista-sa>. Acesso em: 10 maio 2018. De toda sorte, as características da encampação, aqui

Solução legal diversa se aplica ao caso envolvendo a concessão do Aeroporto Internacional de Campinas, realizada em fevereiro de 2012, decorrente da segunda rodada de leilões do setor. Naquela oportunidade, a concessionária Aeroportos Brasil Viracopos S.A. (ABV), vencedora do certame, firmou contrato com a Administração federal para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do complexo aeroportuário, pelo prazo de trinta anos¹⁵⁴.

Transcorridos cerca de 4 anos da formalização do ajuste, a contratada passou a apresentar dificuldades no cumprimento de suas obrigações. Em 2015, não honrou tempestivamente com o pagamento de aproximadamente R\$ 79 milhões referentes à outorga pactuada no momento da concessão¹⁵⁵ e, de acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)¹⁵⁶, tampouco promoveu a recomposição da garantia de execução contratual, gerando um déficit de mais de R\$160 milhões¹⁵⁷.

No Mandado de Segurança nº 35661 — impetrado por Aeroportos Brasil Viracopos com vistas a solicitar a análise do seu pedido de relicitação, em trâmite no Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸ — a crise foi apontada como fator relevante para o inadimplemento da concessionária, uma vez que, diante desse cenário, o estudo de demanda realizado pelo próprio poder concedente não se materializou, (apenas 52% da projeção inicial teria se efetivado), tampouco a movimentação de carga atingiu o nível esperado, tendo ficado 60 % aquém do projetado.

delineadas, serão necessárias para a análise comparativa das medidas a ser realizada no item 3.3 desse trabalho, quando, então, serão aprofundadas.

¹⁵⁴ De acordo com as cláusulas 2.1 e 2.5 do contrato de concessão: “2.1. O objeto do presente contrato é a Concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária do Complexo Aeroportuário, a ser implementada em quatro fases”; e “2.5. A vigência do Contrato será pelo prazo de 30 (trinta) anos para o Aeroporto de Campinas, sendo sempre contado a partir da sua Data de Eficácia.”. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/06/antt-divulga-carta-de-intencoes-referentes-a-investimentos-em-concessoes>. Acesso em: 21 nov. 2017. Importante destacar que a prorrogação contratualmente prevista é de mais cinco anos para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

¹⁵⁵ De acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC,, a concessionária chegou a ajuizar ação para suspender a referida obrigação de pagamento. ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/-noticias/2015/viracopos-tera-que-pagar-outorga-total-em-2015>. Acesso em: 21 nov. 2017.

¹⁵⁶ Interessante notar que nesse contrato — em algumas outras concessões recentes — a Agência Reguladora funciona também na posição de poder concedente, por delegação da União.

¹⁵⁷ Vide: ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/-noticias/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁵⁸ Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5446001>> acessado em 12 de dezembro de 2018.

Mesmo diante do contexto adverso, pela lógica binária das previsões legais vigentes, “a critério do poder concedente”¹⁵⁹, poder-se-ia optar pela sanção ou a extinção da concessão por meio da decretação da caducidade.

A caducidade, como mencionado acima, é mais uma causa de extinção das concessões. Nessa hipótese, contudo, considerando a existência inadimplemento por parte do concessionário, o procedimento legal é diverso daquele estabelecido para a realização da encampação. São outros os fatores que influenciam os custos e o tempo envolvidos na escolha da Administração Pública. A começar pela instauração de processo administrativo que, além de incluir o tempo necessário para que o poder concedente elabore a sua justificativa, apontando a conduta do concessionário que se enquadre em uma das hipóteses legais e/ou contratuais de inadimplemento, também agrega o período necessário e razoável para que o contratado apresente sua defesa ou, eventualmente, corrija as falhas apontadas.

O transcurso desse lapso, chamado de “cura”, com a comprovação do inadimplemento do particular e a não correção dessas falhas, levam à declaração da caducidade da concessão por meio de Decreto. Nesse momento, afasta-se o parceiro privado da execução da atividade, que é assumida integralmente pelo poder público.

¹⁵⁹ Nos exatos termos do artigo 38 da lei 8.987/1995: “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.”. Maurício Portugal Ribeiro faz duras críticas à previsão legal que deixa à discricionariedade da Administração a opção pela sanção ou caducidade. De acordo com o autor, “é preciso notar que esse dispositivo deveria ser modificado, por inconstitucionalidade. A possibilidade de qualquer descumprimento ser apenada com caducidade “a critério do poder concedente” viola frontalmente o assim chamado Princípio da Proporcionalidade da ação estatal. Somente descumprimentos graves deveriam poder ser apenados com a caducidade, uma vez que os demais descumprimentos contratuais são apenados pelas outras sanções ordinariamente previstas nos contratos, como as multas. (...) Esse dispositivo [art. 38, §1º] deveria trazer uma enumeração que delimitasse claramente apenas condutas extremamente graves que justificassem a aplicação da sanção de caducidade. Todavia, o dispositivo é redigido de modo a abranger qualquer descumprimento contratual. Vide, por exemplo, o inciso II acima citado, que diz que é motivo para aplicação da sanção de caducidade “a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão”. Pela redação do dispositivo não seria preciso sequer que os descumprimentos contratuais fossem graves para se aplicar a pena de caducidade.”. (RIBEIRO, Maurício Portugal. Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade da decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto. Disponível em < <http://www.portugalribeiro.com.br/caducidade-de-concessoes-e-ppps-notas-sobre-a-conveniencia-e-oportunidade-de-da-decisao-para-instauracao-do-processo-e-sobre-as-formalidades-para-tanto/> > acessado em 26 de dezembro de 2017). Conquanto o autor tenha razão em chamar a atenção para o fato de a lei não ter sido objetiva em apontar a inadimplência grave como fator determinante para a aplicação da caducidade, entende-se que o poder concedente tem o ônus argumentativo de demonstrar a gravidade da situação para legitimar a sua opção. Os dispositivos inseridos recentemente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como o art. 20 — já mencionado em nota anterior — exigem uma motivação da administração pautada em parâmetros objetivos e adequados, como a gravidade do inadimplemento no caso da caducidade.

Isso significa que, além do tempo e do custo envolvidos na realização de uma nova licitação, a Administração deve arcar com a prestação da atividade de maneira adequada e eficiente enquanto não efetivado o certame. Aliás, integram também esses gastos a indenização, arcada pelo poder público — a ser paga posteriormente à assunção da atividade —, das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, deduzidas, em razão da culpa, as multas contratuais e por danos causados. É preciso lembrar, ainda, que o procedimento está sujeito à infundáveis disputas judiciais que podem se arrastar por muitos anos¹⁶⁰.

As características e formalidades de cada instrumento brevemente levantadas e aplicados à exemplos práticos demonstram como fatores econômicos precisam ser considerados pela escolha administrativa e como, muitas vezes, as soluções jurídicas não se amoldam perfeitamente à hipótese ou são insuficientes para se alcançar o fim pretendido. Em um contexto de crise econômica, como a atual, esses problemas de conformação jurídica e a ausência de avaliação de custos de transação e resultados podem agravar a situação. A Administração precisa atrair investimentos, resolver de forma célere impasses contratuais e ao mesmo tempo agir com recursos cada vez mais escassos.

Por isso, a instituição da relicitação e a ampliação das hipóteses de prorrogação antecipada fazem mais do que apenas fornecer outras opções jurídicas aos impasses contratuais da Administração Pública. Os instrumentos retiram o Poder Público de sua “zona de conforto”, fazendo com que justifique, também com base em fatores econômicos, por que irá encampar e não prorrogar antecipadamente ou por que irá declarar a caducidade e não relicitar.

Esses, portanto, são os fatores que serão enfrentados comparativamente no último capítulo desse trabalho, quando se terá oportunidade de aprofundar os aspectos econômicos envolvidos em cada medida (inclusive os custos de transação, falhas informacionais e os resultados práticos delas decorrentes), com vistas a fornecer um norte à escolha pública. Antes, contudo, será necessário tratar da natureza mutável desses contratos, cujo constante processo de mudança, a miríade de situações a que se submetem, bem como a complexidade intrínseca aos ajustes, os afastam da lógica das contratações

¹⁶⁰ Na prática, a concessão do Aeroporto Internacional de Campinas se encontra em um impasse, a concessionária apresentou, em julho de 2017 pedido de relicitação. Disponível em: <http://www.viracopos.com/-institucional/imprensa/28-07-2017-nota-a-imprensa.html>. Acesso em: 30 jul. 2017. A ANAC, por sua vez, iniciou o processo de caducidade, fevereiro desse ano. ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/-noticias/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>. Acesso em: 10 mar. 2018.

em geral e demandam uma perspectiva capaz de conjugar economia e direito. Por esse motivo, passa-se, agora, a tratar dos contratos de longo prazo não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também por um viés econômico.

2. A VISÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS PÚBLICOS DE LONGO PRAZO

Os movimentos de compreensão do Direito Administrativo como algo especial são tão naturais e solidificados na literatura, na concepção do administrador público e na noção geral, que tornam mais complexas as tentativas de se introduzir outras ideias nesse campo. Não se pode, contudo, fugir ao debate jurídico e (pelo menos tentar) trazer, para o dia-a-dia da Administração, outras formas de pensar.

A aproximação com a Economia é uma dessas vertentes, que fazem muitos operadores negarem essa possibilidade — fugindo ao debate —, sob a justificativa de que os valores defendidos pela Administração seriam contrários à análise econômica. Difunde-se, assim, a ideia de que justiça e economia não se confundem, já que não seria possível conjugar distributividade e maximização de riquezas — como se cada uma dessas ciências se reduzisse a esses conceitos.

Há muito, contudo, notadamente em sistemas jurídicos regidos pela *common law*, já se admite que Direito e Economia não são ciências opostas. Nos Estados Unidos, por exemplo, desde a década de 1990, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito do país, também passaram a ser publicadas diversas revistas especializadas sobre o tema. Antes, contudo, as teorias econômicas já tinham aplicação frequente nas decisões judiciais, como as proferidas por Stephen Breyer, Richard A. Posner, Frank Easterbrook, Guido Calabresi, Douglas Ginsburg, Robert Bork e Alex Kozinski¹⁶¹. Desenvolvia-se, assim, a chamada Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*¹⁶².

Dar um passo no sentido de introduzir elementos econômicos no âmbito específico do Direito Administrativo não parece, assim, tão drástico. Principalmente se considerada a ponderação realizada por Susan Rose-Ackerman¹⁶³ acerca do tema:

¹⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 2ª Ed. reprinted with corrections. Massachusetts: Addison-Wesley, 1998. p. 2-3.

¹⁶² De acordo com Richard A. Posner, essa mais recente aproximação entre direito e economia pode ser identificada como *new law and economics*. Isso porque, segundo o autor, já existia antes a análise econômica do direito, mas praticamente restrita à análise de leis antitruste. Conforme expõe o autor, “*the new law and economics may be dated somewhat arbitrarily from the beginning of the 1960s, when Guido Calabresi’s first article on torts and Ronald Coase’s article on social cost were published. These were the first modern attempts to apply economic analysis systematically to areas of law that do not avowedly regulate economic relationships*”. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6th ed. New York: Aspen, 2003. p. 19-20.

¹⁶³ ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito e o novo direito administrativo. In: **Regulação Econômica e Democracia**. O debate norte-americano. MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 231-265. Vale acrescentar que a autora propõe, inclusive, uma visão prospectiva da análise econômica. Portanto, não discute sequer a sua aplicabilidade, mas formas de

Economia: a ciência desanimadora. Isso certamente insulta o portador das notícias ruins. O método econômico não é desanimador, exceto no caso em que o menor sinal de matemática ou estatística deprime o leitor. A economia tenta revelar os custos em tempo, dinheiro e energia de todos os empreendimentos da vida; ela se recusa a permitir que sonhadores ignorem a escassez. Mas se os recursos realmente são escassos, teríamos algum benefício em ignorar a verdade?

Não há espaço mais exemplificativo, do que a Administração Pública em termos de recursos escassos. Ter que lidar com eles não é só uma realidade, mas uma obrigação do administrador público. E se isso é um fato, por que não utilizar os ensinamentos econômicos de modo a analisar os custos e resultados das escolhas estatais?

Da mesma forma que a Economia pode fazer uso de normas jurídicas que garantam estabilidade das relações¹⁶⁴, também o Direito pode fazer uso dos ensinamentos econômicos para trazer mais elementos de racionalidade às escolhas jurídicas. A relação de intercambialidade entre as ciências induz, assim, a um tratamento novo para institutos tradicionais.

É o que ocorre, por exemplo, com os contratos. Em termos de relações complexas e de longo prazo levar em consideração não só o que dispõem as normas legais e as cláusulas imperativas, mas também o custo de transação envolvido, o comportamento das partes e a necessidade de mutação/adaptação ao longo do tempo, pode ser a forma de assegurar estabilidade e estimular a confiança entre os contratantes.

Sobretudo em tempos de crise econômica, de escassez ainda mais evidente dos recursos públicos e privados, torna-se clara a necessidade de a Administração avaliar os custos, benefícios e as consequências da sua escolha. Introduce-se, assim, a figura do juseconomista, ou seja, de um praticante da “ciência da escolha humana”, como identificou Ivo Gico Jr., segundo o qual¹⁶⁵:

considerar outras variáveis, além daquelas trazidas pela Escola de Chicago (utilitarista) ou pela Escola da Virgínia (que considera a *public choice* no plano constitucional), e pelas teorias que enfatizam os direitos de propriedade estáveis. A autora, defende a análise econômica em conjunto com as políticas públicas.

¹⁶⁴ Conforme destacado por Antônio José Maristrello Porto e Lucas Thevernard Gomes, na economia neoclássica “as normas jurídicas, como instrumento de regulação *latu sensu* por excelência, tem dois papéis centrais: a defesa do funcionamento do livre mercado em regra, e a viabilização da intervenção do Estado para corrigir falhas de mercado quando necessário”. PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevernard. Análise econômica da função social dos contratos: Críticas e aprofundamentos. **Revista Economic Analysis of Law Review**. v. 1, n. 2, p. 196-212, jul./dez. 2010. p. 203.

¹⁶⁵ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 29.

É precisamente nessa qualidade que a abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das consequências sociais de cada escolha. A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social.

Mais do que assumir, portanto, a posição de detentor da última palavra ou daquele que aporta recursos, o administrador público assume a função de *gestor* do contrato administrativo. Diante dessa perspectiva, o Poder Público contratante tem a tarefa administrativa de acompanhar a relação contratual, de forma orientada a uma perspectiva profilática ou preventiva, no sentido de evitar ou prevenir eventos de incumprimento por parte do contraente privado, adotando medidas “reactivas, com caráter *ex post*, que cumprem o propósito de *remediar* certas situações disfuncionais”¹⁶⁶.

Essa tarefa, por sua vez, pode ser desempenhada de modo a considerar os influxos da ciência econômica, passando-se de decisões fundamentadas puramente em valores, para uma postura que possa, conforme os ensinamentos de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, inventariar os resultados desejados, identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca, determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo¹⁶⁷.

A realidade, não só da legislação¹⁶⁸, mas da interpretação que se vem conferindo à atuação pública no Brasil, demonstram, contudo, que há ainda um caminho longo a ser trilhado nesse sentido. Espera-se que a crise econômica — por mais que isso possa soar contraditório

¹⁶⁶ GONÇALVES, Pedro. **Gestão de contratos públicos em tempo de crise**. GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 11.

¹⁶⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução SZTAJN, Rachel. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31. Trata-se da descrição do procedimento adotado por um indivíduo ao fazer uma escolha racional. Faz-se necessário esclarecer, contudo, que na própria economia, vezes se levantaram contra a racionalidade, entendendo-a como irrealista. Para Herbert Simon, a racionalidade é limitada, havendo outros fatores que são considerados pelo agente econômico quando da sua tomada de decisão (como questões políticas e éticas, por exemplo). cf. SIMON, Herbert A., A behavioral model of rational choice. **Quarterly Journal of Economics**. 69, p. 99-118, 1955. O estudo mais aprofundado sobre o tema foge ao objetivo desse trabalho.

¹⁶⁸ Sobre o atraso legislação em considerar aspectos econômicos, assim se pronunciou Marcos Nóbrega, “Fica claro que uma série de problemas, assimetrias de informações, subsistem em nosso sistema de seleção para parceiros em projetos de infraestrutura, seja pelo anacronismo da lei geral de licitações (Lei nº 8.666/1993) ou mesmo pela incapacidade da legislação específica (Leis nº 8.987/95 e 11.074/04) de discernir aspectos como custos de transação, assimetrias de informação e incompletude contratual”. NÓBREGA, Marcos. **Análise econômica do direito administrativo**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 404-416. A par da constatação do autor, não se pode deixar de mencionar que a edição das Leis 13.334/2016, 13.448/2017 e 13.655/2018 trouxeram novas perspectivas para o âmbito do Direito Administrativo, exigindo, inclusive, análise de custos e benefícios pelo Administrador e a avaliação das consequências da escolha pública.

—, sirva de impulso para acelerar essas mudanças. Afinal, “a escassez nos força a utilizar as coisas a nossa disposição melhor e a imaginar novas formas ou meios de fazê-lo”¹⁶⁹. A inovação que modifica o ambiente, por outro lado, força a que nos adaptemos ao novo modo de fazer, pensar e agir.

É com essa perspectiva que se propõe a análise dos contratos administrativos complexos e de longa duração objeto desse estudo. Diante de outro olhar sobre os seus dogmas e paradigmas, é possível apresentar formas diversas de pensá-los.

2.1. O contrato público não é ato unilateral

A digressão realizada no capítulo anterior, para além de contextualizar o tema, serve para demonstrar que as transformações do direito administrativo — ou nos dizeres de Odete Medauar, a sua evolução¹⁷⁰ — levaram ao reconhecimento de que o Estado contrata.

Fala-se, inclusive, em Administração *concertada*, dando conta de uma Administração que atua também pelo consenso. É dizer, que busca a concordância dos interessados “não apenas para o desempenho da administração corrente como e principalmente para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até para a solução de conflitos”¹⁷¹.

¹⁶⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução SZTAJN, Rachel. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

¹⁷⁰ A professora Odete Medauar desenvolveu o tema da mutação do direito administrativo no livro intitulado “O direito administrativo em evolução”. Nessa oportunidade, a autora contextualizou o contrato em âmbito público em dois momentos distintos dessa evolução. O primeiro envolveu o seu reconhecimento pelo direito administrativo e a superação da ideia de que a posição de supremacia da Administração e o interesse público afastariam essa possibilidade. Já no segundo momento, mais atual, destaca que as mutações do quadro político-institucional acarretam transformações no conteúdo das matrizes clássicas, como discussões acerca da posição dominante e impositiva da Administração nas relações contratuais ou mesmo a necessidade de sua flexibilização. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 206-215.

¹⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 231, p. 146, jan./mar. 2003. Não se pode deixar de apontar para o fato de que a expressão foi aqui utilizada de forma ampla, é dizer, colocou-se as relações contratuais no âmbito do consenso. Cabe, contudo, o alerta de que para parte da literatura os institutos são próximos, mas não se confundem. Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de Patrícia Baptista: “Noção vizinha à de consensualidade é a de contratualidade, surgida em decorrência do substancial aumento de atividade contratual da Administração Pública nas últimas décadas. Entre ambas, consensualidade e contratualidade existe uma certa confusão, já que as duas são reflexos de um processo mais amplo de busca da Administração por parcerias na sociedade, com vistas à realização de tarefas públicas. Não obstante essa zona comum, para fins de tratamento dogmático consensualidade e contratualidade não devem ser tidas como sinônimos”. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 272-273.

Jacques Chevallier chega até mesmo a relacionar governança e contratualização. Na visão do autor, os contratos no âmbito administrativo instrumentalizam a governança (promovem a sua *juridicização*) e se apresentam como forma de flexibilização da atuação estatal, de forma a repousar “mais sobre a cooperação dos atores do que sobre a unilateralidade”¹⁷². De acordo com Chevallier¹⁷³:

A contratualização constitui um instrumento privilegiado de formalização da governança. Com efeito, ela traduz juridicamente a abordagem contratualista e consensual da ação pública – que figura entre os fundamentos da governança. A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o *acordo de vontades*. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de autores autônomos (dos quais se deve obter cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum. Encontra-se aqui, portanto, a lógica que caracteriza a governança.

Se é fato que a Administração contrata e o direito administrativo caminha para o reconhecimento dessa nova posição do Estado e das relações contratuais, o presente tópico não seria apenas um contrassenso, seria desnecessário. Aliás, se consideradas as parcerias especificamente tratadas nesse trabalho, bastaria a leitura dos dispositivos legais que as classificam, para considerá-las *contratos administrativos*, afastando-se, mais uma vez, a coerência da afirmação inaugural: “o contrato público não é ato unilateral”.

Com efeito, a Lei nº 13.334/2016, ao delimitar o âmbito de incidência do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, foi bastante clara ao dispor sobre parcerias instrumentalizadas por meio de *contratos*¹⁷⁴. O ato normativo, inclusive, delimitou o que se deveria entender como *contrato de parceria*, a saber: a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de

¹⁷² CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: a. 3, n. 12, p. 129-146, out./dez., 2005. p. 131.

¹⁷³ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. In: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: a. 3, n. 12, p. 129-146, out./dez., 2005. p. 138-139.

¹⁷⁴ De acordo com o art. 1º da referida lei, “Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada *por meio da celebração de contratos de parceria* para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.”.

investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante¹⁷⁵.

Não por outro motivo, com a edição da Lei nº 13.448/2017, buscou-se exatamente tratar de problemas *contratuais* das parcerias reguladas pelo PPI. Seja pela alteração do prazo — antecipadamente, para fins de investimento, ou em razão da proximidade do término —, seja pela extinção amigável, por meio da relicitação, os instrumentos trazidos pela lei foram pensados para enfrentar questões de índole contratual.

Aliás, não foi só a partir do advento do PPI que a legislação foi expressa quanto o caráter contratual das parcerias por ele mencionadas. A própria Constituição Federal, ao tratar especificamente sobre a concessão e a permissão de serviços públicos, já trazia o dever legal de “dispor sobre o caráter especial de seu *contrato*”, dando conta da natureza do instituto.

Em 1995, quando editada a Lei nº 8.987 — estabelecendo a normativa geral das concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos — seguiu-se a orientação constitucional por meio de disposições que apontaram para a submissão da relação a um *contrato*¹⁷⁶. No mesmo sentido foram editadas legislações setoriais que, ao tratar de concessões, destacaram o caráter contratual dos ajustes, como a Lei Geral de

¹⁷⁵ Trata-se da redação extraída do parágrafo 2º, do art. 1º da Lei nº 13.334/2016.

¹⁷⁶ Além do artigo 1º da referida lei — segundo o qual “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos *indispensáveis contratos*”—, o art. 4º, ao tratar especificamente da concessão e o art. 40 acerca da permissão, apontaram para a contratualidade dessas parcerias. Não se desconhece a discussão da literatura acerca da natureza da permissão de serviço público. Adota-se, contudo, a posição defendida por Egon Bockmann Moreira, a qual reconhece o caráter contratual da permissão. Segundo o autor, “a Lei 8.987/1995 disciplina, sob esse rótulo normativo, um *contrato de adesão* oriundo de prévio certame licitatório. É a conclusão a que se chega da leitura dos arts. 1º (‘cláusulas dos indispensáveis contratos’), 2º, IV (‘mediante licitação’), e 40 (‘formalizada mediante contrato de adesão’). Nos dias de hoje, muito menos se pode desprezar o fato de que o *caput* do art. 175 da CF exige licitação para a outorga da permissão e seu inciso I prescreve o caráter especial do contrato. Em que pese haver reservas quanto à técnica legislativa, os textos constitucional e legal abarcam a contratualidade das permissões de serviços público, a emergir da combinação do processo licitatório que as antecede com a especialidade do seu regime contratual. (...) Nos termos da Lei Geral de Concessões, a permissão é o *contrato de adesão, precedido de licitação, por meio do qual a Administração ao mesmo tempo em que permite o exercício de determinado serviço público pelo particular, regula essa atividade ao instalar certas obrigações contratuais*.” MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164-165. De modo diverso entende Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a permissão, ainda que de serviço público, configura ato unilateral, precário e *intuitu personae*. Para o autor, nem mesmo a redação Constitucional ou da Lei 8.987/1995 seriam capazes de afastar tal natureza: “Conquanto o parágrafo único, inciso I, do art. 175 da Constituição Federal, que trata conjuntamente de concessões e permissões, fale em ‘contrato’, evidentemente o fez com imprecisão técnica de redação, pois a expressão, obviamente, só pode estar reportada às concessões, embora, do modo como está posta linguagem normativa, abarcasse a ambas”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 787.

Telecomunicações¹⁷⁷ e a Lei que promoveu a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre¹⁷⁸.

Há, ainda, a disciplina estabelecida pela Lei nº 11.079/2004, que ao tratar das Parcerias Público-privadas, as definiu como “*contrato administrativo* de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”¹⁷⁹.

Veja-se que também os arrendamentos — mencionados pelo PPI — já haviam sido caracterizados como *contratos* pela legislação. É o caso, por exemplo, do arrendamento no setor portuário. Desde a edição da antiga Lei dos Portos (Lei nº 8.630/1993), a construção, reforma, ampliação, melhoramento e exploração da instalação portuária dependia da celebração de um *contrato de arrendamento*, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária¹⁸⁰. A mesma natureza contratual foi mantida pela Lei nº 12.815/2013, que, ao revogar a legislação anterior, estabeleceu que o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária será realizado “mediante a *celebração de contrato*, sempre precedida de licitação”¹⁸¹.

¹⁷⁷ A Lei nº 9.472/1997 dispôs sobre a concessão no capítulo II, a partir do seu art. 83, tendo dedicado a seção II do referido capítulo integralmente à disciplina contratual.

¹⁷⁸ Além de criar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a Lei nº 10.233/2001 dispôs sobre a forma contratual da concessão e da permissão nos artigos 35 e 39 respectivamente.

¹⁷⁹ Redação do art. 2º da Lei.

¹⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. Regime Jurídico da autorização portuária no Brasil. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). **A nova regulação de infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferroviários e rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 157-178. Interessante notar que sob a égide da lei anterior muito se discutiu acerca da natureza jurídica desse contrato, se de concessão de serviço público ou bem público, ou mesmo se contrato privado. Não se discutia, contudo, acerca da natureza *contratual* do ajuste. Como explicam Floriano de Azevedo Marques e Fábio Barbalho Leite, ao tratar do arrendamento previsto na lei anterior, “a doutrina se divide quanto à natureza do contrato de arrendamento no bojo da Lei nº 8.630/93. Além daqueles que sustentam tratar-se de concessão de serviço público, outros afirmam que o arrendamento consiste em concessão de bem público ou de obra pública, e ainda há quem propugne que se trata do arrendamento clássico do direito civil (artigo 679 do Código Civil) aplicado à Administração Pública sob o regime do Decreto-lei nº 9.760/46”. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário. **Revista de Direito Administrativo**. v. 231, p. 277, 2003. A natureza contratual tampouco se tornou objeto de discussão com o advento da lei atual. Segundo Egon Bockmann Moreira, “é de se destacar que o art. 1º, §3º, da Lei nº 12.815/2013, exige que as concessões, os arrendamentos e as autorizações somente sejam ‘outorgadas a pessoa jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco’. Aqui houve a uniformização dos regimes dessas *três modalidades contratuais portuárias*”. MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 55. Alerta-se, todavia, que há quem defenda que no caso da autorização portuária, embora tenha sido endereçada pela lei como um *contrato de adesão*, seria, na verdade, um ato administrativo (cf. CARVALHO, Juliene Erthal de. A natureza jurídica da autorização para a exploração da infraestrutura portuária. In: CESAR PEREIRA, Rafael Wallbach Schwind (Coord.) **Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização**, arbitragem. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 519-532.

¹⁸¹ Trecho extraído do art. 4º da referida lei.

O que se percebe, portanto, é que a leitura dos dispositivos acima indicados — e são inúmeros os exemplos — deveria ser suficiente para confirmar o fato de que a Administração celebra contratos e que estes não se confundem com a imposição de atos unilaterais. Mas, então, qual seria o motivo da afirmação inaugural?

A resposta a essa indagação e a justificativa para o presente tópico possuem três ordens distintas. Em primeiro lugar, por uma razão histórica, uma vez que muito já se discutiu acerca da natureza jurídica das concessões — foco do Programa de Parceria de Investimentos¹⁸². A segunda é de ordem interpretativa, pois, apesar da qualificação legal, ignora-se em inúmeras oportunidades a bilateralidade e o acordo de vontade característicos dos contratos.

Há, ainda, uma implicação de ordem prática, a questão de saber se deve atribuir-se maior relevo aos interesses privados do concessionário (na estabilidade da relação de concessão e dos seus direitos) ou ao interesse público (que pode exigir a alteração ou a extinção prematura da relação da concessão)¹⁸³.

2.1.1. Concessões são contratos administrativos

De fato, do ponto de vista histórico, a transformação no modo de se conceber e qualificar as concessões¹⁸⁴ praticamente se confunde com a mutação pela qual passou o contrato administrativo ao longo do tempo. “Através da concessão, passa a existir um verdadeiro

¹⁸² Como visto acima, o art. 4º da Lei nº 13.334/2016, ao definir os contratos passíveis de sujeição ao PPI elencou basicamente os contratos concessionais. Para além da definição legal, a complexidade desses ajustes — os quais envolvem a disciplina das condições de prestação do objeto concedido; as relações entre concessionários, concedentes e usuários; e o plexo de relações com terceiros —, e a sua importância na construção da teoria dos contratos administrativos. Vide: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.p. 139-151. Justificam o recorte aqui realizado para fins de demonstração das mudanças de interpretação quanto à sua natureza jurídica.

¹⁸³ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 178.

¹⁸⁴ A expressão concessão é um termo equívoco até mesmo se considerado apenas no âmbito do Direito Administrativo, havendo autores que lhe dão sentido restrito e outros, sentido amplíssimo (a abarcar, por exemplo, a concessão de títulos, cidadania ou vistos até a delegação de uma função ao particular). Fernando Vernalha Guimarães, por exemplo, chega a afirmar que o termo *concessão* isoladamente considerado não apresenta significação jurídica técnica. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22. No caso do presente estudo, o termo está sendo utilizado com o seu sentido intermediário, é dizer, “como sendo a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja *inerente à Administração*, quer se trate de um *serviço* — serviço público em sentido estrito ou outra atividade própria da Administração —, quer seja o uso ou exploração de um *bem público*.”. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 262. No mesmo sentido, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 35.

fenómeno de substituição da Administração por particulares na realização de tarefas de serviço público”¹⁸⁵, e a depender do período ou da corrente interpretativa adotada, tal relação jurídica entre o particular e o Estado pode ser entendida como um ato unilateral, um contrato ou mesmo o resultado de ambos.

Essa, aliás, é a classificação adotada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que divide em três *categorias fundamentais* os entendimentos acerca da natureza jurídica das concessões: “1) doutrinas unilaterais; 2) doutrinas contratuais; e 3) doutrinas complexas”¹⁸⁶.

A literatura comparada também dá conta da existência de mais de uma interpretação acerca da natureza das concessões. O autor português, Pedro Costa Gonçalves, por exemplo, classifica os entendimentos sobre esses ajustes da seguinte forma: (a) como “acto administrativo”; (b) como “*fattispecie* global, desdobrada em dois momentos jurídicos: acto administrativo de concessão seguido de contrato”; (c) como “contrato administrativo”; (d) como “acto misto (normativo e contratual)”; e (e) como “acto de natureza dupla, variável em função das pessoas a quem se aplicam as disposições nele inseridas”¹⁸⁷.

Ainda que sejam diversas as classificações adotadas — em três categorias, como se passa a discorrer a seguir, ou em cinco, como defendido pelo autor português —, essa multiplicidade de entendimentos denotam a ausência de consenso acerca da natureza jurídica das concessões a despeito da definição legal¹⁸⁸. E as consequências dessa divergência de entendimentos não se reduzem ao âmbito acadêmico, tendo relevância prática sobre a postura da Administração nesses ajustes e sobre os direitos e obrigações reconhecidos ao particular.

A concessão concebida como um ato unilateral administrativo tem suas bases na própria passagem desse instituto do direito privado para o direito público. Quando se reconhece a natureza pública da concessão, a literatura passa a buscar enquadrá-la em uma forma típica da

¹⁸⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006. p. 128.

¹⁸⁶ O autor alerta, todavia, que cada uma das categorias comporta teorias diversas a sustentar a natureza escolhida.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v. 2, p. 879, 1951.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 181-193. Conquanto o autor tenha elencado duas categorias além daquelas apontadas pela classificação ora utilizada, a análise dos termos de cada uma delas indica que, ao fim e ao cabo, as classificações são muito semelhantes. Isso porque, o autor subdivide as teorias complexas em duas — “*fattispecie* global, desdobrada em dois momentos jurídicos, acto administrativo de concessão seguido de contrato” e “acto misto (normativo e contratual)” —, gerando uma categoria a mais. Além disso, quando o autor classifica a concessão de acordo com o seu ator, afasta-se das outras categorias que levam em conta o ato. Isso, representaria, na verdade, uma nova classificação, pelo elemento subjetivo.

¹⁸⁸ Veja-se que, também em Portugal, a legislação considera a concessão um contrato. O instituto está expressamente elencado no artigo 11 do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, alterado pelo Decreto-Lei nº 111/2017.

atuação administrativa, e, diante da supremacia da Administração, o ato unilateral passa a ser entendido como a melhor conformação¹⁸⁹.

A concessão, assim, seria instituída por ato do Poder Concedente, sendo a vontade do concessionário ignorada ou, no máximo, entendida como complementar à manifestação exarada pela Administração. Como explica Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁹⁰:

a vertente unilateralista não concebe a possibilidade de a concessão depender de acordo de vontades. Essa linha doutrinária presume ser a concessão uma manifestação da autoridade e, portanto, não aceita que haja vinculação necessária entre a concessão e a manifestação de vontade do particular. Embora tal entendimento comporte vários diferentes matizes, em comum há o fato de os autores considerarem ser (i) secundária ou irrelevante a vontade do concessionário para o perfazimento do ato concessório e (ii) a delegação ser ato unilateral e exclusivo de poder, não se assemelhando a uma relação negocial pois que o Poder Público não estaria vinculado juridicamente ao particular.

Dessas características não decorre apenas a constatação da unilateralidade do ato de concessão, mas, principalmente, uma posição de maior vulnerabilidade do particular. Se não há um acordo de vontades, o plexo de direitos do concessionário é bem reduzido, e da mesma forma que a vontade do Poder Público bastaria para se efetivar a concessão, também esta seria suficiente para a sua extinção.

A perspectiva oposta à unilateralidade do instituto é aquela que reconhece a sua natureza contratual. É dizer, a concessão “surge de um acôrdo entre o Estado e o particular, cujas vontades se integram como elementos necessários para que este acôrdo produza os seus

¹⁸⁹ Como visto no capítulo anterior, especialmente no subitem 1.1.1, essa visão ganhou maior relevo dentre os doutrinadores alemães. Nesse sentido, Otto Mayer se manifestou sobre a natureza das concessões como atos unilaterais. MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Vol. 4: Parte especial: las obligaciones especiales - 2ª ed. inalt. - Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 162.

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 138. Interessante nesse ponto resgatar a visão defendida em 1968 pela doutrina pátria, de que a Administração ou celebraria contrato de natureza privada (cf. categoria *infra* da contratualidade) ou praticaria ato unilateral. Para Celso Seixas Ribeiro Bastos, se a questão envolve serviço público não se trataria de contrato, mas ato: “À luz desta, em nosso entender, desaparece a utilidade da noção de contrato administrativo. Isto porque, diante de uma convenção celebrada entre a Administração Pública e o particular, ou estaremos na presença de um acordo vinculante ao extremo, com todas as características de estabilidade e permanência próprias do Direito Privado; ou estaremos enfrentando uma situação em que a Administração detém poder de disposição sobre as cláusulas. Então, não estaríamos diante de um contrato. Trata-se, no caso, apenas de subsunção do particular a um regime legal ou estatutário. Com efeito, nesta última hipótese, o bem, ou interesse objeto da relação jurídica é ‘serviço público’ e, portanto, inegociável, pelo que nem mesmo a Administração poderia ‘negociá-lo’, através de um contrato.”. BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *In: A concessão de Serviços públicos e os contratos administrativos*. **Revista de Direito Público- RDP**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 11, jan./mar. 1970. p. 191.

efeitos”¹⁹¹. A relação jurídica estabelecida entre a Administração e o parceiro privado dependeria, assim, da fusão de vontade de ambos — um pretendendo conceder e o outro aceitando as condições e querendo explorar o objeto — gerando obrigações e direitos recíprocos.

Essa, aliás, foi a classificação inaugural do instituto, quando este ainda não era reconhecido no âmbito do Direito Administrativo. Tal como já demonstrado nesse trabalho (cf. item 1.1.1), as primeiras concessões foram inicialmente celebradas como contratos de direito privado¹⁹². Isso porque, apesar do seu objeto público, entendia-se que, ao celebrar o contrato, o Estado atuaria desprovido do seu poder de império, o que afastaria a aplicação do regime público e atrairia a disciplina privada.

Desde o início do Século XX, contudo, a figura da concessão está incorporada ao Direito público. Assim, embora exista uma categoria que considere ser a concessão um contrato, esse entendimento não afasta a aplicação das regras públicas a essas parcerias¹⁹³.

Na literatura pátria, essa é a posição adotada por Marcos Juruena Villela Souto¹⁹⁴, segundo o qual:

As concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa, através dos quais a Administração – poder concedente — transfere a um particular — concessionário — a realização e exploração, por sua conta e risco de uma obra ou serviço público, cabendo este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (Lei nº 8.987/95).

¹⁹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v. 2, p. 879, 1951. p. 884.

¹⁹² ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006. p. 131.

¹⁹³ O autor Pedro Costa Gonçalves alerta que houve recentes tentativas de parte da literatura italiana de recuperar a tese privatista dos contratos de concessão, sem obter, todavia, adesão significativa. Segundo o autor, “apareceram mais recentemente, em Itália, Autores a recuperar a tese da natureza privada dos actos constitutivos da relação de concessão: foi, primeiro, o caso de Aldo Bardusco e, já nos anos 80, de Marco D’Alberti, defensores de uma *teoria pan-privatística* de todos os contratos da Administração, incluindo, portanto, os contratos de concessão de serviços públicos.”. GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 180.

¹⁹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 10. No mesmo sentido, pode-se citar Themístocles Brandão Cavalcanti, que em 1938, assim se manifestou: “A theoria da concessão como contracto de direito publico é a mais lógica e de acordo com a realidade. A natureza contratual da concessão se nos afigura manifesta porque a sua existência e obrigatoriedade decorre de uma dupla manifestação de vontade do poder concedente e do concessionário. É indispensável, assim, o acordo de vontades. Pouco importa que hajam clausulas obrigatórias, decorrentes de normas geraes e impessoais dictadas pela lei e que preexistem, e a ellas se acham subordinadas as autoridades administrativas na estipulação das clausulas contractuales.”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro - parte especial**. 2ª ed, v. II, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. p. 315.

Como se verá adiante, adota-se também no presente trabalho o entendimento de que a concessão é um contrato, ou seja, consubstancia relação jurídica bilateral decorrente de um acordo de vontades entre a Administração e o particular. E desse ajuste, decorrem, também, direitos e obrigações recíprocos, ainda que se reconheça a convivência com certas prerrogativas estatais.

Antes, todavia, não se pode deixar de tratar da última categoria mencionada, a que vê a concessão como um instituto jurídico complexo, envolvendo tanto um ato unilateral da Administração, como um contrato (são as chamadas *teorias complexas*).

Para os defensores desse entendimento — nas suas diferentes nuances¹⁹⁵ —, a reunião do ato mais contrato seria capaz de conciliar as divergências entre as duas categorias anteriores. Assim, a concessão seria formada pela união de um ato unilateral do Poder Público, envolvendo a regulamentação do objeto concedido (o que estaria no âmbito do exercício das prerrogativas estatais), bem como por um negócio jurídico, o contrato, capaz de endereçar as questões de natureza puramente econômica do ajuste.

A respeito das concessões, foi essa a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁶:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições *de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço*, isto é, as *condições*, em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo

¹⁹⁵ Embora seja possível reunir em uma categoria a defesa da concessão como ato mais contrato, existem diferentes modulações acerca da teoria bipartida. Alguns entendem que a concessão surge com o ato unilateral e apenas se aperfeiçoa, para efeitos de execução, com o contrato complementar. Para outros, a concessão só nasce com o contrato, mas que depende de um ato regulamentar anterior. Há, ainda, os defensores do ato-união, por meio do qual as partes acordam que o objeto será explorado conforme regulamento proveniente de ato unilateral do Poder Público, assegurado o equilíbrio econômico-financeiro por meio de contrato. Sobre essas concepções cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v. 2, p. 879, 1951. p. 893-898.

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 739. Veja-se que outros autores defendem a existência de um ato e um contrato quando se está diante de uma concessão, mas, como visto na nota acima, as teorias possuem nuances que as distinguem. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por exemplo, a Concessão é um ato-união “Poderá haver contrato tão somente quanto à equação econômico-financeira da concessão, como ato jurídico complementar e adjeto ao ato unilateral ou união da concessão”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 682. O professor Egon Bockmann Moreira, também defende a existência de um ato unilateral a compor a concessão, embora intimamente ligado ao contrato. Segundo o autor, “o ato de outorga, que a Lei Geral de Concessões denomina de *delegação*, é estruturalmente ligado ao contrato de concessão: este não existe sem aquele, que pode ser (ou não) expressamente consignado no texto contratual. A relação jurídica concessionária depende, portanto, da outorgada da execução do serviço público por meio de ato administrativo. Mas fato é que este ato representa apenas o *instante inaugural* de todas as relações dinâmicas a serem desenvolvidas no projeto concessionário.”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 93.

da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

Nesse caso, os direitos dos contratados não serão reduzidos, como na corrente unilateralista, mas ficarão restritos à matéria apta a integrar o contrato. No mais — isto é, naquilo que for regulamentado por meio do ato administrativo — impera a vontade da Administração.

Diversamente dessa última categoria e do entendimento que enxerga a concessão como ato unilateral, entende-se nesse trabalho — como já adiantado acima — que as concessões são verdadeiros *contratos*, tanto por expressa disposição legal, como pela própria natureza do ajuste firmado com o particular. É dizer, não há ato unilateral na concessão, mas manifestação da vontade da Administração em contratar-conceder para obtenção de determinada finalidade pública e a vontade do particular de formar o vínculo e prestar o serviço ou realizar a obra pública¹⁹⁷.

O caráter contratual do ajuste, como muito bem pontuado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, não se afasta sob os argumentos de (i) haver desigualdade entre as partes; (ii) inexistir autonomia de vontade na relação concessória; (iii) ser o objeto da concessão coisa fora do comércio; e, principalmente, (iv) não ser admissível à Administração sujeitar-se ao pactuado pelo prazo da concessão¹⁹⁸.

A questão da desigualdade entre a Administração e o particular contratado e a sua irrelevância para a configuração da natureza contratual do ajuste já havia sido tratada nesse trabalho (cf. item 1.1.3). Como sustentado anteriormente, até mesmo no Direito Privado se admite que uma das partes tenha grau de proteção estatal mais elevado e, ainda assim, celebre contratos. Se não se entendesse dessa forma, não existiriam contratos de consumo, ou mesmo de trabalho.

Esse ponto, aliás, está intimamente relacionado ao contrato como expressão da autonomia da vontade e a suposta incompatibilidade com a relação concessória e os demais

¹⁹⁷ Quando Mário Masagão, em 1933, defendeu a natureza contratual das concessões, tratou da vontade como ponto central da questão. Segundo o autor: “se os dois consentimentos manifestados cream direitos e deveres para as partes, se estas ficam, assim, vinculadas a relações jurídicas recíprocas, aparece, sem qualquer dúvida, um contrato. E é isso, precisamente, o que se dá na concessão. Por consequência, as vontades do concedente e do concessionário não permanecem isoladas, em negócios unilaterais distintos. Elas se fundem, em um contrato”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v. 2, p. 879, 1951. p. 78.

¹⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 142.

ajustes firmados pela Administração. No novo contexto em que se insere a relação contratual no próprio Direito Privado — cuja admissão de partes desiguais é uma de suas vertentes —, a *autonomia privada* deixa de ser a sua expressão determinante. O *contrato*, então, “passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes”¹⁹⁹.

Não há razão, portanto, para se afastar a contração do âmbito público buscando fundamento na ausência de autonomia. A Administração, quando resolve conceder determinado objeto para atingir finalidade pública, exerce uma opção reconhecida, inclusive, por lei. E tal escolha não configura um ato unilateral, como pretendem as teorias dualistas, do contrário toda escolha da administração pressuporia esse ato. Na verdade, essa escolha pode ser entendida como o momento que precede a aceitação pelo contratado — sucessão, aliás, também presente no Direito das obrigações, no qual a proposta precede o aceite.

Da mesma forma, o contratado não está obrigado a aceitar o objeto concedido, se o faz é porque expressa a sua vontade nesse sentido. Por esses motivos, a concessão se perfaz com a “manifestação recíproca de concessionário e concedente (ambos capazes para exarar validamente essa manifestação) tendo por objeto a oferta e a exploração da atividade pública”²⁰⁰, resultando em um contrato público.

Tampouco afasta o caráter contratual a alegação de que o objeto concedido seria coisa fora do comércio, simplesmente porque não é isso que ocorre. A Administração não transfere ao particular o objeto concedido, mas *delega* o seu *exercício* por prazo determinado²⁰¹. Aliás, “se a concessão importasse em pôr no comércio coisas que estão fora dele, a sua impossibilidade jurídica tanto inexistiria na forma contratual como na unilateral”²⁰².

Por último, não se sustenta a alegação de que o Poder Público não poderia se sujeitar ao particular durante a concessão. A uma porque essa posição reflete uma visão autoritária e até

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.

²⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 144.

²⁰¹ Como explica Marcello Caetano “A concessão implica transferência temporária do exercício dos direitos e poderes da pessoa coletiva de direito público necessários à gestão do serviço pelo concessionário. Não há neste caso simples delegação de poderes mas verdadeira transferência de exercício: durante o prazo da concessão ou enquanto esta subsistir a titularidade dos direitos e poderes continua na entidade concedente, mas a faculdade de os exercer passa a ser exclusivamente do concessionário.”. CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. t. II. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1970. p. 1017. Interessante notar que o autor entende que as concessões podem ser tanto “acto administrativo” — quando decorrentes da vontade da Administração aceita ou não pelo concessionário —, ou “contrato administrativo”, na hipótese de ser decorrente de negociação entre as partes, fruto de um livre acordo de vontades.

²⁰² MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1933. p. 66.

mesmo anacrônica da Administração²⁰³. Em tempos de esforço para se afirmar a consensualidade no âmbito do Direito Público, falar em supremacia/sujeição seria um retrocesso. Há, ainda, uma razão jurídica relevante. A Administração está autorizada por lei a conceder e as cláusulas contratuais formam arcabouço jurídico que também vinculam a sua atuação.

A posição adotada quanto às concessões, reflete o que se vem afirmando no decorrer desse trabalho. Os ajustes que tem por finalidade a delegação de atividades materiais de interesse coletivo a um particular por longo prazo, envolvendo a realização de grandes investimentos ao longo desse tempo²⁰⁴, são *contratos*, tanto por expressa disposição legal, como pela sua própria natureza.

E isso não significa apenas afastar o entendimento acadêmico da unilateralidade, mas reconhecer a natureza contratual (complexa, incompleta e mutável — cf. item 2.2) quando da sua interpretação e aplicação prática. É preciso pensar nesses ajustes como verdadeiros *contratos* complexos e de longo prazo.

2.1.2. A interpretação dos contratos públicos e a posição de supremacia da Administração – um paradigma a ser repensado

Se a premissa é verdadeira, ou seja, a Administração Pública contrata, resta saber se a sua posição como parceira/contratante também se verifica na prática. É dizer, o Poder Público quando firma esses ajustes atua como parte de uma relação contratual ou se posiciona como mero executor/prolator de um ato administrativo unilateral ao qual o particular deverá se submeter?

A resposta a essa indagação é ainda mais desafiadora do que se afirmar a natureza contratual dos ajustes de longo prazo. Isso porque, o enfrentamento do tema está intimamente

²⁰³ Esse entendimento reflete a posição adotada na origem do desenvolvimento da contratação pública, quando ainda se negava essa possibilidade. Como explica Fernando Dias Menezes de Almeida, tal argumentação fundamenta-se “sobretudo numa visão de Estado que ressaltava seu aspecto de superioridade — atributo da soberania estatal — em relação aos indivíduos. São corolários desta superioridade, de um lado, a ausência de isonomia entre eventuais vontades pública e privada contratantes; de outro, a impossibilidade de o Estado propriamente negociar seus interesse soberanos.”. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 151.

²⁰⁴ Interessante notar que essa é a definição utilizada por Rafael Roque Garofano para as concessões em geral, o que reafirma a relação íntima entre as parcerias de longo prazo estudadas nesse trabalho e as concessões. GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 129.

relacionado com a visão de supremacia da Administração, traduzida, no âmbito dos contratos públicos, por meio das chamadas *cláusulas exorbitantes*.

Essas disposições, que asseguram à Administração prerrogativas para além daquelas reconhecidas ao parceiro privado, praticamente se confundem com a posição assumida pelo Poder Público nos contratos que firma. Se não se assegura, *a priori* e de forma indiscriminada, a possibilidade de a Administração alterar o contrato, sancionar o particular ou mesmo rescindir unilateralmente o ajuste, não se teria propriamente um contrato público.

Os ensinamentos de José Cretella Júnior²⁰⁵ (nos idos de 1981) denotam a associação natural entre os contratos administrativos, a superioridade da Administração e a existência dessas cláusulas:

‘Cláusulas de privilégio’, cláusulas de prerrogativas’, ‘cláusulas exorbitantes’ ou ‘cláusulas derogatórias’ são as que permitem à Administração, ‘dentro do contrato’, inegável posição de supremacia, de desnível, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, mostrando ao intérprete que, ao contratar, a Administração ‘não desce’, ‘não se nivela’, não se privatiza’, não abdica de sua potestade pública (‘puissance publique’), mas ao contrário, dirige o contratante, fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe benefícios, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns privilégios.

Veja-se que a natureza contratual pública aparece indissociável da posição assimétrica assumida pela Administração e dos poderes que dela decorrem. Trata-se de um verdadeiro dogma dessas contratações, uma relação de causa e efeito. É como se o contrato administrativo somente pudesse existir diante da condição *ex ante* privilegiada do Poder Público.

Essa característica se afigura tão importante no âmbito da formação da teoria dos contratos administrativos que fundamenta a própria dicotomia entre direito público e o direito privado. As cláusulas derogatórias justificam o afastamento do regime contratual comum e

²⁰⁵ CRETELLA Jr., José. In: As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. **Revista de Direito Público- RDP**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 76, p. 11-27. 1981. Veja-se que Themístocles Cavalcanti, já em 1938, trazia a noção de superioridade da Administração ao reconhecer a natureza contratual das concessões: “não podem mais subsistir as dúvidas até hoje existentes em doutrina quanto à natureza da concessão de serviço público. Não seria lícito pretender atribuir a tais contractos a natureza privada, quando o Estado nelles se reserva o direito de intervir em qualquer tempo na modificação posterior de obrigações assumidas”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro - parte especial**. 2ª ed, v. II, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. p. 319.

sustentam o regime especial das contratações administrativas²⁰⁶. Nos dizeres de Sabino Cassese²⁰⁷:

A outorga à Administração de poderes exorbitantes faz com que o direito administrativo seja um direito especial, diverso do direito privado, porque fundado sobre uma radical desigualdade, unilateral e singular. E conduzirá à busca de espécies diferentes de propriedade, contratos e responsabilidade, próprias deste direito e separadas do direito privado.

O direito administrativo abandonava, assim, o domínio do direito privado que, até então, lhe servia de padrão, constituindo-se em um sistema independente de regras e princípios, onde a contratualidade e o consenso eram limitados pela presença de um direito de maior peso. Formava-se, assim, a dicotomia direito administrativo/direito civil.

Apesar de o autor italiano ter apontado tal característica como própria do Direito Administrativo do fim do século XIX — e os ensinamentos de Cretella Júnior datarem do século passado — a posição superior do contratante público é confirmada, ainda hoje, pela interpretação que a doutrina normalmente confere a esses ajustes. A leitura dogmática, fundamentada na literatura francesa de viés estrutural, do *puissance publique*, tende a colocar a Administração em posição mais favorável pelo simples fato de ser *Administração*.

²⁰⁶ Note-se que as cláusulas exorbitantes são, inclusive, utilizadas para justificar a distinção tradicionalmente feita pela doutrina entre *contratos administrativos* e *contratos privados da Administração* ou *contratos semipúblicos*. É dizer, seriam contratos administrativos àqueles nos quais estariam necessariamente presentes as prerrogativas estatais (ainda que implicitamente), o que não se verificaria nos chamados contratos privados firmados pelo Poder Público, nos quais, em regra, essas cláusulas derogatórias não estariam presentes, salvo se expressamente previstas. Reflexo dessa noção — quase que de causa e efeito entre contratos administrativos e prerrogativas estatais — pode ser encontrado na edição da Lei nº 13.303/2016, conhecida como a Lei das Estatais. Ao regulamentar os contratos firmados pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, a referida lei, na tentativa de afastar a aplicação das cláusulas exorbitantes, afirmou expressamente a regência das relações pelo direito privado (art. 68). A crítica a essa separação entre os “tipos” de contratos firmados pela Administração pode ser constatada no seguinte trecho dos ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida: “a referência mais genérica há de ser a contrato como categoria geral do Direito, enquanto as referências específicas devem considerar todas as gradações possíveis de incidência de um regime publicístico, até, no limite mínimo, ante a ausência de prerrogativas autoexecutórias, chegar-se a um regime privado”. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A distinção entre “público” e “privado” aplicado aos contratos celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 245-246.

²⁰⁷ CASESSE, Sabino. **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI**. Belo Horizonte: Interesse Público, v. 5, n. 24, mar. 2004. p. 17. O trecho transcrito apresenta, de acordo com os ensinamentos do autor, uma das características do direito administrativo do fim do século XIX. Além da separação entre direito público e privado, o autor também identifica como características essenciais desse período: a nacionalidade, o interesse público que se impõe ao interesse particular, a centralidade (direito “governativo”) e a separação entre administração e justiça. Como se verá adiante, o autor discorre sobre as transformações pelas quais essas características vêm passando, o que reflete na própria mudança do direito administrativo.

Como constata Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, a assimetria está tão vinculada à noção de Administração Pública que “entre dois polos, o direito administrativo penderá para a autoridade, será por ela apropriado”²⁰⁸. Isso significa que, mesmo diante de uma relação contratual, a tendência será dar mais atenção às prerrogativas estatais, aos seus privilégios. Ignora-se, muitas vezes sem qualquer justificativa, a bilateralidade²⁰⁹ do acordo a favor da contratante público.

É como se a leitura dos contratos públicos — inobstante as transformações pelas quais vem passando o Direito Administrativo —, fosse feita através da lente original utilizada pela doutrina pátria desde a sua formação, considerando como característica essencial a presença de privilégios decorrentes da “participação da Administração com supremacia de poder”²¹⁰. “Mudam os tempos, mudam as finalidades, mas permanece a eterna resistência da doutrina brasileira (com claríssimos reflexos na jurisprudência e na atuação dos órgãos de controle) em mudar também”²¹¹.

Esquece-se, todavia, que não existe “almoço grátis”, e que as cláusulas exorbitantes — e sua instabilidade inerente — poderão se traduzir em custos adicionais aos contratos²¹². Com isso, o que era para ser algo positivo, uma forma de assegurar certa flexibilidade para a atuação administrativa, pode vir a se configurar, de algum modo, um fator prejudicial desde a formação da relação contratual.

Foi por esse motivo, aliás, que se revisitou a teoria clássica dos contratos públicos no capítulo anterior desse trabalho. O esforço feito linhas acima buscou exatamente desmistificar certos paradigmas das contratações públicas, como o desequilíbrio inerente entre o contratante público e o privado. A intenção — que vem a se confirmar nesse ponto do estudo — foi demonstrar que essa assimetria na relação não faz parte da substância desses ajustes, não está na sua essência, e como tal pode ser reavaliada diante do caso concreto.

²⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e a sua superação. In: **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 379.

²⁰⁹ Bilateralidade aqui entendida não como o número de partes envolvidas (os contratos são no mínimo formados por duas pessoas), mas como uma relação que transfere mutuamente direitos e obrigações entre as partes.

²¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 197.

²¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 143.

²¹² Como claramente alertou Marcos Juruena Villela Souto: “Trata-se de opção de política legislativa, não sendo indispensável que para todo e qualquer contrato a Administração faça uso de prerrogativas; no entanto, a simples existência dessas prerrogativas cria um custo para o contratante, tendo em vista que o risco para o seu exercício pode afetar a economia do contrato.”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 277.

É preciso, de fato, entender o tratamento dogmático dado no Brasil aos fundamentos teóricos incorporados da doutrina francesa para, então, repensá-los. A importância excessiva que se confere às prerrogativas da Administração e a sua associação à ideia de autoridade configuram-se pontos a serem explorados na busca por alternativas ao modo de se interpretar os contratos públicos.

As prerrogativas não devem ser associadas a um sentido negativo de privilégio ou a um salvo conduto ao incumprimento contratual pelo Poder Público. A sua interpretação, e, conseqüentemente, a sua aplicação podem ser identificadas como uma característica comum do Direito Público. A utilização das cláusulas, assim, decorreria naturalmente da atuação administrativa e não funcionaria como o reflexo de uma face autoritária do Poder estatal.

Como destacado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, o problema não estaria em reconhecer singularidade ou exorbitância nas relações firmadas pela Administração, desde que adotadas sem “dramatismos” ou como forma radical de se distanciar do Direito privado. Essas prerrogativas públicas deveriam ser entendidas como meras modulações contratuais, a serem inseridas sempre que justificadamente necessárias²¹³.

De fato, como já se teve oportunidade de verificar, a possibilidade de alteração unilateral, de aplicação de sanções ou rescisão dos contratos decorre da necessidade de se conferir, em determinadas situações, maior flexibilidade à atuação estatal. E isso não se pode perder de vista.

O alerta feito por Fernando Dias Menezes de Almeida²¹⁴, ao tratar das prerrogativas contratuais da Administração²¹⁵, é providencial nesse ponto:

Criou-se no Brasil, sobretudo na mentalidade da Administração e seus agentes, a ideia — ou, talvez, o pretexto — de que o reforço do poder da autoridade pública é sinônimo de garantia de respeito ao interesse público.

²¹³ Nas palavras dos autores: “*En el Derecho Administrativo, como derecho propio de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único, supuesto lo cual el problema no ha de plantearse em términos de singularidades sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta intuición contractual*”. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2005. p. 288.

²¹⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 230.

²¹⁵ O autor é, inclusive, refratário à expressão *cláusulas exorbitantes* — chega a utilizar a expressão entre aspas. Para Fernando Menezes não haveria exorbitância, mas apenas a caracterização de um regime específico. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 218.

Esta mentalidade pode ser um dos principais fatores a explicar a dificuldade de se mudarem os dogmas em matéria de contratos administrativos que, desde algumas décadas, encontram-se cristalizados na legislação, reiterados na jurisprudência e defendidos por importante parte da doutrina.

A interpretação de viés autoritário e de superioridade indiscriminada da Administração não parece fazer sentido diante da complexidade das relações que atualmente envolvem o Poder Público²¹⁶. A tendência à unilateralidade — entendida aqui como imposição — da atuação estatal, não acompanha o estado atual de um Direito Administrativo voltado para o consenso e negociação.

Interessante notar, inclusive, que a orientação no sentido do autoritarismo já não fazia sentido quando da interpretação dos atos administrativos (quanto mais diante de uma relação bilateral). No final do século passado, Vasco Pereira da Silva, ao anunciar a *busca do acto administrativo perdido*, já dava conta da inviabilidade de manutenção de uma visão clássica de ato como expressão da exorbitância da Administração. Nos dizeres do autor português²¹⁷:

O acto administrativo, mais do que a manifestação do poder de uma Administração toda-poderosa, tende antes a surgir em nossos dias, como um instrumento da função administrativa, que é utilizado pelas diferentes administrações, a fim de permitir a realização das multifuncionais tarefas públicas. E o poder, que persiste no conceito de acto administrativo, não é já uma supremacia fáctica mas um poder jurídico que não tem nada que ver com a execução forçosa (a qual, deixou de ser uma característica essencial do acto, para passar a ser um simples efeito possível deste) antes diz respeito à unilateralidade (esta sim, elemento caracterizador essencial do acto administrativo). Unilateralidade que nada tem de “exorbitante”, pois, trata-se de um poder jurídico que pode igualmente existir no Direito Privado.

Naquela época, aliás, a celebração de ajustes pelo Poder Público foi entendida como um exemplo de avanço na superação dessa perspectiva impositiva. Para Vasco “a contractualização

²¹⁶ Ao tratar das linhas de transformação das matrizes clássicas do direito público, Odete Medauar, em seu *Direito administrativo em evolução*, elencou um conjunto de fatores que propiciou um novo modo de atuar da Administração, uma forma consensual/concertada. Segundo a autora, poderiam ser apontados “a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade”, assim como a crise da lei formal, “ao processo de *deregulation*, à emersão de interesses metaindividuais, à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados por de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões”. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

²¹⁷ SILVA, Vasco Pereira da. **1961. Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 492.

da atividade administrativa, nos nossos dias [1996], é de tal forma relevante que há mesmo que falar no surgimento de uma Administração concertada”²¹⁸. Passados mais de 20 anos da sua obra, contudo, pelo menos no direito brasileiro, o viés autoritário não só permanece plenamente presente na atuação da Administração, como foi estendido como norte na interpretação das relações contratuais públicas. Há praticamente uma deferência acrítica à posição superior do Poder Público.

A necessidade de desfazer essa visão cristalizada de uma atuação forjada pelo autoritarismo gratuito nunca esteve tão em evidência. A crise geral — notadamente econômica — a qual o Brasil vem passando intensifica a necessidade de se repensar a atuação estatal. Em um período em que recursos já escassos se dissipam, paradigmas doutrinariamente criados precisam ser revisitados se, sob uma perspectiva de eficiência da atuação estatal, não mais se justificam²¹⁹.

Quando o contrato administrativo se torna inviável ou seus atores perdem capacidade de investimento, as medidas a serem tomadas pela Administração não podem ser apenas àquelas estabelecidas pela lógica binária imposta pela superioridade estatal. É preciso justificar racionalmente a escolha pública. Por que reliciar? Por que não, diante do inadimplemento do parceiro privado, iniciar o procedimento de caducidade até então previsto? Por que encampar e não prorrogar o prazo antecipadamente em nome de novos investimentos? São perguntas que, hoje, não aceitam uma resposta motivada pela simples existência de uma prerrogativa estatal.

A consensualidade, a negociação e a eficiência, reputadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como novos atributos da atuação administrativa, a ganhar espaço da supremacia, imposição e unilateralidade, precisam levar os operadores à novas discussões²²⁰. É necessário

²¹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **1961. Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 105.

²¹⁹ A questão da preocupação com a utilização de recursos escassos pela Administração, e seu necessário endereçamento jurídico podem ser encontrados na seguinte passagem do artigo publicado pelo professor Egon Bockmann Moreira: “A administração precisa tomar decisões reciprocamente excludentes quanto à alocação de recursos: o dinheiro gasto em determinado projeto de interesse público simplesmente não pode ser gastado em qualquer outro. Mais: existem várias técnicas para se tentar descobrir qual o valor do dinheiro e dos investimentos públicos (é melhor gastar mais hoje e preservar o meio ambiente para as futuras gerações, pois é mais eficiente ter projetos sustentáveis). A liberdade de escolha pública vem qualificada pelas respectivas responsabilidades socioeconômicas, presentes e futuras. Não há — e nem pode haver — escolhas irresponsáveis no setor público da economia”. MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79-80.

²²⁰ São claras as lições do autor sobre esse novo momento do Direito Administrativo “Como reflexo das novas relações juspolíticas entre Estado e sociedade, a consensualidade passa a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre administração e administrados, como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da

transferir o eixo do debate, deslocando-o do fundamento dessas cláusulas, para o estudo de quando e como utilizá-las.

Assim, se um dia, a preocupação esteve pautada em saber o que fundamentaria essa assimetria — se imperatividade, a existência de um serviço público ou, mais recentemente, o interesse público —, o presente trabalho se propõe a dar um passo no sentido de se discutir o conteúdo dessa justificativa.

Mas, veja-se, o alerta feito no item 1.1.3 não foi esquecido. A proposta está longe de afastar as prerrogativas estatais. Elas existem e fazem parte do Direito Público a que estão submetidas as contratações administrativas. A questão, portanto, não se coloca nas prerrogativas em si, mas em como os operadores e a própria Administração interpretam e aplicam essas cláusulas. Os ensinamentos da professora Patrícia Baptista resumem de forma exemplar esse ponto²²¹:

Mesmo abdicando da unilateralidade e da imperatividade, a Administração, em busca de cooperação, não pode se despir do seu papel de tutora do interesse público e renunciar às prerrogativas que lhes são conferidas para esse fim. Em outras palavras, mesmo na busca do consenso a Administração não chega ao ponto de ficar em absoluta posição de igualdade com o particular. É por isso que nas relações administrativas consensuais deve subsistir, por exemplo, a possibilidade do exercício da autotutela administrativa.

Assim, quando se fala em Direito Administrativo que admite a consensualidade, estimula a negociação e abranda a noção de superioridade indiscriminada da Administração, a

ponderação entre interesses, valores e direitos e, sobretudo, a motivação dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 555. Sem dúvida, essa nova forma de ver o Direito Administrativo e a própria Administração decorre também dos influxos da Constituição. Como explica Luis Roberto Barroso: “Mais decisivo do que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano. (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49.

²²¹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 277. No mesmo sentido são as lições de Alexandre dos Santos Aragão que, citando a autora francesa Helène Hoepffner deixou claro que, embora seja a exorbitância a característica marcante do contrato administrativo, ele continua sendo, antes de qualquer coisa, um contrato. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 40.

consequência não será a fuga para o Direito Privado e o fim das fronteiras entre os dois campos²²². Trata-se, na verdade, de enxergar o Direito Público — com todas as suas vicissitudes, inclusive as prerrogativas — sob uma perspectiva diversa.

Como explica Sabino Casesse, “a supremacia do direito administrativo encontra-se erodida”, é dizer “a supremacia e a unilateralidade foram substituídas pelo consenso e pela bilateralidade” assim como o “cidadão não é mais colocado em posição de subordinação”. Para o autor, contudo, essa evolução não reduz o poder administrativo a uma entidade de direito comum, também na administração consensual perdura uma assimetria de fundo entre o poder administrativo e particulares²²³.

No mesmo sentido é a interessante constatação feita por Luís S. Cabral de Moncada, segundo o qual, o contrato hoje não é apenas um meio normal de exercício de soberania, como já ocorria com o tradicional contrato administrativo em que o Estado não prescinde dos seus poderes unilaterais, mas transforma-se no meio de associar o particular à própria decisão administrativa, verdadeiro interlocutor da Administração²²⁴.

Bem vistas as coisas, é preciso saber, então, como lidar com essa assimetria. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar especificamente do futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, apresentou duas propostas em termos de flexibilização da lógica imperativa anterior: a adoção das cláusulas discricionárias e a teoria da dupla motivação. Segundo o autor, que enxerga as prerrogativas como verdadeiras “modulações”, seria possível

²²² Para uma análise aprofundada sobre a aproximação entre o Direito Público e o Direito Privado cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade administrativa de direito privado da Administração pública. Livraria Almedina: Coimbra, 1996. A autora reconhece o estreitamento entre os campos, mas critica a possibilidade de extinção dessa separação. Nas palavras de Maria João, “pode dizer-se que houve um fenómeno <compenetração> destes dois domínios e parece-me inevitável reconhecer que estes movimentos de <aproximação e inter-ligação dos dois domínios> levam a uma situação de <miscelânea> que acaba por dificultar a distinção que, de qualquer modo, há muito já era polémica. No entanto, talvez não valha a pena cair na tentação de dramatizar em excesso esta questão, até porque a necessidade de uma distinção não deve ser julgada apenas em função dos casos de fronteira, mais difíceis, mas antes também pelos casos normais, em relação aos quais não se levantam dificuldades de maior”. Mais adiante a autora aponta para o risco de se extinguirem as fronteiras entre os direitos público e privados, pois, sob a sua perspectiva seria possível à Administração libertar-se da vinculação aos direitos fundamentais e “dar a volta” à lei e a Constituição. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade administrativa de direito privado da Administração pública. Livraria Almedina: Coimbra, 1996. p. 157-160. Diversamente da autora, contudo, entende-se que a ausência de barreiras entre os dois campos não levaria ao necessário afastamento dos direitos fundamentais pela Administração, já que a estes também se submetem as relações privadas. O maior risco que se verifica, pois, é a impossibilidade de, diante de um caso concreto e justificado, a Administração não estar dotada de flexibilidade para atuar de forma autoexecutória.

²²³ CASESSE, Sabino. **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI**. Belo Horizonte: Interesse Público, v. 5, n. 24, mar. 2004. p. 19.

²²⁴ MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 61.

ao legislador delegar ao administrador público a possibilidade de, diante do caso concreto, avaliar a conveniência e oportunidade do emprego dessas cláusulas.

A essa imprescindível avaliação discricionária, se conjugaria a necessidade de dupla motivação. Em nome da legitimidade e segurança jurídica, a Administração deveria justificar tanto a previsão em tese da exorbitância, como a sua aplicação prática. Com isso, ainda na visão do autor, se configuraria uma perspectiva mais pragmática e democrática da atuação administrativa pós-moderna²²⁵.

De fato, faz sentido transferir a tônica das cláusulas exorbitantes da imperatividade para a motivação. Quando se propõe a passagem da perspectiva impositiva para a negociada, exigir a justificativa das escolhas públicas se mostra uma consequência lógica. A questão que se coloca, contudo, é saber o fundamento que a Administração utilizará para motivar a sua opção entre a negociação ou o uso das prerrogativas. E nesse ponto, a menção genérica e abstrata à existência de um *interesse público*²²⁶ (superior) não se mostra suficiente.

A começar pela difícil tarefa de defini-lo. Ainda que se restrinja a pesquisa ao seu conceito jurídico — deixando-se de lado a sua concepção sociológica, filosófica ou mesmo política —, o *interesse público* é dotado de uma indeterminabilidade que lhe é peculiar. Há muito já identificado como interesse geral, como interesse da coletividade e utilizado como fundamento da supremacia estatal²²⁷, encontrar a sua definição em uma sociedade policêntrica e complexa como a atual, torna-se uma tarefa cada dia mais desafiadora.

²²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In: Direito administrativo e seus novos paradigmas*. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 555-559.

²²⁶ Destaca-se que, se considerada a classificação tradicional influenciada pela doutrina italiana, o presente ponto do trabalho trata do interesse público *primário*, e não do interesse público *secundário*, entendido como o interesse da pessoa jurídica pública. Na classificação de Renato Alessi, “Estos intereses públicos, colectivos, cuya satisfacción está a cargo de la Administración, non son simplemente el interés de la Administración entendido como aparato organizativo, sino lo que se ha llamado el interés colectivo primario, formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad, mientras que el interés del aparato (si es que puede concebirse un interés del aparato unitariamente considerado) sería simplemente uno de los intereses secundarios”. ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch, 1970. p. 184-185. Como se verá adiante, contudo, o caráter mutante e variado da sociedade atual tornou mais complexa a definição do chamado “interesse público primário”, podendo-se, inclusive, reconhecer uma releitura e até ampliação do conceito proposto pelo autor italiano.

²²⁷ Surgiram, inclusive, vozes na doutrina buscando desconstruir o princípio da supremacia do interesse público, associando-o a um Direito Administrativo autoritário a ser ultrapassado. Sobre o tema, confira-se: ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171-215. Diversamente desse entendimento, perfilha-se aqui às ideias defendidas por Alice Gonzales Borges, para quem não seria o caso de desconstruir, mas de repensar o instituto diante de novas perspectivas. BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Bahia: nº 26, mai./jun./jul. 2001, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2018.

Sobre a fluidez desse conceito, os ensinamentos de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto²²⁸ foram precisos:

A noção de interesse público é indeterminada aberta e abstrata. Podemos afirmar o que não é interesse público com alguma facilidade. Dificilmente, porém, conseguiremos defini-lo de forma precisa, de tal sorte que seja sempre de fácil identificação qual seja tal interesse no cotejo entre diferentes pautas e aspirações postas ao agir administrativo. O máximo que conseguiremos será bosquejar formulações genéricas do tipo: “interesse público é aquele pertencente a todos e cada um”, “é o interesse coletivo que transcende a soma de interesses individuais” ou, então, de forma um pouco mais sofisticada, mas ainda insuficiente, dizer que é “o conjunto de interesses detidos por cada membro da coletividade por a ela pertencer”. Tais fórmulas, mesmo as mais elaboradas, não deixam de ser recursos retóricos que não elidem o fato de que tal noção é dútil, vazia, genérica e abstrata. Um verdadeiro axioma, diante do qual, na impossibilidade de conhecer, há que acreditar.

Ainda que, ao longo do tempo, tenha-se buscado desvincular a concepção do interesse público de uma compreensão insindicável e genérica de bem comum, transferindo-a para uma noção constitucional e legal do instituto²²⁹, fato é que a própria indeterminabilidade do seu conceito leva a concluir, ainda hoje, que inexistente um único interesse público definido *ex ante* a prevalecer abstratamente em toda e qualquer situação²³⁰. O que existe é uma pluralidade de interesses legítimos — não necessariamente contrários aos interesses privados — igualmente merecedores de tutela jurídica.

²²⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e a sua superação. In: **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 387-388.

²²⁹ Ainda no século passado, Hans Wolff e Otto Bachof, ao tratar do Direito administrativo alemão, já davam conta da necessária aproximação entre interesse público e a legalidade. Segundo os autores, cuja obra fora atualizada por Rolf Stober, “Num Estado de ordem, os sujeitos da Administração Pública não tem que observar primeiramente aquele que é na sua opinião o verdadeiro interesse comunitário público ou os verdadeiros interesses públicos especiais, mas os interesses públicos dos legítimos titulares do poder e seus órgãos, previstos e fixados de forma vinculativa na Constituição (por exemplo, na determinação dos fins do Estado), nas leis (nos seus fundamentos), em regulamentos, ou que são de outro modo (por exemplo, judicialmente) considerados interesses públicos”. WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, t. V, p. 430, 2006.

²³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 152-153. Ao tratar do interesse público e o suposto dogma da sua supremacia, autora apresenta constatações pertinentes acerca da modificação para uma perspectiva consensual da Administração Pública. Juliana, inclusive, desmistifica a suposta incompatibilidade que haveria entre a atuação negocial da administração e a preservação do interesse público. Nas palavras da autora: “(i) o ato consensual pode ele próprio, ser considerado o interesse público perseguido pelo Estado e (ii) a funcionalidade do princípio da supremacia corresponde à legitimação de limitação a direitos individuais, bem como de conferência de prerrogativas exorbitantes ao Estado, de forma que essa função não impede a celebração de acordos pela Administração”.

Odete Medauar, inclusive, ao enfrentar o interesse público sob uma perspectiva de alteração das matrizes clássicas do Direito Administrativo, deixa clara a inexistência de uma unicidade do conceito e a ausência de contradição intrínseca entre interesse público e interesse privado. Citando o autor italiano Aldo Travi, a autora destacou que o interesse público não designa mais um interesse existente *in natura*, superior ou contraposto ao interesse privado, designa, na verdade, só o resultado de uma valoração ou de uma apreciação específica da Administração, conduzidas com base numa norma e tendo por objeto interesses privados ou um conjunto de interesses ²³¹.

Atualmente, a literatura vai além. Em razão dessa nova realidade complexa e múltipla, defende-se que sequer poderia se atribuir ao Estado o monopólio da tutela — e consequentemente da definição — do interesse público. Na visão sempre prospectiva de Egon Bockmann Moreira, o “Estado passa a ver o interesse público ser definido e implementado *extra muros*, deixando de ser apenas ele o *public interest maker*”²³². Tal fato dificultaria, ainda mais, a utilização dessa fórmula — até então praticamente mágica — como única justificativa das escolhas estatais.

A par disso, o interesse público como ideia norteadora da Administração sempre estará presente. Se o administrador optar pela via negocial ou entender ser a hipótese de fazer uso das suas prerrogativas, haverá interesse público em ambas as escolhas. Como observa Sérulo Correia²³³:

²³¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 193.

²³² MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas passado, presente e futuro de uma perene transformação. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 46, p. 92, 2007. A perda da exclusividade estatal na tutela do interesse coletivo também foi identificada por Rafael Roque Garofano. O autor discorre sobre esse fato como uma das características do Direito Administrativo contemporâneo. Nas suas palavras “Na medida em que o Estado não consegue mais ser o tutor exclusivo dos múltiplos interesses agora coexistentes na esfera pública, nem tampouco agir apenas de forma autoritária, afirma-se a necessidade de ponderação entre os diversos interesses públicos, a fim de que se possa, com isso, encontrar qual o verdadeiro interesse público mais relevante em determinado caso concreto — entre aqueles considerados legítimos pelo ordenamento — segundo esta concepção de vida em sociedade e de solidariedade entre os componentes do corpo social, evitando-se a definição do conteúdo de interesse público de forma arbitrária e unilateral” GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 88. A afirmação do autor sobre o procedimento a ser adotado pela Administração para constatação do interesse público só vem a confirmar a indeterminabilidade do seu conceito e a sua fluidez prática, o que reafirma o que aqui se defende sobre a impossibilidade de se utilizar esse instituto como única justificativa para a atuação estatal.

²³³ CORREIA, Manuel Sérulo. Os princípios constitucionais da administração pública. In: CORREIA, Manuel Sérulo. **Estudos vários**. v. 1. Estudo nº 7, publ. em: Estudos sobre a constituição, v. 3, p. 662, 1979. O autor, depois, completa “o interesse público determina a actuação de todas as pessoas colectivas de direito público que integram a administração pública. O princípio da especialidade aplicado a estas pessoas determina que os seus poderes só podem ser exercidos para alcançar os fins institucionais, isto é, interesses públicos”. Destaca-se, contudo, que a concepção de interesse público sustentada pelo autor ainda guarda notas de distinção com a

O conceito de interesse público é daqueles cuja evidência intuitiva não facilita em muito a definição. Embora seja ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas, ele não é, como observa Rivero, aconselhável como elemento caracterizador do Direito Administrativo, visto que, quando a Administração Pública utiliza meios de Direito privado, é ainda o interesse público a guiá-la.

Portanto, nem o fundamento ou a interpretação das relações envolvendo a Administração poderão basear-se *exclusivamente* na ideia de interesse público, ainda que sempre presente e por mais relevante que seja.

A positivação do princípio da eficiência administrativa na Constituição Federal²³⁴ também concorre para esse raciocínio. Ao lado de outros princípios que norteiam a atuação estatal, exigiu-se do administrador público *eficiência* em suas escolhas²³⁵. É dizer, estabeleceu-se um compromisso de que a Administração tenha que avaliar, dentre as opções possíveis, os custos e os benefícios entre o procedimento adotado e o resultado obtido²³⁶.

Nessa ordem de ideias, o resultado da atuação estatal passa tomar papel de destaque. Mais do que justificar que a escolha pública se deu em conformidade com a juridicidade, é

esfera privada, já que, como escreveu “o interesse público representa a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um dos seus membros.

²³⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte:”.

²³⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto destacou o papel da eficiência no desenvolvimento da Administração Pública consensual, tendo apontado, ainda, para a efetividade, como um quinto elemento a facilitar, inclusive, o controle da atividade estatal, confira-se: “A destacada consequência dessa despertada preocupação, não apenas com o processo de decisão, como era da tradição administrativa, mas, ainda além, com o resultado do decidido, pode ser bem apreciada na evolução da técnica do controle, pois além dos tradicionais controles de existência, de validade, de eficácia e de eficiência dos atos públicos, acrescentou-se um quinto, o de efetividade, destinado a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 231, p. 141, jan./mar. 2003.

²³⁶ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. (Org.). **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 148. Nesse ponto, necessária a menção ao entendimento trazido por Danielle Cristina Lanius, Ivo Teixeira Gico e Raquel Maia Straiotto acerca do princípio da eficiência. De acordo com os autores, a eficiência constitucionalmente prevista é “utilizada por juristas, muitas vezes, de forma atécnica”, ou seja, como sinônimo de resultados. Para os autores, contudo, a *eficiência* constitucionalmente prevista não é diversa do conceito econômico, é dizer, exige-se da administração uma “eficiência produtiva”, um “aproveitamento ótimo dos recursos de produção, isto é, produzir mais (*output*) com os mesmos recursos (*input*) ou produzir o mesmo com menos recursos”. LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 277, n. 2, p. 109, maio/ago. 2018. Nesse trabalho entende-se possível a conciliação dos entendimentos, ou seja, a Administração deve buscar resultados eficientes, os quais podem ser avaliados sob a ótica econômica de se prover o máximo com menos recursos, sem se perder de vista que a racionalidade econômica da administração detém, também, uma face distributiva. Essa, de toda sorte, não é economicamente incompatível, como já se teve oportunidade de defender em nota anterior.

necessário demonstrar, na prática, a razão da sua escolha. Alexandre Santos de Aragão²³⁷ destacou exatamente essa perspectiva ao tratar do princípio da eficiência:

O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus designios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada uma interpretação mais correta. Note-se que essas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos dessa ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, devera ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória.

Também nos contratos públicos, deve ser este o norte interpretativo. O administrador deixa de repetir os comandos legais — a lógica do sim e do não — ou de se socorrer das fórmulas abertas trazidas pelos princípios, e passa a ter a necessidade de objetivamente justificar as suas escolhas. Aqui, tampouco bastará a menção abstrata à *eficiência*, como ocorre com o *interesse público*²³⁸. É preciso “motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas”²³⁹.

Foram essas, aliás, as exatas palavras de Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis sobre as novas (à época ainda propostas) disposições de direito público introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657/1942). O próprio ordenamento jurídico está dando claros sinais ao intérprete sobre novos tempos, que demandam novas perspectivas, que confirmam mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público²⁴⁰ — tão caros em tempos de crise.

²³⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da eficiência. In: **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, 237: 1-6, p. 2, jul./set. 2004.

²³⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? In: **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

²³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 23.

²⁴⁰ Ao apresentarem a proposta do anteprojeto de lei, que acabou levando à alteração da LINDB, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, em texto intitulado “Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”, destacaram a necessidade de se “incluir na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança

O artigo 20 da LINDB²⁴¹, ao exigir o dever de se medir as consequências práticas das decisões públicas, é exemplo dessa realidade que desponta. O dispositivo impõe²⁴² ao administrador (assim como aos juízes e controladores) um ônus argumentativo mais elevado, gerando impactos relevantes na sua atuação. Nos dizeres de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁴³:

A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto e a realidade da interpretação e aplicação do Direito ser balizado por princípios é uma realidade. Contudo, a decisão baseada em “valores jurídicos abstratos”, ou seja, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente. Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências.

Assim, mais do que se preocupar com o caminho/processo que adotará para fazer escolhas — se fará ou não uso da ponderação de princípios, por exemplo —, o administrador público tem que considerar e demonstrar as consequências possíveis dessa escolha. Aproxima-se a interpretação e a atuação estatal da doutrina norte americana do pragmatismo, que, nos ensinamentos de Richard Posner, exigiria para a tomada de decisão, não só a análise das

jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”. Os autores apontaram ainda, algumas distorções da atividade jurídica-decisória que os levaram a propor tais medidas. Dentre as distorções identificadas, pode-se citar para fins desse trabalho: “a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas” e “o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos são concebidas e editadas normas pela Administração Pública”. SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: **Contratações públicas e seu controle**. SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros. 2013. p. 277-278.

²⁴¹ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

²⁴² Veja-se que não se utilizou da palavra *criação* para descrever a imposição trazida expressamente pela LINDB. Isso porque, adota-se a posição de que não foi a lei que criou esse dever, apenas o tornou expresso. A administração sempre teve o dever de motivar seus atos, e, sob uma perspectiva consensual, que vem se desenvolvendo desde o fim do século passado, a justificativa da atuação fundamenta em consequências já era uma realidade. O que a lei fez, portanto, foi tornar a exigência mais evidente, facilitando-se o controle externo e interno e dando mais segurança à própria atuação estatal.

²⁴³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opinio-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#ftn1>. Acesso em: 02 out. 2018.

consequências do caso concreto, mas seus efeitos sistêmicos, inclusive, institucionais. Nas palavras do autor²⁴⁴:

The core of legal pragmatism is pragmatic adjunction, and its core is heightened judicial concern for consequences and thus a disposition to base policy judgements on them rather than conceptualisms and generalities. But rather than being a synonym for ad hoc adjudication, in the sense of having regard only for the consequences to the parties to the immediate case, sensible legal pragmatism tells the judge to consider systemic, including institutional, consequences as well as consequences of the decision in the case at hand.

A utilização ótima da lei, portanto, exige do intérprete e aplicador do direito público uma concepção que vá além da imperatividade *ex ante* estatal. Se o interesse público, como fórmula abstrata de motivação, é insuficiente e a eficiência reclama mais do que a sua evocação, passa-se a repensar os paradigmas da atuação estatal, como o uso indiscriminado das prerrogativas públicas.

Nesse ponto, todavia, não se pode perder de vista o alerta feito por José Vicente Santos de Mendonça ao analisar a então proposta de alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, notadamente o consequencialismo exigido pelo artigo 20²⁴⁵. Segundo o autor, não se pode desconsiderar o risco de que a exigência legal não tenha nenhum efeito prático e que, na verdade, se desenvolva o que chamou de retórica das consequências. A nova disposição não traria um dever real de identificação, medição e comparação de consequências, mas apenas a imposição de se utilizar, no corpo da decisão (administrativa, judicial ou de controle), a menção a consequências, tanto quanto se mencionava, até então, os princípios.

²⁴⁴ POSNER, Richard A. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2010. p. 238. Veja-se que no referido trecho, o autor trata do pragmatismo — difundido nos Estados Unidos inicialmente por Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey — nas decisões judiciais. A passagem, no entanto, pode ser facilmente estendida para o balizamento das escolhas da Administração.

²⁴⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 31-34. No mesmo sentido se pronunciou o professor Fernando Leal, que identifica duas incertezas na aplicação do consequencialismo para a tomada de decisões. A primeira estaria na necessidade de antecipar efeitos futuros e a confiabilidade dessas prognoses, já a segunda residiria no risco já citado por José Vicente, isto é, “no caso do artigo 20, não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência”. LEAL, Fernando. **Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15**. In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 25-30.

De fato, o risco sempre estará presente enquanto pensarmos o direito público sob uma perspectiva de supremacia, imperatividade e unilateralidade. Contudo, quando se desloca a perspectiva de interpretação e da própria atuação estatal para o consenso, bilateralidade e negociação, torna-se mais natural repensar paradigmas e sugerir novas formas de atuação.

E é exatamente sobre essas bases que se propõe uma aproximação entre a atuação estatal e a economia, como forma de auxiliar a confirmação eficiente (e real) das escolhas públicas. Assim, quando o contrato administrativo apresentar falhas ou demandar alterações, o que se propõe é que a Administração, antes de fazer uso das suas prerrogativas ou de atuar de forma verticalizada, avalie e demonstre os custos de transação envolvidos nessa escolha e os resultados práticos que serão alcançados, conforme as bases da teoria econômica que serão lançadas a seguir.

Entre negociar ou impor a sua vontade — no exercício de dupla motivação defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto — há um dever administrativo de demonstrar as consequências, e porque não, os custos da sua opção²⁴⁶. Não há mais espaço para o uso indiscriminado das prerrogativas estatais. Hoje, é preciso partir de um novo pressuposto, o de que o desequilíbrio entre o parceiro público e o privado não necessariamente se traduz em vantagem para a Administração.

2.1.3. A relação (des)equilibrada entre o parceiro público e o parceiro privado

Iniciou-se esse tópico do trabalho com a afirmação de que *os contratos administrativos não são atos unilaterais*. Por detrás de uma aparente obviedade, a declaração já resultou em duas conclusões relevantes: as concessões são contratos administrativos e a interpretação desses ajustes (e dos demais contratos firmados pela Administração) demanda uma perspectiva voltada para a consensualidade, bilateralidade e negociação.

²⁴⁶ Richard A. Posner tratou como uma das vertentes da análise econômica a interpretação dos contratos. Como explica o autor, “There is now a large economic literature on contracts and contract law, but the interpretation of contracts, as distinct from issues involving formation, defenses, validity, and remedies, has been rather neglected”. POSNER, Richard A. **The Law and Economics of Contract Interpretation**. 83 Tex. L. Rev. 1582, 2005. p. 1580. No transcorrer do texto, o autor da conta de que a interpretação pode ser um fator a minimizar os custos de transação, amplamente entendidos como obstáculos à alocação eficiente de recursos. Posner não tratou especificamente dos contratos administrativos, mas a alteração na forma como se interpreta as disposições dos contratos públicos pode ter impacto relevante na redução de custos e na definição da alocação de recursos, pela geração de confiança no investidor.

A última implicação dessa afirmação, como já se adiantou anteriormente, é de ordem prática. Encarar o contrato como um ajuste bilateral e não um ato unilateral (e imperativo) reflete na forma como se enxerga a própria relação entre as partes contratantes. Enquanto a natureza contratual valoriza o particular na relação, a compreensão dos fatos sob um ponto de vista unilateral é marcadamente exorbitante²⁴⁷, colocando o particular como mero executor de tarefas materiais²⁴⁸.

A descrição feita por Marcello Caetano²⁴⁹ acerca da posição do contratado nas relações firmadas com a Administração e encaradas de forma verticalizada ilustra com clareza a distinção que se pretende firmar:

Quer dizer que o acordo tem como efeito principal (senão exclusivo) submeter o particular à vontade do Estado numa relação de subordinação especial: o particular obriga-se a cooperar com o Estado em tudo quanto seja necessário para a realização de certo interesse público, sujeitando-se às ordens que para esse efeito receba, e o Estado em troca promete-lhe apoio, protecção jurídica e, normalmente, remuneração. Portanto, se bem que a relação jurídica nasça de um acordo, trata-se de criar uma relação de subordinação cuja sequência depende da vontade preponderante de um dos sujeitos que pode modificar substancialmente o respectivo objecto.

²⁴⁷ Aqui, não se pode deixar de relembrar a posição defendida por Vasco Pereira da Silva no sentido de afastar a exorbitância da atuação unilateral da Administração. Embora o autor tenha apresentado uma visão prospectiva sobre o tema, já se teve oportunidade de apontar para o fato de que a interpretação verticalizada ainda é amplamente utilizada. E se o é quando se trata de contratos, mais ainda quando se está diante da interpretação dos atos administrativos. SILVA, Vasco Pereira da. **1961. Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

²⁴⁸ Essa constatação é uma adaptação, para fins mais amplos, da observação feita por Floriano de Azevedo Marques Neto acerca das implicações em se encarar a concessão como contrato ou como ato unilateral. Pode-se dizer que, genericamente, quando a Administração não encara os contratos como tais, a consequência será a mesma: maior ou menor relevo à posição do particular. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 136. O professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, também ao enfrentar a questão da natureza jurídica das concessões, afirmou que “as propostas para a solução da questão se prendem, no fundo, a posições autoritárias ou libertárias, ou, estão em tentativa de possível harmonia entre elas”. Assim, para o autor, as teorias que entendem as concessões como contratos confeririam maior deferência à liberdade do particular, enquanto àquelas que enxergam as concessões como atos unilaterais dão maior importância à autoridade estatal. O equilíbrio, por sua vez, estaria nas teorias que conciliam contrato e ato administrativo (teoria adotada por Oswaldo Aranha). MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v. 2, p. 879, 1951. p. 879. No presente trabalho, todavia, entende-se que a natureza contratual não necessariamente afasta uma visão conciliatória entre a posição do particular e do Poder Público. O eventual desequilíbrio a favor do poder público, como já se teve oportunidade de mencionar, não necessariamente afasta a natureza contratual do ajuste e demanda o reconhecimento de que se trata de um ato administrativo.

²⁴⁹ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 9ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. t. I. Coimbra: Almedina, 1983. p. 552.

O autor, contudo, apesar de descrever o ponto de vista mencionado, adota outra posição. Para ele: “em nosso entender, porém, nem o contrato é incompatível com o Direito Público, nem os contratos regulados pelo Direito Público são essencialmente deferentes do que reconhecemos da tradição civilista”.

Nesse caso, o suposto *acordo/contrato* funcionaria praticamente como mera formalidade, já que, ao fim e ao cabo, o particular assumiria a mesma posição a qual lhe seria assegurada caso a Administração optasse por atuar unilateralmente. Não faria diferença, portanto, se o Poder Público celebrasse contratos ou agisse unilateralmente. Seria praticamente afirmar que a Administração não firma contratos, age por meio de atos. Isso, contudo, já se buscou desconstituir.

Dito dessa forma, a mudança de paradigma sugerida no item anterior não pode ficar restrita à forma como se compreende e se interpreta a relação jurídica estabelecida entre as partes. Será necessário estender essa visão também para como se encara a posição conferida ao contratado.

Reconhecer a natureza contratual e adotar uma perspectiva consensual da relação, gera — ou pelo menos deveria gerar —, como consequência natural, a alteração da posição de submissão irrestrita às vontades estatais, admitindo-se a figura do parceiro privado em colaboração com o ente público.

Como explica André de Laubadère, a economia contratual possui o mesmo espírito que a economia concertada, mas vai mais além: trata-se ainda de substituir a administração tradicional por via de regulamentação e de medidas unilaterais, por uma administração mais negociada, mais aceite pelos interessados por meio, já não de simples trocas de pontos de vista e trabalho em comum, mas de verdadeiros acordos²⁵⁰.

De acordo com o jurista francês, o consenso entre as partes desloca o eixo das *relações de comando*, naturalmente impositivas, para as *relações de colaboração*²⁵¹. O particular, então, deixa de ser encarado como mero executor da vontade estatal ou recebedor de ordens. Passa, assim, a participar, na condição de colaborador, do contrato, assumindo um papel mais ativo no decorrer da execução contratual²⁵².

²⁵⁰ LAUBADÈRE, André de. **Direito público económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 60.

²⁵¹ Ainda para o autor, “Em certa medida, o contrato tornou-se, deste ponto de vista, uma espécie de substituto do acto unilateral”. LAUBADÈRE, André de. **Direito público económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 380-423.

²⁵² Fala-se em papel ativo no decorrer da *execução* contratual por dois motivos. O primeiro, porque esse é foco do presente trabalho, a discussão que se trava aqui é sobre escolhas públicas no decorrer da execução contratual. Em segundo lugar, porque, em regra, a participação mais efetiva do particular ocorre após a sua contratação. Antes dessa fase, há praticamente um monopólio da atuação estatal. Não obstante, não se pode deixar de mencionar que esse cenário vem se alterando paulatinamente. Também nessa fase pré-contratual foram introduzidas mudanças de índole consensual, como as consultas públicas acerca das condições básicas do Edital (como exige, por exemplo, o § 1º, do art. 34-A, da Lei nº 10.233/2001) e o Procedimento de Manifestação de Interesse, que permitem os particulares participar dos empreendimentos públicos já na fase interna da licitação. Aliás, é preciso alertar para o fato de que as relações de colaboração entre o Estado e o particular não estão restritas ao âmbito dos contratos públicos. Hoje, são inúmeros os exemplos de consensualidade envolvendo a atuação estatal em colaboração com o particular, tais como: “audiências e

Fato é que no decorrer da execução dos contratos administrativos, sobretudo os de longo prazo²⁵³, serão inúmeras as oportunidades nas quais se estará diante de uma tensão entre o dever de resultado geral, próprio da Administração Pública, e de outro lado a consecução do resultado particular do contrato. Ambos são interesses legítimos.

Não se pode esquecer que, ao contratar com o Poder Público, o particular não está sendo altruísta, atuando de forma caridosa e desinteressada. Trata-se de um empresário, no exercício da atividade econômica, em busca de lucro — ainda que este se verifique sobre a exploração de um serviço público. Não há nada de errado nisso.

De outro lado, por sua vez, há o Poder Público, a finalidade pública pretendida e a necessidade de recorrer ao mercado para a sua consecução²⁵⁴. Um necessita do outro, firmam o contrato, se transformam em parceiros, e como tal devem construir essa relação.

Isso significa que, ao analisar a posição do particular na relação, nem sempre o desequilíbrio será mais vantajoso ao Poder Público. Muitas vezes — e por isso a necessidade de se alterar a premissa de interpretação — o reconhecimento de algum direito em favor do parceiro privado não resultará, necessariamente, em perda para o Poder Público.

Um exemplo hodierno e de fácil verificação prática pode ajudar a demonstrar o que aqui se defende. Os contratos de arrendamento dos Portos — regidos pelo Regime Público²⁵⁵ —,

consultas públicas; as arbitragens envolvendo a Administração Pública, o orçamento participativo; as negociações envolvendo o reconhecimento da responsabilidade privada em matéria de defesa da concorrência; os termos de ajustamento de conduta com o Ministério Público; a participação popular na organização das cidades e na definição das diretrizes do sistema de saúde, da assistência social e da educação”. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n. 11.079/2004**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 57. O estudo desse fenômeno amplo de participação na atividade estatal fugiria, contudo, ao foco desse trabalho.

²⁵³ Essa afirmação é melhor entendida diante de contratos de longo prazo, notadamente àqueles que envolvam serviços públicos. Isso porque, quanto menor a complexidade dos contratos e dos interesses envolvidos, entende-se que na mesma proporção deve ser reduzido o desequilíbrio entre as partes. Como já adiantado, se a disparidade não é algo inerente ao contrato público, só deve estar presente quando devidamente justificada. É dizer, se o contrato envolve apenas uma simples compra e venda entre a Administração e o particular, a utilização de cláusulas exorbitantes é menos justificável, servindo para gerar custos na contratação. Nos dizeres de Flávio Amaral Garcia: “Dúvida não há de que uma concessão (comum, patrocinada ou administrativa), ou mesmo uma obra pública, demanda o manejo de cláusulas que garantam a possibilidade da instrumentalização do interesse público por meio de cláusulas exorbitantes. Mas será que a mesma necessidade e a mesma intensidade dessas cláusulas são indispensáveis para compra de bens e serviços rotineiros?”. GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 411.

²⁵⁴ Aliás, por detrás da escolha entre ir ao mercado ou fornecer bens ou serviços, há uma avaliação econômica básica, isto é, não se deve produzir àquilo que se compra no mercado de forma menos custosa. A contratualização em âmbito administrativo é um reconhecimento de que a Administração não tem como produzir tudo aquilo que oferece. Dessa forma, se há uma avaliação de que é melhor ir ao mercado, tanto como o parceiro privado que precisa do contrato, também o Poder público precisa do particular para efetivar seus misteres. Há, portanto, uma relação de troca.

²⁵⁵ A menção à regime público se faz para que fique claro que o exemplo trata dos contratos firmados em regime de concessão ou arrendamento. Distinguindo-os, portanto, das autorizações que são concedidas para

firmados após a realização de procedimento licitatório, concedem ao contratado a exploração portuária. Enquanto ao Poder concedente cabe o fornecimento da estrutura, o particular terá que arcar com a superestrutura portuária, no que já se percebe a necessidade de atuação conjunta.

Um dos deveres do parceiro privado — que integra, inclusive, a equação econômica financeira do negócio celebrado — é o de Movimentação Mínima de Cargas (MMC). É dizer, o contratado tem o dever de movimentar determinada quantidade de carga, por período de tempo, sob pena de pagamento de multa contratual na hipótese de não atingimento dessa meta. A intenção inicial da cláusula parece clara, pretende-se que o contratado explore, na maior medida possível, o bem objeto do contrato, assegurando-se eficiência na sua atuação.

Vista de outra forma, contudo, principalmente se entendida no contexto atual da regulação portuária, a cláusula de MMC pode ser um fator de engessamento da própria exploração. Explica-se. Em primeiro lugar, pelo fato de que, nem sempre, o não atingimento da movimentação mínima poderá ser atribuída a uma ineficiência do contratado. Como visto acima, o Poder Público é o responsável pelo fornecimento da infraestrutura portuária. Nesse sentido, se não houver por parte do próprio contratante cumprimento das suas obrigações (como a manutenção do acesso portuário), pode-se inviabilizar o atingimento da meta pelo particular.

Além disso, existe um segundo fator, que decorre da alteração regulatória promovida no setor portuário. Até a edição da Medida Provisória nº 595/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013²⁵⁶, havia uma barreira de entrada para a exploração portuária. Aqueles portos que não eram explorados sob o regime público (arrendamento e concessão), tinham sua atividade restrita à movimentação de carga própria e, apenas subsidiariamente, à carga de terceiros.

Com a alteração legislativa, admitiu-se que ambos explorassem livremente cargas de terceiros. É dizer, regimes distintos de exploração — público e privado — passaram a concorrer diretamente entre si. E qual a influência dessa constatação sobre a MMC? Diferentemente dos Portos Públicos, os Terminais de Uso Privado (TUPs) não detêm essa obrigação contratual.

Esses dois cenários — falta de fornecimento de infraestrutura e concorrência interportos — podem resultar na própria ineficiência da cláusula de MMC, que acaba por causar um círculo vicioso. O não atingimento das metas de movimentação leva ao pagamento de multas, as quais

exploração indireta fora do Porto organizado, exercida pelos chamados Terminais de uso privado. Nesse último caso, o regime de exploração é privado, não havendo a previsão de cláusula de Movimentação Mínima de Cargas.

²⁵⁶ Para um estudo aprofundado sobre o tema *cf.* JUCÁ, Paulo Renato. A Lei nº 12.815/2013: veneno ou remédio? A regulação do setor portuário. In: GUERRA, Sérgio. (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. v. III, 1ª ed., Curitiba: Juruá, v. 3, p. 367-392, 2017.

podem reduzir capacidade de investimento na própria exploração portuária, levando novamente ao pagamento de multas pela não atingimento da MMC.

Isso significa que, enquanto não se puder interpretar a relação levando em conta a posição de parceria entre o privado contratado e o concedente, admitindo-se, inclusive, a revisão de cláusulas contratuais que economicamente — ou sob um viés regulatório²⁵⁷ — se mostram ineficientes, não se estará resguardando a própria finalidade pública pretendida. São precisas as constatações de Rafael Wallbach Schwind e Karlin Olbertz Niebuhr²⁵⁸, sobre esse ponto:

O fato é que a cláusula de MMC traduz uma ideia de parceria entre o poder concedente e o arrendatário do terminal, no sentido de que o arrendatário somente terá condições de atingir determinado nível de movimentação se o próprio Poder Público adotar certas medidas destinadas à atualização das condições do terminal.

(...)

Para além das questões examinadas acima, deve-se repensar até mesmo se a cláusula de MMC é compatível com o atual marco regulatório do setor portuário no Brasil.

(...)

Note-se que a revisão ou exclusão da cláusula MMC não constituirá propriamente uma vantagem concedida indevidamente ao arrendatário. Trata-se apenas de adaptação do contrato ao novo marco legal. Muito possivelmente, o arrendatário estaria atingindo a MMC se não tivesse ocorrido uma ruptura na estrutura anterior de mercado. Na verdade, e a rigor, o arrendatário pode até mesmo ser prejudicado pelo novo marco regulatório. Afinal, se a sua movimentação foi significativamente reduzida em função da abertura do mercado a terminais privados, os resultados inicialmente esperados foram frustrados — e isso ocorreu sem qualquer má atuação por parte do arrendatário. Foi produto da alteração legislativa superveniente, que teve impacto sobre as projeções econômico-financeira iniciais.

Por fim, se a MMC deixou de ser viável em virtude da alteração da estrutura de mercado decorrente da edição da Lei nº 12.815, é evidente que a sua exclusão não significará a concessão de um benefício supostamente indevido ao arrendatário. Afinal, se a MMC prevista contratualmente tornou-se inviável, eventual nova licitação para a concessão do terminal certamente resultará em uma MMC mais baixa, justamente para que seja viável.

Dessa outra perspectiva, todavia, não resultará um irrestrito equilíbrio entre o parceiro público e o privado. A consensualidade e a negociação não retiram (eventual) proteção que possa pender a favor do Poder Público. Como explica José Manuel Sérvulo Correia²⁵⁹:

²⁵⁷ Considerando os objetivos estatais, a ineficiência pode não ser apenas econômica, mas regulatória. É possível que, diante de uma análise sistêmica do setor no qual esteja inserido o contrato público, algumas de suas cláusulas se mostrem ineficientes, e, assim, precisem ser alteradas. Sobre o tema, cf. item 2.2 dessa dissertação.

²⁵⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach; NIEBUHR, Karlin Olbertz. Considerações críticas sobre a movimentação mínima contratual (MMC) em arrendamentos portuários. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. 2ª ed. rev., amp. e atu. de acordo com o Decreto nº 9.048. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 516-523.

²⁵⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 347. Para o autor português: “Por um lado, a natureza pré-estabelecida das

Em suma, o contrato administrativo distingue-se do acto administrativo pela bilateralidade, pela conjugação indispensável de pelo menos duas vontades dotadas de igual valor. Esta igual valia das vontades ou paridade de poderes (*Gleichberechtigung*) não impede que a situação fática das partes possa ser muito distinta — como sucede se o contrato for sobretudo de adesão — ou que o regime decorrente do contrato possa consagrar em boa medida a sujeição de uma parte ao exercício de poderes discricionários da outra. Trata-se tão somente de assinalar que a criação, modificação ou extinção da relação jurídico-administrativa pressupõe a conjugação de ambas as vontades. E sendo, por isso, uma só delas insuficiente para o efeito, ambas se nivelam pela qualidade de fator indispensável para a geração dos efeitos jurídicos em causa.

O fato de, em algum momento da relação, a vontade estatal prevalecer sobre a do particular não lhe desnatura como contrato e tampouco pode ser entendida como uma condutada equivocada da Administração ou uma submissão irrestrita do particular (como acima descrito por Marcello Caetano). Se assim o fosse, não se admitiria — como já se teve oportunidade de demonstrar anteriormente — contratos privados em que as partes ocupam posição desigual justificadas por imperativos constitucionais²⁶⁰.

A questão recai, mais uma vez, sobre os pontos que se vem delimitando ao longo desse capítulo: a interpretação contratual não necessariamente precisa pressupor o desequilíbrio (como melhor forma de salvaguardar a Administração) e a escolha pública demanda justificativa objetiva quando se estiver diante da possibilidade de negociação ou de imposição da sua vontade.

A Lei nº 13.448/2017, aliás, deu indicações claras dessa outra forma de se pensar e atuar diante dos contratos administrativos complexos e de longo prazo. Ao prever²⁶¹ institutos que demandam a negociação, como a prorrogação antecipada (diante da necessidade de novos investimentos) e a relicitação (na hipótese de inviabilidade do contrato), a lei conferiu ao contratante público outras possibilidades para além da utilização das cláusulas exorbitantes.

cláusulas de muitos contratos administrativos e a existência de poderes de acção unilateral no interior do seu regime jurídico tende a enfraquecer a sua bilateralidade, embora sem eliminar. Por outro lado, a crescente aplicação do princípio da participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito — enunciado no art. 267º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa — conduz à institucionalização da posição do particular como parte no procedimento administrativo e à <contractualização> do acto administrativo (no sentido de prévia negociação do respectivo conteúdo).”.

²⁶⁰ Cf. item 1.1.3.

²⁶¹ Registre-se, por oportuno, que não se está, nesse ponto, discutindo se a lei, ao tratar dos novos institutos, apenas pretendeu conferir legitimidade à atuação estatal, que, todavia, já seria possível com base nas previsões contratuais e legais em vigor, ou se, apenas a partir da previsão trazida pela nova lei, seria possível admitir tal atuação administrativa. Essa é uma questão que será avaliada no capítulo seguinte desse trabalho.

Na mesma medida, contudo, impôs — na esteira das alterações trazidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — um ônus argumentativo maior em definir a sua escolha. Entre a negociação ou a imposição da sua vontade, a Administração terá que justificar a sua opção.

É nesse ponto, então, que se sugere a aproximação entre o direito e a economia. Estabelecidas as premissas — a Administração celebra contratos, participa dessa relação como contratante e estabelece liame de parceria com o particular contratado —, é possível sugerir uma outra forma de encarar esses ajustes, notadamente aqueles contratos complexos e de longa maturação, firmados pela Administração como forma de atingir necessidade públicas, estimular a economia e arrecadar.

E o primeiro passo, que parece inevitável, mas muitas vezes longe de se verificar na prática, é reconhecer que a estabilidade e a segurança jurídica necessárias a execução desses contratos não se verificarão por meio de cláusulas rígidas e imutabilidade das suas disposições. A primeira constatação econômica que decorre desses ajustes é que eles são naturalmente incompletos e precisam mudar ao longo do tempo. O Poder Público precisa estar preparado para lidar com isso.

Os ensinamentos do Professor Fernando Araújo²⁶² resumem a questão:

Sublinhemos aquele que é porventura o mais valioso contributo prestado pelo pendor pragmático da análise económica à Teoria do Contrato: a advertência de que não pode nem deve sacralizar-se o contrato, que não é propriamente uma <forma platônica> a que tudo deve acomodar-se, devendo reconhecer-se antes que, sendo um mero instrumento *facilitador* de interesses, está e deve continuar a estar, sujeito a rectificações na sua forma e nos resultados a que conduz em nome da justiça e da eficiência (não necessariamente por esta ordem), haja ou não <paternalismo> insinuado nessas rectificações, haja ou não reconhecimento objectivo da ocorrência de <falhas do contrato> traduzidas em externalidades, em divergências entre bem-estar privado das partes no contrato e bem-estar social das partes e de terceiros).

Assim, se muito já se falou que a licitação não seria um fim em si mesma, passemos a construir também a noção de que tampouco os contratos públicos — de investimentos e de longo prazo — o são. Admitir a incompletude contratual, mudanças e soluções flexíveis, especialmente em tempos de crise, é essencial para a Administração.

²⁶² ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 35-36.

2.2. Contratos complexos, com elevado grau de investimentos e de longo prazo: a necessária incompletude e a consequente mutabilidade desses ajustes

Ao definir os contratos sobre os quais incide o regime estabelecido pelas Leis 13.334/2016 e 13.448/2018, a legislação — além de elencar alguns deles nominalmente — fez uso de elementos distintivos (e característicos) desses ajustes: a complexidade, o volume de investimentos, o longo prazo e os consequentes riscos e incertezas envolvidos.

A complexidade e a execução diferida no tempo talvez sejam os pontos principais desses ajustes. Deles decorrem importantes implicações econômicas e a necessidade de a Administração fazer sucessivas escolhas, que vão muito além daquelas feitas *ex ante* na elaboração do Edital ou no momento da celebração do ajuste.

De fato, são contratos firmados para perdurar por 10, 20 ou talvez mais de 30 anos, ultrapassam mandatos, se submetem a vários calendários, pretensões e resistências. Tais contratos se tornam, palco de confrontos político-ideológicos e moedas eleitorais em todos os níveis federativos²⁶³.

Não só isso. O prazo integra a própria racionalidade econômica do ajuste, são contratos de investimento, cujo tempo é fator a ser considerado na equação do seu equilíbrio econômico-financeiro. Como explicam Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Rafael Vêras de Freitas²⁶⁴ acerca do prazo nas concessões²⁶⁵:

A fixação do prazo das concessões não é matéria de lei; ao ato normativo caberá, tão somente, fixar os prazos máximos e mínimos (v.g., art. 57 da Lei nº 8.666/1993 e art. 5º, I, da Lei nº 8.987/1995) desses contratos de longo prazo. Essa competência é privativa do Poder Concedente que, ao examinar o empreendimento que será delegado à iniciativa privada, estipulará um prazo que integre a equação econômico-financeira do contrato de concessão, suficiente para que o concessionário obtenha o retorno econômico projetado quando da apresentação de sua proposta na licitação. Essa equação se materializa na Taxa Interna de Retorno (TIR) do empreendimento, a qual se decompõe pela amortização dos investimentos realizados (em razão da aquisição de bens reversíveis, por exemplo) e pela sua remuneração (seja pelos usuários, ou pelo Poder Público, nas hipóteses de parcerias público-privadas); tudo isso sem que se desrespeite o dever de modicidade tarifária (previsto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995).

²⁶³ MOREIRA, Egon Bokmann. Contratos administrativos de longo prazo, sua invalidação e a segurança jurídica. In: **Revista de direito administrativo**. Lisboa: p. 69, nº 2, 2018.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. In: **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte: v. 17, n. 93, p. 152-153, set./out. 2015.

²⁶⁵ O mesmo raciocínio pode ser estendido para os contratos citados pelos novos diplomas, dos quais a concessão é exemplo.

A esse cenário integra-se, ainda, a sua complexidade. Elemento que não tem apenas contornos financeiros, mas envolve o próprio alcance dos seus efeitos. Além de serem contratos cuja estruturação econômica representa um projeto de investimento, as suas implicações não se restringem ao parceiro público e ao privado. São contratos que geram uma multiplicidade de interações, formando uma rede de relações jurídicas que gravitam em torno do ajuste inicial.

Além do vínculo bilateral, formado entre o Poder Público e o particular — caracterizado como uma associação de longo prazo —, o contrato cria, ainda, vínculos multilaterais (é o caso, por exemplo, da relação com utentes ou os ajustes firmados com fornecedores). Os efeitos do contrato, então, se projetam para além da relação bilateral, criando outros tantos direitos, obrigações e deveres não restritos àqueles que são objeto especificamente do ajuste.

Tem-se, assim, mais do que uma relação jurídica administrativa poligonal ou multipolar, definida por José Joaquim Gomes Canotilho como relações nas quais não existe um esquema referencial binário — de um lado o poder público e de outro o cidadão ou vários cidadãos com interesses idênticos — mas um complexo multipolar de interesses diferentes ou até contrapostos²⁶⁶. Na verdade, como bem ilustrado por Egon Bockmann Moreira, esses contratos de longo prazo são melhores representados pela figura do asterisco, em razão da rede dinâmica de relações jurídicas que são formadas a partir deles²⁶⁷.

A complexidade financeira, por sua vez, também é facilmente verificada pelo conjunto de elementos que são considerados, medidos, ponderados, tanto na formulação do projeto, como por aquele que manifesta interesse em contratar com Administração. Como ensina Antonio Martins, são aspectos econômicos relevantes a serem considerados pelas partes: (i) o plano de investimento inicial que pode variar de periodicidade (anual ou plurianual); (ii) o plano de financiamento, que contenha fontes de fundos; (iii) o plano de exploração previsional, no qual constem proveitos (rendimentos) e os custos (gastos) estimados (como bens a vender, serviços a prestar, preços previstos, taxa de inflação, quantidades de *inputs* a consumir e os preços,

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações Jurídicas Poligonais: ponderações ecológicas de bens e controlo judicial preventivo. In: **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Lisboa: IDUAL, n° 1, p. 56-57, jun./1994.

²⁶⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101. Não se pode deixar de mencionar que o autor, mesmo reconhecendo a complexidade dos efeitos do ajuste, aponta que o contrato (no caso, de concessão) em si é bilateral, envolvendo apenas as partes. São, portanto, seus efeitos que irão se espalhar por outras relações.

depreciação de ativos, salários, taxa de juro e muitas outras); e, ainda, (iv) uma estimativa do custo do capital utilizado²⁶⁸.

Esses fatores refletem como a racionalidade econômica desses contratos difere de muitos outros firmados pela Administração. Há um verdadeiro abismo entre pensar, modelar e estruturar um contrato de infraestrutura, e a realização de uma simples compra e venda de materiais para a Administração. Enquanto comprar canetas envolve praticamente uma simples pesquisa de preços no mercado, conceder a exploração de uma rodovia requer um planejamento para o futuro. Trata-se de um investimento que abrange, muito resumidamente, a projeção da remuneração do capital, a avaliação de expectativa de retorno, o valor da tarifa (ínfimo, aliás, perto do investimento inicial), cálculo de garantias, sucessivas análises no decorrer da sua execução e a previsão de um prazo razoável para obtenção de retorno e amortização dos investimentos.

Em decorrência, também o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste possui estrutura diversa e complexa. Nesses contratos, não há uma relação direta entre encargos e retribuição, o equilíbrio tem um objetivo para além das partes, visa a “adequada execução das obras e prestação de serviço contratado” e a “preservação do projeto concessionário”²⁶⁹.

Dito isso de uma forma econômica, a complexidade estendida no tempo torna muito difícil a celebração de contratos completos, nos quais as partes possuam todas as informações necessárias, dividam todos os riscos de forma objetiva, segundo aquele que melhor possa suportá-los, e, ainda, não estejam sujeitas à fatores imprevistos (internos ou externos), capazes de alterar o seu equilíbrio inicial.

Os contratos perfeitos, em que os contratantes possuam informações livres e completamente inteligíveis *ex ante*, a proporcionar uma racionalidade ilimitada do que irá ocorrer e como se darão as trocas e as contingências ao longo do tempo²⁷⁰ não seriam reais (pelo menos diante de relações de longo prazo). Diversamente, contudo, os ajustes alocam os riscos de forma imperfeita. Como destacam Robert Cooter e Thomas Ullen, seja porque deliberadamente são deixadas lacunas (quando os custos dessa previsão em conjunto com a

²⁶⁸ MARTINS, António. Project finance e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica. *In: Revista de contratos públicos*. Coimbra, 2011. n.º 8, p. 7-8, mai./ago. 2013.

²⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 86.

²⁷⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 65.

improbabilidade de ocorrerem superam àqueles de se permanecer silente), seja porque as partes realmente não previram a possibilidade de o risco se verificar²⁷¹.

O próprio contexto de crise econômica atual da conta da impossibilidade de se buscar a completude. O contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos, por exemplo, não contém previsão de alteração abrupta do cenário econômico, tampouco trata de mecanismos de renegociação nessa hipótese²⁷². A crise, contudo, foi um dos fatores que levou à sua derrocada²⁷³.

Mas não apenas as crises representam esse cenário. O dinamismo é, reconhecidamente, condição essencial da sociedade atual, a rapidez com que se alteram as relações, as rupturas causadas pelos avanços tecnológicos e a miríade de riscos a que se está submetido, tem reflexos relevantes na completude dos contratos complexos e de longo prazo, tornando-a um ideal praticamente inatingível²⁷⁴. Não é à toa que se fala em *sociedade de risco*²⁷⁵, a deslocar definitivamente o eixo da certeza para a incerteza nas inúmeras formas de relação (talvez, principalmente, as contratuais).

²⁷¹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and economics**. 6th ed. Rev. ed. of. Berkeley Law Books. Book 2. p. 292-293. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 20 AGO. 2018. Os autores destacam, ainda, a possibilidade de existirem fatores psicológicos, fatos que as partes não queiram prever por razões de ordem interna. Essa possibilidade, contudo, não se verificaria em contratos administrativos, razão pela qual não se mencionou no texto. Além disso, os autores deixam claro que nos contratos perfeitos (para eles irreais) os custos seriam zero, já que todos os riscos são internalizados, todas as informações relevantes comunicadas e nenhuma lacuna é deixada para ser preenchida.

²⁷² Tome-se como exemplo a cláusula 5.4.3, por meio da qual foi prevista a assunção, pela concessionária, do risco integral da demanda. Não há dúvidas que esse risco, quando mantida a racionalidade da contratação, é do parceiro privado. Ocorre que a extensão que lhe é conferida pelo contrato pode refletir, na prática, na sua inexecutabilidade. Foi exatamente o que aconteceu em Viracopos, com a drástica alteração da situação econômica do país, anteriormente mencionada, e a queda abrupta imprevista da demanda.

²⁷³ A crise e a derrocada da concessão foram endereçadas no Mandado de Segurança nº 35661, impetrado por Aeroportos Brasil Viracopos, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5446001>. Acesso em: 12 dez. 2018.

²⁷⁴ Cabe esclarecer que esse não é um fenômeno restrito aos contratos administrativos. Na verdade, se trata de ponderação que já vem sendo feita no âmbito das relações privadas, gerando, também nesse campo, a reformulação de paradigmas. A esse respeito se pronunciou Gustavo Tepedino, no prefácio da obra “Contrato Incompleto”, de autoria da professora Paula Greco Bandeira: “Na sociedade tecnológica, caracterizada pelo intenso frenesi do consumo e da velocidade das comunicações, o contrato como instrumento de troca se torna cada vez mais extenso e complexo na tentativa de redução de riscos. Tentativa vã, as mais das vezes, justamente em razão da majoração exponencial da álea suscitada pela transformação assustadoramente rápida e globalizada da economia. Neste cenário, as ferramentas tradicionais do direito privado para debelar os dois maiores riscos do sistema de crédito — o inadimplemento e a insolvência — revelam-se infrutíferas em face das vicissitudes que, imponderáveis em seus efeitos, deslocam a relação contratual para o desequilíbrio de sua lógica econômica, espécie de zona cinzenta entre fisiologia e a patologia do cumprimento obrigacional. Esse fenômeno, típico da contemporaneidade, exige o repensar da dogmática dos contratos, vez que a higidez do negócio jurídico, zelosamente elaborado, torna-se um *minus* diante da lancinante preocupação com o desenvolvimento da relação dele decorrente, compreendida nesse contexto como gestão de riscos”.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015. prefácio.

²⁷⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 21-23.

Esses fatores, então, irão se traduzir na teoria econômica dos contratos incompletos — *incomplete contract theory*²⁷⁶ —, uma das contribuições mais originais e férteis da análise econômica para a teoria dos contratos, na constatação feita por Fernando Araújo. De acordo com o professor português²⁷⁷:

O inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas — é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.

Imagine-se, por exemplo, um contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária. Pensá-lo como um contrato completo pressuporia, ao menos, que os preços pudessem refletir todas as informações relevantes, que o contrato fosse imune a toda e qualquer mudança externa, ou, resumidamente, que a alocação de risco original pudesse dar conta de todas as suas vicissitudes — desde a variação de demanda, até a adoção de medidas regulatórias posteriores que viessem a alterar o modelo concorrencial do setor.

²⁷⁶ A incompletude do contrato é um tópico central na microeconomia, o qual vem sendo explorado recentemente por autores como Oliver Hart, Sanford J. Grossman e John H. Moore *cf.* GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. *In: Journal of Political Economy*. 94, p. 691-719, 1986. e HART, Oliver D.; MOORE, John. Foundations of Incomplete. *In: Review of Economic Studies*. 66, p. 15-138, 1999. Oliver Hart — que recebeu o prêmio Nobel da economia, em 2016, por sua contribuição à teoria dos contratos — indica que a incompletude contratual já era tratada de forma seminal nos estudos de Oliver Williamson. HART, Oliver D. Incomplete contracts and control. *In: American Economic Review*. p. 1731, 2017. Essa teoria, por sua vez, capta a ideia de que contratos reais podem não ser precisos e detalhados como tradicionalmente a teoria econômica entedia. Registre-se, por fim, que essa teoria é tão rica e relevante, que poderia ser objeto de uma dissertação específica. Assim, aqui se restringirá ao corte desse trabalho, é dizer, a importância da teoria diante das negociações futuras a serem travadas pela Administração contratante diante da incompletude contratual.

²⁷⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 151.

O autor destaca, logo depois, que o inacabamento da teoria é voluntário, é dizer, as partes reconhecem a necessidade da lacuna. Sem embargo, é possível que haja um inacabamento voluntário, resultante de assimetria de informação, impossibilidade de supervisão da conduta das partes por si mesmas ou por terceiros, por exemplo. Completou, ainda, que o modelo “canônico” da teoria evolui, ficando mais claro que a incompletude pode decorrer de fatores exógenos (porque ninguém é dado prever o futuro), fatos endógenos de inacabamento deliberado, e até a fatores causais, por falta de minúcia ou sutileza nas previsões. Esse modelo foi também enriquecido pelo desenvolvimento de soluções *ex post*. Em mecanismos para lidar com a incompletude no decorrer da execução contratual, quando verificada.

Não é isso, contudo, o que ocorre na prática. No contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Belo Horizonte à BH Airport, não foi considerada na estruturação econômica do ajuste a concorrência direta com outro *player* situado no mesmo mercado geográfico. Não obstante, a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC editou, em 11 de setembro de 2018, a Portaria nº 2.829/SAI²⁷⁸, por meio da qual autorizou que voos de grande porte fossem operados no Aeroporto Carlos Drummond de Andrade, conhecido como Aeroporto da Pampulha, em Belo Horizonte²⁷⁹. Passando-se, assim, a admitir a concorrência direta entre os aeroportos.

No mundo real, portanto, a duração estendida no tempo e a complexidade dos ajustes traz intrínseca a noção de incompletude. Não há um modelo de competição perfeita que assegure estabilidade no decorrer dos anos, tampouco em um ambiente de mercado se está imune às mudanças relevantes que irão afetar a estrutura contratual. A própria tentativa de prever todas essas contingências *ex ante* traria um custo muito elevado para a Administração, a qual poderia, inclusive, inviabilizar a contratação.

Como explicam Oliver Hart e Jonh Moore²⁸⁰:

A principal function of a long-term contract is to facilitate trade between two parties who must make relationship-specific investments. Once the investment have been sunk and the parties have become locked-in to each other, outside competition will have little impact on the terms of their trading, and so these must be governed instead by contractual provision. The difficult task facing the drafters of a contract is to anticipate and deal appropriately with the many contingencies which may arise during the course of their trading relationship. Since it may be prohibitively costly to specify, in a way that can be enforced, the precise actions that each party should take in every conceivable eventuality, the parties are in practice likely to end up writing a highly incomplete contract.

²⁷⁸ ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em:

http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/2018/portaria-no-2829-sia-11-09-2018/@@display-file/arquivo_norma/PA2018-2829.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁷⁹ Destaca-se, por oportuno, que não se está realizando juízo de valor acerca da opção regulatória da ANAC. A Agência, diante de análise sistêmica do setor, pode entender necessária alterações regulatórias desse tipo. O que se está mostrando, portanto, é que os contratos de longo prazo não estão imunes à mudanças, muitas vezes não previstas em seus termos.

²⁸⁰ HART, Oliver D; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. In: **Econometrica**. v. 56, n. 4, p. 755, jul. 1988. No mesmo sentido, assim se pronunciou Benjamin Klein, segundo o qual, “*Contracts are incomplete because there are significant information and measurement costs surrounding most business transactions. When a large number of possible contingencies exist regarding future events, the use of the fully contingent complete contract of economic theory is too costly. Transactors uses incomplete contracts in these circumstances not only to avoid the significant “ink costs” of writing fully contingent contracts, but, more importantly, because incomplete contracts avoid the wasteful search and negotiation costs that otherwise would be born by transactors*”. KLEIN, Benjamin. The Role of Incomplete Contracts in Self-Enforcing Relationships. In: **The economics of contracts: theories and applications**. Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant, eds., Inglaterra: Cambridge University Press, 2002. p. 60. Sobre a definição de contrato incompleto ver também KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 186-187.

Os custos na elaboração de um contrato completo são, de fato, um dos principais motivos para, em termos econômicos, se optar por firmar um contrato incompleto. Mas esse não é o único fator da incompletude. A literatura identifica, ainda, outras razões relevantes que impedem a elaboração de um contrato perfeito, notadamente na hipótese de contratos de longo prazo. Alan Schwartz, por exemplo, ao explicar porque as partes firmam contratos incompletos elenca, além dos elevados custos, outros fatores, como: (i) a impossibilidade fática de se prever todos os eventos futuros; (ii) a racionalidade limitada das partes; e (iii) a assimetria de informação²⁸¹.

De fato, essas variáveis se mostram relevantes quando da elaboração do contrato administrativo. Isso porque, como regra²⁸², a formulação dos contratos se dá pela própria Administração Pública ao elaborar também os termos do Edital licitatório. Isso significa que, apesar de não se verificarem certos custos de negociação/barganha *ex ante* — pela ausência de negociação com o particular sobre os termos contratuais —, existem outros custos próprios da estruturação contratual, como àqueles referentes à preparação do projeto básico, da alocação objetiva de riscos e da previsão das eventuais contingências a que se submeterá o contrato.

Conta-se, ainda, com a possível situação de assimetria de informação e racionalidade limitada, já que o Poder Público, apesar de muitas vezes saber o que quer contratar, não possui

²⁸¹ Na interessante constatação do autor “*In the lawyer’s view, a contract is incomplete when it has a true gap: for example, the contract is silent respecting the parties’ payoffs if one of them breaches. Economists have not settled on a definition of incompleteness but agree on a paradigm case: a contract is incomplete when it is insufficiently state contingent*”. SCHWARTZ, Alan. Incomplete contracts. In: **The new Palgrave dictionary of economics and the law**. v. 2. Peter Newman. Londres: Macmillan Reference, 1998. p. 277-279. Além das três outras fontes de incompletude apontadas, Alan Schwartz cita, ainda, a incompletude decorrente do custo de se comprovar perante terceiros (como os Tribunais) uma informação, ainda que detida pelas partes — seria, segundo o autor, *enforcement cost*. Como se trata de mais um custo, deixamos de citar dentre os pontos acima, não obstante o autor fazer a distinção entre esses e os custos de transação. Na literatura nacional, também são identificadas várias fontes da incompletude contratual. Nesse sentido, são os ensinamentos de Armando Castelar Pinheiro: “Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática. É racional, pois, não ter contratos completos, ainda que haja riscos em deixar um contrato muito em aberto”. PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança Jurídica, crescimento e exportações. In: **Revista do IPEA**. 2005. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/-td_1125.pdf. Acesso em: 15 DEZ. 2017.

²⁸² A ressalva feita no texto envolve a possibilidade de o particular participar da estruturação dessas parcerias por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse, por meio do qual viabiliza-se o adequado relacionamento entre a Administração e o particular para que possam ser melhor formulados os projetos e, ao mesmo tempo, afastando-se a captura dos órgãos. O procedimento já era previsto pelo art. 21 da Lei nº 8.987/1995, tendo sido repetido também pela Lei nº 11.079/2004. Com o advento da Lei nº 11.922/2009, autorizou-se que os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estabelecessem “normas para regular procedimento administrativo, visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos, concessão de obra pública ou parceria público-privada”.

a *expertise* necessária e nem as informações suficientes sobre o objeto do contrato que irá formular²⁸³.

Especialmente em termos de contratos públicos, além das causas já mencionadas, outro fator de incompletude se mostra determinante. Trata-se do inacabamento contratual que seja capaz de lidar com a mutabilidade regulatória. Para além de representarem uma parceria entre o Poder Público e o particular com uma finalidade específica, os contratos de longo prazo, especialmente os que envolvem infraestrutura, possuem também uma função regulatória²⁸⁴. É dizer, trazem em sua estruturação as condutas dos agentes e a forma de execução das obrigações de modo a refletir a opção regulatória que se pretende para o setor²⁸⁵.

Não obstante tais previsões representem, ao menos inicialmente, estabilidade para o investimento²⁸⁶, fato é que as opções feitas hoje, não se cristalizarão (e nem poderiam se cristalizar) ao longo de todos os anos do contrato, notadamente em uma sociedade que se caracteriza pela rapidez e certeza da mudança. Será, então, preciso saber lidar com contratos, cujos termos não previam determinadas alterações regulatórias que, fatalmente, irão ocorrer²⁸⁷.

²⁸³ Esse fator será explorado na seção seguinte desse capítulo.

²⁸⁴ Não se pode deixar de mencionar a constatação feita por Pedro Costa Gonçalves acerca do *potencial regulatório* das concessões (de serviços ou de infraestruturas). De acordo com o professor português, reconhecer a função regulatória a esses contratos, em termos de estabelecimento de regras sobre o comportamento das empresas em determinados mercados, não constitui uma novidade, “não representa mais do que um novo nome para uma velha realidade”. Ainda assim, o autor destaca que a opção pela concessão como contrato regulatório enfatiza tanto uma estratégia regulatória por meio do consenso — que assegura a confiança e admite, no caso de alteração regulatória, a proteção do equilíbrio econômico financeiro —, como o reconhecimento de se tratar de um contrato sobre o exercício do poder público. GONÇALVES, Pedro António P. Regulação Administrativa e contrato. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. MIRANDA, Jorge (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, v. II, 987-1023. p. 1021-1022, 2010.

²⁸⁵ Ao tratar dos contratos que envolvem a prestação de serviços públicos e a regulação que representam, assim se manifestou Hugh Collins: “*The government presents itself as a costumer for services to be provided through a contract, but in reality it chooses merely to provide those services to the public through an agent, the external contractor. But in creating a market to supply the public service the government uses the device of standard contractual terms to regulate how the markets operate*”. COLLINS, Hugh. **Regulating contracts**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 305. cabe destacar, que a regulação por contrato não exclui a regulação feita pelas Agências reguladoras, a qual poderá, também, ter impactos contratuais.

²⁸⁶ De acordo com Flavio Amaral Garcia, ao enfrentar o tema da regulação por contratos, “a contratualização da regulação pode ser uma estratégia garantidora de maior segurança jurídica para os investidores mormente em países em desenvolvimento, pois estes são, em tese, propensos a fluxos de instabilidade política e econômica. Por sua vez, com a contratualização, incorporam-se direitos e obrigações para ambos os contratantes sob o manto do ato jurídico perfeito, o que pode tornar mais tormentosas adequações que decorram da flexibilidade e mutabilidade inerentes a esses arranjos contratuais duradouros”. GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e a incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: a. 3, n. 5. p. 59-83, mar./ago. 2014. p. 62. Importante destacar, todavia, como defendido no texto acima, que essa estabilidade não pode confundir-se com imutabilidade. É dizer, ainda que a contratualização de opções regulatórias sejam, de fato, fatores de estabilização e atração de investimentos, a possibilidade de alteração dessas escolhas também deve ser considerada. O contrato, portanto, não poderá petrificar a opção inicial. É preciso saber, por isso, lidar com essas alterações, como se verá no decorrer desse tópico, o que tem ligação direta com os contratos incompletos.

²⁸⁷ Aliás, linhas acima foram destacados dois exemplos dessa incompletude. A primeira foi o caso dos Portos Públicos que passaram a concorrer diretamente com os Terminais de Uso Privado e a segunda a admissão de

Daí a importância de se utilizar, também em âmbito público, das considerações econômicas acerca dos contratos incompletos.

Sob essa perspectiva, aliás, uma indagação surge: até que ponto a Administração deve tentar prever *ex ante* o futuro incerto ou, em outros termos, até que ponto essa incompletude é admissível? A pergunta é relevante por trazer uma perspectiva eficiente para a aceitação da incompletude na formação do contrato público.

Porque, veja-se, não se trata de admitir um inacabamento do contrato resultante de uma insuficiente ou irregular alocação de riscos²⁸⁸. Como seria o caso dos contratos complexos e de longo prazo nos quais a distribuição de riscos é feita de forma genérica ou despreocupada, fundamentada em riscos ordinários e extraordinários, conforme teoria das áleas, e refletida em disposições genéricas como: “os riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente serão suportados pelo parceiro privado”²⁸⁹.

A incompletude nesses casos, como bem destacou Fernando Vernalha Guimarães, leva a resultados negativos para a própria Administração, gerando, inclusive, “distorções no resultado da licitação”²⁹⁰. Isso porque, por um lado, verifica-se prejuízo para a comparabilidade entre as propostas, elevando-se o custo do objeto contratado, e, por outro, se admitiria comportamento oportunista de licitantes, que podem não ter capacidade para desenvolver o objeto contratado e vão se valer de futuras renegociações. A incompletude, assim, seria ineficiente.

uma possível concorrência entre aeroportos do mesmo mercado geográfico. Ambos exemplos de opções regulatórias com impactos em contratos públicos.

²⁸⁸ A interpretação estritamente jurídica da incompletude, aliás, pode adquirir esse viés negativo, de um contrato mal formulado pelas partes.

²⁸⁹ A crítica à transferência total de riscos ao contratado e à utilização da teoria das áleas em contratos como os de concessão pode ser verificada em PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 101-133. De acordo com o autor, a doutrina tradicional se contradiz ao transferir todos os riscos da concessão para o contratado, mas ao mesmo tempo admitir a utilização da teoria das áleas, pela qual o Poder Concedente se responsabilizaria pelos fatos extraordinários. Na interessante constatação de Perez, ambas as soluções seriam ineficientes. A uma, porque a alocação genérica em desfavor do particular é precificada, o que resulta em perda para a Administração. Por outro lado, a teoria das áleas seria favorável ao particular e desfavorável ao Poder Público, uma vez que diversamente do que ocorre nas parcerias privadas, nas quais, diante de riscos imprevisíveis haverá uma divisão de responsabilidades/custos, no caso da álea extraordinária, esta é assumida integralmente pelo concedente. Diante disso, o autor preconiza a necessidade de “uma explicação mais criteriosa e minudente sobre os riscos mais frequentes nas concessões e como, em cada caso, pode se dar o arranjo contratual de sua prevenção e de sua divisão, tudo com vistas voltadas a uma maior economicidade da contratação”.

²⁹⁰ GUIMARÃES. Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para a recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92-93.

Diversamente, o inacabamento contratual que se quer ver reconhecido para a contratação pública é àquele justificado por três fatores economicamente relevantes: custos, flexibilidade e possibilidade de renegociação. É dizer, se o contrato é incompleto pelos vultosos gastos com sua elaboração, como meio de reconhecer-lhe flexibilidade para mudança e como forma de admitir futuras negociações, é possível verificar, pelo menos a princípio, eficiência em suas lacunas.

O custo (de transação)²⁹¹ envolvido na estruturação de um contrato complexo e de longo prazo, talvez seja o elemento mais facilmente verificável em termos de justificativa para a incompletude contratual. Quando da elaboração do ajuste, fatalmente a Administração não tem como exercer um juízo de *futurologia* acerca de todas as contingências pelas quais passará a relação, e tampouco detém todas as informações necessárias acerca do objeto contratado a ponto de formular um contrato completo. Lacunas, portanto, existirão.

Esse inacabamento, contudo, tem um limite. E esse limite é estabelecido por uma análise objetiva dos custos e benefícios envolvidos tanto na previsão, como no silêncio acerca da alocação dos riscos da contratação²⁹². A Administração, então, promoverá um *trade-off* entre o grau de completude e os custos para alcançá-la, buscando não uma completude total, mas o que Fernando Araújo considerou como um *acabamento contratual ótimo*²⁹³.

Nesse cenário, se os custos para a previsão e a alocação de determinado risco superam os benefícios dessa busca pela completude, não há razão para que a Administração insista em detalhar a eventual contingência. Tal utilização de recursos públicos (não só monetários, mas de pessoal e de tempo) seria ineficiente. Por outro lado, o silêncio também tem um custo. Deixar de dispor sobre riscos eficientemente identificáveis se traduzirá em precificação das ofertas.

Nas precisas lições de Marçal Justen Filho, quando há incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário, estes se traduzem em custos de transação, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e

²⁹¹ Os custos envolvidos na contratação, os quais podem ser identificados como custos de transação, serão enfrentados de forma mais detida no item 2.3 dessa dissertação, porquanto tem relação com as escolhas eficientes da Administração.

²⁹² No mesmo sentido são as lições de Marcos Augusto Perez: “o administrador público, ao realizar uma concessão, deve planejá-la criteriosamente, estudando a sua viabilidade econômica e buscando alternativas que efetivem o interesse público (geralmente relacionado à implementação de um projeto de financiamento para a criação, manutenção, ampliação ou modernização de um serviço público) e que, ao mesmo tempo, repartam de forma razoável, baseada em uma análise de custo e benefício, os encargos e riscos do empreendimento concessório”. PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 132.

²⁹³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 151.

inseguranças que entranham na sua atividade²⁹⁴. A mesma constatação foi feita por Patrick Bajari, Stephanie Houghton e Steven Tadelis, que, ao avaliar os impactos da incompletude em procedimentos licitatórios constataram a precificação por parte dos licitantes²⁹⁵:

First, the buyer must spend resources to translate operational needs into well defined and communicable specifications. Second, needs for adaptations and changes often result from inadequate designs and specifications, changes in the external environment, or more generally, the extent to which the initial contract is incomplete. (...) Despite the prevalence of incomplete contracts, their effect on procurement in general, and on adaptation costs in particular are ignored almost without exception in both the theoretical and empirical auction literatures. (...) Our analysis suggests that adaptation costs are large, imposing significant extra costs on public procurement. (...) bidders must anticipate ex post changes and try to include any adaptation costs in their bids.

Não por outro motivo, a proposta desse trabalho envolve um acabamento contratual ótimo, ou mesmo uma incompletude *estrutural*, que se verifica naquela margem de incerteza gerada pela impossibilidade física ou econômica de se prever todas as variáveis e alocá-las de forma eficiente.

Não são, todavia, apenas considerações acerca de custos que a incompletude contratual, em termos econômicos, pode auxiliar no desenvolvimento de outra perspectiva para os contratos públicos. Como já adiantado acima, admitir a incompletude significa, ainda, conferir certa flexibilidade aos contratos de longo prazo, dotando-os de *capacidade de aprendizagem*²⁹⁶, para a manutenção de sua perenidade.

²⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 78.

²⁹⁵ BAJARI Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Adaptation Costs. *In: The American Economic Review*. v. 104, n. 4, p. 1288-1289, abr. 2014.

²⁹⁶ Essa expressão foi utilizada por José Joaquim Gomes Canotilho para demonstrar que as normas constitucionais são dotadas de uma capacidade de aprender e captar as mudanças da realidade de modo a se adaptar. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1125. Da mesma forma deveria acontecer com as disposições dos contratos de longo prazo, as quais não ficam imunes a pequenas e grandes mudanças, e como tal deveriam se adaptar às constantes mutações. Utilizando-se exatamente dessa expressão, assim esclareceu Egon Bockmann Moreira: “Como em todos os textos normativos, sua verdadeira compreensão só ocorre ao confrontá-lo com os eventos da vida, num *processo de constante desenvolvimento*. Talvez por isso fosse mais adequado falar em ‘construção contratual’ que propriamente de ‘interpretação contratual’”. Aqui surge a *capacidade de aprendizagem* dos contratos de concessão, a renovar sua compreensão em face dos desafios que a realidade constantemente lhe apresenta”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57.

Essa perspectiva, aliás, vai de encontro com a ideia inicial e intuitiva de que o contrato seria estável se previsse todas as variáveis e contingências futuras e se mantivesse imutável por todos os longos anos da relação. A primeira premissa, da completude, já foi afastada, é preciso aceitar o inacabamento contratual como fator de eficiência. A segunda premissa, a imutabilidade, tampouco se sustenta, já que é a incompletude que assegura a flexibilidade necessária para a mudança.

Veja-se que a própria teoria dos contratos administrativos de longo prazo²⁹⁷, e aqui tomamos como exemplo as concessões, foram se desenvolvendo em torno da ideia de se assegurar à Administração certa margem de mudança para adaptação do contrato ao interesse público cambiante. Maria João Estorninho, por exemplo, narra que o vapor e a eletricidade em substituição ao transporte urbano de tração animal e à iluminação pública a gás, levaram ao desenvolvimento de um contrato diferente do privado que fosse capaz de lidar com as mudanças e permitir a exigência de adequação do serviço concedido²⁹⁸.

Conquanto essa noção tenha ficado esquecida por um tempo e a imutabilidade tenha passado a ser o norte da interpretação contratual, o contexto atual demanda a possibilidade de alteração *ex post* desses ajustes, inclusive de forma célere. Inovações tecnológicas, cambiantes necessidades e interesses da população tornam a flexibilidade uma característica a ser perseguida nos contratos públicos.

Aliás, a mutabilidade regulatória, acima destacada como fonte da incompletude das contratações públicas, a exigir uma adequação sistêmica constante, também tem como consequência a necessidade de se reconhecer essa margem de mudança. Nas precisas palavras de Egon Bockmann Moreira²⁹⁹:

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. (...) Diante de tais diferenças, torna-se claro que as variantes do contrato de concessão (endógenas ou exógenas) e respectivo mercado podem impor a necessidade de alteração da regulação e implicar a mudança na conduta dos agentes ou do próprio contrato de concessão de serviço público. Pode-se tomar necessário alterar o momento ou a forma de execução das

²⁹⁷ cf. capítulo 1.

²⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006. p. 130-131.

²⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. In: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: v. 7, n. 25, p. 101-111, jan. 2009.

obrigações; prorrogar ou diminuir o tempo do contrato ou do objeto da contratação; incorporar ou excluir serviços, especialmente diante da evolução tecnológica, etc.

A incompletude, portanto, pode ser estrategicamente desejada como forma de se assegurar flexibilidade para as mudanças que irão ocorrer ao longo do tempo. Dessa constatação, por sua vez, decorre o terceiro fator da incompletude, a possibilidade de renegociação das cláusulas contratuais. E se as duas primeiras causas de inacabamento — custos e flexibilidade — transitam entre a fase pré e pós-contratual, a questão de como lidar com as mudanças futuras é uma preocupação *ex post*.

Nesse ponto, a questão se desloca da análise do que deve ser eficientemente previsto, para a alocação residual de decisões. A pergunta, que surgiu dos trabalhos desenvolvidos inicialmente por Oliver Hart e Sanford J. Grossman³⁰⁰ (depois desenvolvidos pelo primeiro), recaí sobre quem tem condições de decidir diante da lacuna que se verifica no transcurso do contrato. Como explica o próprio Oliver Hart³⁰¹:

Actual contracts are not like this, as lawyers have realized for a long time. They are poorly worded, ambiguous, and leave out important things. They are incomplete. At some stage, Grossman and I realized that a critical question that arises with an incomplete contract is, who has the right to decide about the missing things? We called this right the residual control or decision right. The question is, who has it?

A questão da incompletude, portanto, também terá impactos na alocação de decisões futuras. Se o contrato possui lacunas, quem irá decidir sobre elas? Esse ponto traduz bem o que já foi defendido nesse trabalho: o contrato não é um fim em si mesmo, não devem se manter cristalizados para durarem. Muito pelo contrário, precisam sofrer mutações para se manterem ativos. Apenas no decorrer da sua execução, diante das diversas vicissitudes, é que os contratos mostrarão suas lacunas, quando, então, será preciso lidar com elas.

Como se verá mais detidamente adiante³⁰², o professor Oliver Hart em conjunto com Jonh Moore, entendeu que a decisão posterior tem a ver com propriedade. É dizer, preenche a

³⁰⁰ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. In: **Journal of Political Economy**. 94, p. 691-719, 1986.

³⁰¹ HART, Oliver D. Incomplete contracts and control. In: **American Economic Review**. p. 1732, 2017.

³⁰² Cf. item 2.4.

lacuna aquele que detém o *asset*³⁰³. Em termos de contratos públicos, contudo, notadamente no Direito Administrativo brasileiro, essa divisão com base na propriedade ganha contornos especiais e a linha entre quem tem ou não poder de decisão é mais clara. Basicamente, a escolha fica por conta da Administração.

Por ora, todavia, para os fins do presente ponto, o que precisa ficar claro é exatamente o fato de que: os contratos complexos e de longo prazo são incompletos, e como tal precisam ser flexíveis para admitir mudanças. No exercício dessa mutabilidade, por sua vez, a Administração precisa começar a levar em conta os custos e resultados de suas escolhas.

2.3. Escolhas públicas eficientes: a avaliação dos custos de transação e resultados

Ainda que as ponderações acima possam implicar em certas peculiaridades à aplicação da teoria econômica ao Direito Administrativo, fato é que muitos de seus preceitos podem auxiliar a Administração em termos de estruturação, interpretação e regulação dos contratos públicos³⁰⁴. A atuação pública eficiente talvez seja a vertente mais relevante da relação entre direito e economia.

Se a premissa estabelecida nesse trabalho é o reconhecimento de contratos incompletos e mutáveis, cujas alterações podem ser implementadas por atos unilaterais da Administração ou por meio da negociação entre as partes, a análise dos custos e resultado dessa escolha traduzem uma atuação eficiente da Administração e um caminho a ser seguido.

Sem a pretensão de esgotar o tema, já que, dentro da própria literatura econômica, a eficiência pode ser identificada de formas diversas³⁰⁵, o que se pretende, nos estreitos limites

³⁰³ HART, Oliver; MOORE, John. Property Rights and the Nature of the Firm. **Journal of Political Economy**. 98, p. 1119-1158, 1990.

³⁰⁴ Como bem identificou Flávio Amaral Garcia: “a influência dos novos modos de agir do Estado Regulador contemporâneo e de um Direito Administrativo auspiciosamente renovado por valores e princípios que o distanciam dos padrões absolutos de hierarquia, imperatividade e unilateralidade de tradição francesa e construídos a partir da jurisprudência do *Conseil d’Etat*, aliada à absorção de conceitos e teorias advindas da *Economic Analysis of law*, produz importantes repercussões e consequências na forma como esses contratos administrativos, designadamente as concessões e parcerias público-privadas, são estruturados, interpretados e regulados”. GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e a incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: a. 3, n. 5. p. 59-83, mar./ago. 2014. p. 59.

³⁰⁵ Como explica, Robert Cooter e Thomas Ulen, a eficiência pode ser, por exemplo, alocativa (identificada como a eficiência de Pareto). Uma situação é considerada eficiente se não for possível mudá-la para melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a situação de outra. Existe, também, a eficiência produtiva, que se verifica a situação do máximo da produção, com custos mínimos, ou quando não é possível produzir mais bens

desse trabalho, é introduzir às decisões administrativas uma avaliação objetiva por meio do instrumental fornecido pela teoria econômica. Assim, como já se destacou anteriormente, além de formalizar a escolha estatal com base no interesse público relevante, a Administração terá que justificar esse interesse, considerando, por exemplo, custos (como os de oportunidade, tempo e de informação) e as consequências práticas da sua opção³⁰⁶.

2.3.1. Custos de transação

Nas precisas palavras de Oliver Hart, ao tratar da análise econômica em contratos públicos, *“perhaps the most valuable lesson of analysis is that it suggests that the public-private choice should be seen as a matter of efficiency not ideology”*³⁰⁷.

A noção de recursos escassos ganha, aqui, uma importante participação. Se a Administração detivesse recursos ilimitados para suprir carências praticamente infinitas, não se estaria discutindo uma forma de racionalizar a escolha pública. Não importaria, assim, qual a justificativa adotada, já que não haveria um *trade-off* entre o que se iria fazer e o que se deixaria de fazer, tudo seria realizado e todos seriam atendidos.

Esse mundo de recursos ilimitados, contudo, está longe de existir. Quando a Administração opta por construir um hospital, por exemplo, invariavelmente deixará de investir em outra área, também relevante. As escolhas trágicas³⁰⁸, como muitas vezes são chamadas, configuram o dia-a-dia da Administração Pública³⁰⁹.

utilizando os mesmos custos de produção (a relação dos fatores de produção e a quantidade de bens produzidos). COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and economics**. 6th ed. Rev. ed. of. Berkeley Law Books. Book 2. p. 14. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 20 AGO. 2018. Para o estudo que se pretende nesta dissertação, todavia, não é necessário o aprofundamento das diversas possibilidades de definição do conceito de eficiência no âmbito da literatura econômica.

³⁰⁶ Importante destacar que o exercício feito nesse item envolve a tomada de decisões que terão impactos significativos envolvendo contratos complexos de longo prazo. Isso porque, fazer uma análise detalhada de custos e benefícios das escolhas públicas envolvendo pequenas dimensões e pouco impacto seria também antieconômico.

³⁰⁷ HART, Oliver D. Incomplete contracts and control. In: **American Economic Review**. p. 1741, 2017.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Vasco Rodrigues, para quem “Saber o que é melhor é, evidentemente, uma questão controversa: todos podemos ter opiniões pessoais sobre àqueles assuntos. A economia tem procurado instrumentos teóricos que lhe permitam responder a essas questões, de forma positiva”. RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 24.

³⁰⁸ Sobre os papéis da moralidade e economia na tomada de decisões trágicas decorrente da alocação de recursos escassos, cf. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choice: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

³⁰⁹ Aliás, lidar com a finitude dos recursos corresponde à atividade diária das pessoas em geral. A diferença para a atividade estatal está no fato de que os recursos limitados são públicos e as finalidades também, dando-se, assim, uma relevante conotação à escolha.

As mesmas escolhas também são feitas no decorrer das relações contratuais. É dizer, se o Poder Público optou por decretar a caducidade de um empreendimento — como ocorreu com a concessão do trecho rodoviário compreendido entre Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070)³¹⁰ —, deixou, por outro lado, de renegociar o contrato, seja por meio do reequilíbrio, seja pela relicitação. Mas qual foi o custo dessa escolha?

As escolhas, de fato, envolvem custos, não só financeiros, mas também de tempo, de oportunidade e até mesmo de informação. A formalização eficiente da escolha pública, por sua vez, irá compreender todas essas facetas, as quais serão avaliadas não só no momento da contratação, mas principalmente no decorrer da execução contratual.

Como explica Fernando Araújo³¹¹, uma escolha é racional quando se centra em uma comparação subjetiva, mas desapaixonada, de custos e benefícios implicados nas várias alternativas abertas à opção. Assim, entre decretar a caducidade e reliciar, além da conformação legal das hipóteses, à Administração contratante precisaria demonstrar que o resultado decorreu de uma comparação dessas variáveis e que delas, então, extraiu o resultado que maximizasse o interesse perseguido³¹².

Em que pese a análise jurídica muitas vezes ignorar a existência de impactos financeiros desse juízo, conformando-se com a adequação legal da medida administrativa, fato é que existe uma conta a ser paga ao final de cada escolha. Como se terá oportunidade de verificar no próximo capítulo, a decretação da caducidade, por exemplo, envolve os custos de assunção do objeto concedido e de uma nova licitação. A relicitação, por sua vez, mesmo envolvendo os gastos com uma nova licitação, não transfere à Administração os custos do serviço/obra concedidos³¹³. A diferença entre os ganhos e as perdas financeiras, portanto, podem ser decisivos para a opção daquele que tem o dever de gerir recursos escassos.

³¹⁰ Conforme Processo Administrativo nº 50500.215568-2016 da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

³¹¹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 55.

³¹² Ao tratar da análise de custos e benefícios, W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon alertam (no âmbito da aplicação legislativa) para o fato de que, na prática, é impossível que o resultado da ponderação maximize/melhore a situação de todas as pessoas, ainda assim, o fato de levar a uma melhora de grande parte justifica a sua utilização. Em termos contratuais, ainda que não se chegue na solução perfeita, fato é que a análise de custos e benefícios traz parâmetros para a solução administrativa. VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th ed. Londres: MIT, 2005.p. 30-33. Para uma visão crítica da utilização de custos e benefícios como ferramenta governamental e de escolhas cf. ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. (Org.). **Cost-benefit analysis: legal, economic, and philosophical perspectives**. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

³¹³ O exemplo reduziu a complexidade do tema para fins ilustrativos. A relicitação, por exemplo, apesar de não repassar os custos do serviço ou obra para a Administração, pode aumentar os custos de posteriores contratação pelo incremento da chance de os contratados se valerem de comportamentos oportunistas (conceito que será enfrentado a seguir). É dizer, particulares sem condições de assumir o objeto, podem ser tentados a participar

A preocupação com os custos financeiros das escolhas públicas levou os autores portugueses Pedro Matias Pereira e João Soares Franco a apontarem astutamente para a existência de um *interesse público financeiro*. A deixar claro que, hoje, as decisões administrativas e a própria menção à princípios públicos requerem uma motivação qualificada, os autores assim se pronunciaram³¹⁴:

O alargamento das, digamos assim, preocupações comunitárias na contratação pública tem sido, em tempos recentes marcado por uma tónica até agora pouco relevante: a da consideração do *best value for Money*, i.e., da utilização dos dinheiros públicos (num tempo em que eles são cada vez mais escassos) para a obtenção do maior e melhor valor possível para as entidades adjudicantes.

(...)

Este poderá ser um sinal de que a contratação pública passará a levar em conta o “interesse público financeiro”, presente em qualquer contrato público, ou seja, o dever de, por aplicação das regras da contratação pública, se fazerem bons negócios (do ponto de vista financeiro).

O custo, contudo, não se restringe ao preço do objeto contratado — não reside apenas no valor da estrada ou da ponte cuja construção fora ajustada —, a teoria econômica dá conta de outros importantes fatores a serem considerados quando da escolha dos agentes. Surge, assim, a noção de custos de transação, cujo trabalho inicial desenvolvido por Ronald Coase, em *The nature of the firm*³¹⁵, foi essencial para o seu desenvolvimento.

De acordo com o autor, além do preço do produto, os custos de uma transação envolveriam, ainda, os custos para formular um contrato, de obter as informações, conduzir negociações, resolver possíveis conflitos, dentre outros. Esses custos, por sua vez, seriam

de licitações, pelo fato de, posteriormente, poderem devolver o objeto licitado, caso não verificado o retorno esperado.

³¹⁴ PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. In: **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra. n.º 5, p. 155-156, maio/ago. 2012. Nesse ponto, também são interessantes as constatações feitas por Miguel Assis Raimundo, ao tratar da eficiência em âmbito público. Apesar de o autor separar, em classificações diversas, eficiência e economia na afetação dos recursos, entende a necessidade de utilização de ambos no âmbito públicos. Segundo o autor “entendendo a eficiência sobretudo como um princípio ligado à forma de actuar, ao *procedimento*, preconizando um modo de ação que consiga os objetivos que se propõe da forma mais ágil e aplicando o mínimo de recursos possível, e reservando considerações de economia (ou *value for Money*, ou *best value*) para o juízo que deve presidir a aplicação dos recursos às utilidades que se pretende obter por contrato: deve obter-lhe o *melhor negócio possível* para os fundos públicos”. RAIMUNDO, Miguel Assis. 1980. **A formação dos contratos públicos**: uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 381.

³¹⁵ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. In: **Economica**. v. 4. p. 386-405, nov. 1937. No caso específico desse trabalho, o autor pretendia responder a duas dúvidas: a razão pela qual as firmas existem e qual o tamanho delas. Já em The problem of social cost, o autor estende a análise para a governança e organização da firma. COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: **The economic structure of the law: the collected economic essays of Richard A. Posner**; Francesco Parisi. Cheltenham Edward Elgar. 2000. p. 433-476. Desses trabalhos iniciais, a noção de custos de transação se estendeu para outros campos, como o contratual, de forma a auxiliar como método de decisão objetiva.

ponderados pela firma, como forma de promover a escolha entre recorrer ao mercado ou produzir.

Da mesma forma, essa ponderação pode ser feita em âmbito contratual. Além dos custos financeiros naturais do ajuste, outros custos precisam ser avaliados na equação econômica da escolha. Existem, assim, custos *ex ante* e *ex post*, como os de oportunidade, tempo, informação, negociação, elaboração do contrato (especialmente os complexos e de longo prazo), de cumprimento defeituoso ou até mesmo de litigância. A Administração contratante, então, tanto como qualquer outro, deve ter em conta “os custos de transação como unidade de medida para a ponderação dos méritos relativos dessas opções”³¹⁶.

Esse exercício de comparação pode mesmo levar o Poder Público a adotar, por exemplo, uma de suas prerrogativas em detrimento de uma solução negociada. Como já se teve oportunidade de afirmar, a aproximação com a teoria econômica não afasta o regime diferenciado ao qual está submetido o Poder Público. Desde que haja uma justificativa objetiva, para além de interesses genéricos, baseada nos custos envolvidos e nos resultados a serem alcançados, nada impede que sejam os próprios custos de transação a justificativa para uma solução impositiva³¹⁷.

Nesse exercício de comparação entre as possíveis soluções contratuais a serem tomadas, a avaliação do custo de oportunidade³¹⁸ é de grande valia. Isso porque, para toda opção que a Administração faz, havia outra(s) que ela poderia ter adotada. O custo decorrente do que se deixou de fazer e obter, é aquele que deve ser avaliado no processo de escolha e que configura o custo de oportunidade.

Mas, veja-se, quando se toma uma decisão, ainda que no âmbito contratual, provavelmente não vai existir uma única outra escolha possível. A Administração poderia estar sujeita a uma miríade de possibilidades para lidar com a situação. Exigir a análise de cada uma

³¹⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 211.

³¹⁷ Um exemplo absurdo, mas ilustrativo, pode ajudar a visualizar a questão. Pense-se em um soldado na trincheira que recebe a ordem para atacar diante de outro ataque, mas entende que seria o caso de negociar. Os inúmeros custos de transação envolvidos na opção de negociação, contudo, impedem nesse caso a solução consensual. Nos contratos da Administração deve-se pensar da mesma forma. Conquanto a opção pela consensualidade seja a via a se preferir, pode ser que em questões nas quais o tempo e as informações demandem custos maiores que os benefícios de uma solução consensual, a Administração opte por utilizar de sua prerrogativa.

³¹⁸ Além do custo de oportunidade, que Robert Cooter e Thomas Ulen, definem como “*the economic cost of na alternative that has been foregone*”, os autores chamam atenção, ainda, para um outro conceito útil da econômica: as vantagens comparativas (*comparative advantage*). Na definição clara dos autores, “*The law of comparative advantage asserts that people should engage in those pursuits where their opportunity costs are lower than others*”. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and economics**. 6th ed. Rev. ed. of. Berkeley Law Books. Book 2. p. 30. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 20 AGO. 2018.

dessas opções seria custoso a ponto de inviabilizar a escolha e engessar a Administração — ou levá-la a decidir com base em juízos abstratos. Por isso, economicamente, admite-se a comparação entre a opção adotada e apenas uma alternativa, “aquela que estava no segundo degrau das preferências, aquela que plausivelmente, teria sido tomada se não se tivesse preferido aquela por que se optou”³¹⁹.

Traduzida a questão em termos administrativos, a opção a ser avaliada em comparação com aquela adotada pelo Poder Público, seria a que, em termos legais, também poderia ser admitida para solucionar a hipótese e que, provavelmente, a Administração adotaria, não fossem os benefícios obtidos com a primeira opção. Ilustrativamente, aliás, é o que se pretende nesse trabalho. Para resolver problemas de inviabilidade dos contratos complexos e de longo prazo, além da relicitação e da caducidade, a Administração poderia adotar outras medidas, como o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Todavia, para que não fossem realizadas comparações infinitas, entendeu-se que, não fosse a relicitação, a escolha da Administração seria pela decretação de caducidade³²⁰ e não fosse a prorrogação antecipada, optaria pela encampação.

Se nesse juízo, recursos financeiros e custos de oportunidade já se delineiam como fatores relevantes da escolha administrativa na solução de problemas contratuais *ex post*, a avaliação do tempo necessário para adoção e execução da medida pode ser um dos fatores mais decisivos em termos de valorações econômicas. Isso porque, nas claras lições de Fernando Araújo, grande parte dos custos em que se incorre resulta basicamente “da perda de tempo que o alcançar de qualquer resultado implica, já que o tempo não é nem infinito nem reversível, implicando isso que a sua perda constitui um intervalo de absoluta não oportunidade”³²¹.

Esse talvez seja um dos maiores custos da Administração Pública. Isso porque, muitos dos mecanismos a que está submetida por lei — para assegurar imparcialidade, transparência e controle — poderiam não ser considerados instrumentos economicamente eficientes. Há, de fato, uma tensão constante entre legalidade e eficiência com a qual a Administração precisa lidar. Isso, contudo, não pode afastar a avaliação do tempo necessário para a efetivação das escolhas que a própria lei lhe assegura.

³¹⁹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 56.

³²⁰ Foi isso, inclusive, o que ocorreu na prática. Podendo fazer uso do processo de renegociação, por meio da relicitação, o Poder concedente optou por decretar a caducidade da concessão do trecho rodoviário compreendido entre Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070) à concessionária Galvão BR-153. Por meio desse trabalho, portanto, sugere-se que nesse tipo de escolha a Administração faça uso de instrumentais econômicos e que demonstre as consequências da medida para justificar a sua opção.

³²¹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 57.

No caso da opção pela prorrogação antecipada, por exemplo, a Administração estaria minimizando o tempo a ser gasto com a eventual elaboração e realização de um novo processo licitatório para obtenção dos investimentos não previstos no contrato em vigor. Esse fator, traduzido em custos, pode ser mais um a compor a equação econômica da escolha estatal.

Além dos custos de transação já apontados, existe, ainda, o custo da informação. Em uma sociedade tecnológica e praticamente sem fronteiras como a atual, ninguém duvida que a informação se traduz em importante fator econômico. Nos contratos, esse cenário não é diverso. Se as partes contratantes detivessem todas as informações necessárias, desde a fase inicial e por toda a execução contratual, não seria sequer necessário discutir a existência de contratos incompletos.

No mundo real, todavia, a divergência entre o nível de informação dos contratantes é uma das causas de ineficiência que atingem os ajustes. As decisões são tomadas — tanto *ex ante*, como *ex post* — sem que a parte tenha ciência de todas as variáveis que teriam implicação na sua opção. E a busca constante por essas informações mostra-se custosa não apenas em termos financeiros como também “em tempo, esforços despendidos e dificuldades que podem se colocar no curso da execução do contrato, como o risco de inadimplemento da contraparte”³²².

A esse fenômeno, a literatura dá o nome de assimetria de informação³²³, uma falha capaz de afastar o contrato do seu nível ótimo, já que impede previsões acerca de todos os fenômenos e eventuais contingências na formação do contrato, assim como dificulta a tomada de decisões no curso do ajuste, dado o desequilíbrio entre as informações detidas por cada contratante. Nas palavras de Fernando Araújo:

A insuficiência informativa, converte-se, nesta última acepção, num peculiar <custo de transação>, aquele que, interferindo numa perfeita partilha de toda informação relevante entre as partes (interferindo em suma no *Revelation Principle*), diminui a eficácia dos incentivos que promoveriam a harmonização dos seus interesses e de suas condutas.

³²² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 42.

³²³ A assimetria de informação, apesar de poder ser transportada para a discussão contratual, é reconhecida pela literatura econômica como uma falha de mercado. É dizer, um dos fatores que afastam o mercado do seu equilíbrio natural, ao lado de outras causas como: monopólio, externalidades e bens públicos. Nas lições de Robert Cooter e Thomas Ulen: “the forth source of market failure is an imbalance of information between parties to an exchange, one so severe that exchanged is impeded”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6th edition. Barkeley Law Books, Book 2. p. 41. 2016. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu-/books/2>. Acesso em: 20 AGO. 2018.

No campo dos contratos públicos, a assimetria de informação é facilmente verificada em todas as suas fases. Durante o procedimento inicial, é a Administração que, a princípio, deteria mais informações que o particular³²⁴. Isso porque, é o Poder Concedente o responsável pela formulação do contrato, definição do objeto e da estrutura econômico-financeira do ajuste. Isso significa que, pelo menos em tese, ao participar da licitação, o particular assume que no projeto básico, no edital e na minuta de contrato, tenham sido demonstradas e consideradas todas as variáveis que deveria conhecer para celebrar um negócio jurídico eficiente.

Fala-se “em tese”, porque, embora seja a Administração a responsável pela definição de “o que”, “quanto” e “como contratar”, na prática, as especificidades desses ajustes de longo prazo e a complexidade dos arranjos financeiros e técnicos envolvidos, tornam também o concedente carente de informações necessárias para a formulação do contrato. Muitas das vezes, tal fato pode levar à estruturação equivocada dos ajustes, desencadeando sucessivas renegociações ao longo do processo de execução. Nesse sentido constatou Marcos Nóbrega³²⁵:

Esse fenômeno ocorre em muitas licitações, sobretudo quando o objeto é bastante complexo. Como dissemos, a administração não tem de antemão condições de saber as reais possibilidades do contratante de executar o objeto do contrato. Os critérios de qualificação técnica e econômica restam insuficientes para revelar informações seguras para o poder concedente de reais capacidades e/ou interesse em executar adequadamente o objeto.

Essa assimetria em desfavor do Poder Público pode resultar em um problema de *seleção adversa*³²⁶. Como a Administração não detém total conhecimento das variáveis quando da

³²⁴ Nesse sentido, constata Patricia Sampaio e Thiago Araújo: “Em primeiro lugar, o contratante é monopolista — o Estado — a quem compete decidir sobre a oportunidade de realizar a contratação, as condições de fazê-lo e ditar, unilateralmente, as cláusulas do contrato”. Os autores alertam, todavia, para o fato de que esse poder pré-contratual não é ilimitado, uma vez que, se exercido de forma exacerbada, pode, inclusive, resultar em licitações desertas. SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Edição Especial)**: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: p. 319, 2014.

³²⁵ NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 408.

³²⁶ A questão da seleção adversa foi enfrentada por George A. Akerlof em seu artigo The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Ao avaliar o Mercado de compra e venda de carros, o autor constatou a possibilidade de a assimetria informacional afastar os carros bons do mercado. Nas palavras do autor: “It has been seen that the good cars may be driven out of the market by the lemons. But in a more continuous case with different grades of goods, even worse pathologies can exist. For it is quite possible to have the bad driving out the not-so-bad driving out the medium driving out the not-so-good driving out the good in such a sequence of events that no market exists at all”. AKERLOF, George A. The Market for

elaboração do edital e do contrato — considerando-se, especialmente, ajustes complexos e de racionalidade econômica peculiar — duas consequências podem resultar dessa assimetria. A primeira, é a possibilidade de estruturação de parcerias que afastem os participantes que teriam a *expertise* necessária para a execução da infraestrutura e/ou prestação do serviço a ser contratado. Isso aconteceria ao detectarem a formulação equivocada do ajuste, aqueles que detêm a informação sobre os riscos e contingências reais, não se propõem a participar do certame.

Já a segunda consequência — a qual pode, inclusive, resultar da primeira —, configura-se pela possibilidade de a Administração firmar ajustes com particulares que não detêm capacidade técnica/operacional para a execução do objeto licitado. Se partimos da premissa que não há entendimento integral sobre o ajuste por parte do Poder Concedente, tampouco há informações suficientes para avaliar se as propostas³²⁷ apresentadas resultarão na execução de bons projetos³²⁸.

A assimetria informacional com impactos na contratação pode ocorrer, ainda, durante a sua execução. Conquanto a literatura discuta de forma ampla as falhas que podem ocorrer *ex ante*, Patrick Bajari e Steven Tadelis apontam que “*the procurement problem is primarily one of ex post adaptations rather than ex ante screening*”³²⁹.

Nessa fase, identifica-se com maior facilidade a assimetria de informação em desfavor do Poder Público³³⁰. A análise de um contrato de concessão, por exemplo, torna mais clara essa constatação. A partir do momento em que o objeto é adjudicado pelo concessionário, os dados

"Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. In: **The Quarterly Journal of Economics**. v. 84, nº 3, p. 490, aug. 1970. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=00335533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>. Acesso em: 05. OUT. 2018.

³²⁷ Em regra, essas licitações envolvem julgamentos pelos requisitos técnica e preço, sendo o preço fator determinante (em especial perante órgãos de controle), o que pode levar à Administração à contratar àquele que, tecnicamente, não detém total conhecimento dos riscos envolvidos.

³²⁸ Essa assimetria pode, inclusive, falsear os instrumentos desenhados para afastá-la. Isso porque, para tentar evitar (ou minimizar) o risco de seleção adversa, a Administração Pública pode exigir, por exemplo, garantias contratuais. Essa garantia, contudo, pode acabar restrita àquilo que se tem conhecimento acerca do objeto do contrato e não, efetivamente, sobre todos os riscos. Ao tratar do tema, Fernando Araújo destacou ser “crucial a prestação de garantias pela contraparte, embora frequentemente se constate que essas garantias não recobrem, nem sequer aproximadamente, o universo dos ‘experience goods’, sobretudo porque tendem a cobrir apenas a características pessoais, ou do objeto contratual proposto, que sejam reveladas com elevada probabilidade durante o período de garantia”. ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 286.

³²⁹ BAJARI Patrick; TADELIS, Steven. Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts. In: **The RAND Journal of Economics**. v. 32, nº 3, p. 388, aut. 2001.

³³⁰ É usual na literatura identificar-se, muitas vezes, a existência de uma transposição da assimetria *ex ante* em favor do Poder Público, para uma *ex post* em favor do concessionário. Contudo, como foi adiantado acima, é muito comum que assimetria na fase pré-contratual se dê em desfavor também do Poder Concedente.

referentes à execução do contrato, desde os materiais a serem utilizados até a indicação do fluxo de caixa marginal verificado, passam a ser seus, verificando-se, praticamente, um monopólio de informação ao seu favor. Ao concedente, por sua vez, resta assegurar o acesso à essas informações da forma mais ampla possível³³¹. Isso significa que a relação precisa se pautar em confiança, transparência e *accountability*³³².

Essa divergência de níveis de informação, contudo, pode resultar em outra ineficiência, conhecida pela doutrina jus-econômica como risco moral (*moral hazard*). Nessa hipótese, como observa Fernando Araújo, tal comportamento se associa “às assimetrias informativas que respeitam a uma variável endógena, manipulável pela parte que beneficia da assimetria”. O autor prossegue afirmando que “o risco moral é um efeito potente e persistente, alastra para lá dos domínios em que se equaciona o alinhamento de interesses e condutas através de incentivos remuneratórios”³³³.

Trata-se, de fato, de uma questão de comportamento oportunista daquele que detém a informação. É possível que o contrato, e mesmo a legislação, não contenham incentivos capazes de fazer com que a parte atue de modo eficiente e, então, esta age de modo a maximizar seu interesse se valendo da vantagem informativa que tem. Ao tratar da questão no âmbito dos contratos públicos, Marcos Nóbrega dá o exemplo do concessionário que sucessivamente baixa a qualidade dos insumos utilizados na concessão com a finalidade de aumentar os seus lucros³³⁴.

A conduta oportunista pode resultar, ainda, de outras fontes, como a criação — até mesmo sem intenção — de “incentivos contrários” pelo comportamento da outra parte. Tome-

³³¹ Por isso, é um dever recorrente constante dos contratos de longo prazo a apresentação de relatórios pelos contratados, a fim de que a Administração possa ter ciência do desenrolar da execução contratual. Também são usuais cláusulas que assegurem ao concedente amplo acesso a esses dados. É o que se verifica, por exemplo, na cláusula 3.1.27., do contrato de concessão do aeroporto internacional de campinas, segundo a qual: “*sem prejuízo de eventual regulamentação futura expedida pela ANAC, dispor de banco de dados atualizado, em base eletrônica, apto a gerar relatório contendo as informações da Concessão, assegurando à ANAC o acesso ininterrupto, irrestrito e imediato ao referido banco de dados;*”. Todas essas disposições configuram-se mecanismos para buscar diminuir a assimetria informacional entre as partes. Ainda assim, tais tentativas de aproximação entre os contratantes podem falhar, como no caso de existir comportamento oportunista por parte do contratado.

³³² Obviamente, não se pode desconsiderar que o próprio contrato detém mecanismos de incentivo para afastar eventual comportamento oportunista da parte resultante desse maior nível de informações, como as disposições que tratam de análise de dados por auditorias independentes.

³³³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 286-287.

A constatação do autor é interessante, pois demonstra que, na verdade, a diferença entre o risco moral e seleção adversa decorrem muito mais de uma questão de conhecimento da conduta, uma variável endógena, do que do momento da verificação da assimetria, se *ex post* ou *ex ante*, como comumente é mencionado. De acordo com o autor, diversamente do risco moral, a seleção adversa associa-se “às assimetrias informativas que se reportam a uma variável exógena, não manipulável pela parte que beneficia da assimetria informativa”.

³³⁴ NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 411.

se como exemplo a relicitação, a qual envolve a possibilidade de extinção amigável do contrato com gradativa desvinculação das partes (suspensão dos investimentos e pagamentos de indenizações). Embora seja um instituto que reflita a perspectiva consensual do Direito Administrativo, sempre existe a possibilidade de ser interpretado como um desincentivo para boas contratações. Isso porque, eventuais futuros contratantes — diante da larga utilização da relicitação — podem se aventurar em contratações nas quais não tenham capacidade ou *expertise*, contando que, diante da sua “inviabilidade”, possam se valer de um término consensual³³⁵.

O aumento dos custos de transação que envolvem a assimetria de informação podem decorrer, também, de condutas não cooperativas por parte daquele que concentra o poder de barganha e acaba por “tomar como refém” a outra parte. A esse cenário se identifica na literatura como *holdup*³³⁶ e pode ser verificado em contratos administrativos de longo prazo, como Concessões e Parcerias Público-Privadas.

Nesses casos, em razão da alta complexidade envolvida e da natureza do objeto concedido (muitas vezes, serviços essenciais), o Poder Público pode se ver “preso” ao negócio jurídico, preferindo renegociar com o contratado, ainda que a escolha eficiente pudesse ser a imposição de sanções ou extinção do contrato por eventual descumprimento. Nesse sentido, observam Patrícia Sampaio e Thiago Araújo³³⁷:

Uma vez realizada a licitação e celebrado o contrato administrativo, a situação, em grande medida, inverte-se, pois o fracasso na execução de um contrato implica, para o poder público, um considerável prejuízo, não apenas em razão do serviço que deixa de ser ofertado à sociedade, mas também reputacional. Ocorre o famoso “prometeu, mas não entregou”, o que poderá ter consequências na carreira política do governante. Dessa forma, é esperado que o contratante tenha incentivos a preferir a renegociação ao encerramento do contrato, ainda que formalmente possua garantias que possam ser executadas ou multas que possam ser impostas. Ou seja, no momento pós-licitação, por vezes é o poder público quem se encontra em uma potencial situação de *hold up*, a menos que os incentivos corretos tenham sido adequadamente previstos no contrato.

³³⁵ Veja-se que tal exemplo corrobora a posição destacada em nota anterior do professor Fernando Araújo acerca da distinção temporal ou de conteúdo da seleção adversa e risco moral. Nesse caso, não se trata de um problema de assimetria *ex post*, mas sim de uma variável endógena daquele que detém a informação.

³³⁶ Nas lições de Steven Shavell, *Holdup* “refers to situations in which a party to a new or an existing contract accedes to a very disadvantageous demand due to the party’s being in a circumstance of substantial need”. SHAVELL, Steven. Contracts, Hold up and legal intervention. In: **Journal of Legal Studies**. v. 36, p. 325, 2007. Veja-se que, segundo o autor, o *Holdup* ocorre, também, em situações pré-contratuais, podendo levar a parte a contratar em razão do poder de barganha da outra parte.

³³⁷ SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Edição Especial)**: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: p. 319, 2014.

De tudo o que foi dito, portanto, decorre uma importante conclusão, mas algumas vezes ignorada no dia-a-dia da Administração, “contratar é uma atividade custosa”³³⁸. Assim, tanto o modo de se proceder a contratação, como a forma pela qual serão enfrentadas as decisões *ex post*, precisam considerar os custos envolvidos, sob pena de uma eventual ineficiência ser prejudicial ao próprio interesse que se pretende alcançar por meio do contrato.

Aliás, como os custos de transação são diversos e altos, considerar os impactos que cada decisão pode vir a ter, não só no próprio contrato, mas no sistema no qual o ajuste está inserido, também é um aspecto relevante em termos de eficiência da escolha pública.

2.3.2. Resultados

Como ensina Fernando Araújo, o agente econômico age com fundamento em expectativas acerca do futuro, não com base em remorsos acerca do passado — porque as suas decisões só são relevantes para o futuro³³⁹. A Administração, contudo, parece muitas vezes atuar sem se preocupar com o que está por vir, com o que poderá resultar das suas decisões. Diante de um acontecimento fático, busca-se a sua conformação com o que está previsto na lei e, ocorrendo essa compatibilidade, aplica-se o direito, sem muitas ponderações sobre a realidade, muito menos quanto ao futuro³⁴⁰.

Pense-se na hipótese de um descumprimento contratual. A Administração buscará as previsões contratuais e legais a respeito e se esse arcabouço confere a opção de sancionar, por exemplo, essa será a medida adotada, sem que se promova um exercício muito aprofundado sobre os custos ou impactos gerados pela escolha. Tome-se o mesmo exemplo, mas, agora, de forma contextualizada, levando-se em conta os custos e consequências da opção estatal. Pode

³³⁸ SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Decio. AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. In: **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Elsevier, 6ª reimpressão. p. 102-136, 2005.

³³⁹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 60.

³⁴⁰ Sobre essa dissociação entre direito e realidade assim se pronunciou Flávio Galdino: “De acordo com o modo de pensar tradicional, quando algo acontece na vida real, procuramos descobrir se esse fato se encaixa em alguma moldura jurídica, normativa, normalmente pré-formulada. Sem qualquer problema, nos perguntamos se uma norma, tal qual um raio, incide sobre a situação fática. Nesse momento, é como se os mundos se tocassem”. Segundo o autor, contudo, o direito deve considerar mais a realidade, de modo a ponderar custos e consequências das medidas, porque, afinal *direitos não nascem em árvores*. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 332.

ser que se esteja em um momento de profunda crise econômica, que o parceiro privado esteja em processo de degradação financeira e que eventual sanção levará a sua derrocada. Caso este parceiro não tenha concorrido para a situação de incumprimento, não seria mais eficiente buscar formas alternativas consensuais para solucionar a questão?

É por isso que, além da avaliação quanto aos custos, entende-se que a eficiência da escolha estatal depende, também, da ponderação quanto aos resultados que poderão advir da medida. De fato, como alertam Robert Cooter e Thomas Ullen, sob uma perspectiva econômica, faz-se necessário pensar sobre os efeitos decorrentes da medida escolhida³⁴¹. O exame das consequências ultrapassa a mera intuição, podendo ser posteriormente verificada e comprovada, trazendo segurança e estabilidade para a atuação estatal.

Em setores como os de infraestrutura, por exemplo, a escolha pública feita em um determinado contrato pode vir a ter resultados sistêmicos relevantes. Por isso, não se considera suficiente que a motivação fique restrita à avocação de valores abstratos, é preciso apontar também os resultados concretos. Se optar pela prorrogação antecipada, por exemplo, deverá demonstrar que essa medida permite investimentos imediatos, que irão aquecer a economia do setor e atender à demanda da população. É preciso ir além do: “atende ao interesse público”. Destacam-se neste sentido as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁴²:

Na dogmática clássica, a característica jurídica de eficiência dos atos do Poder Público não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação, mas, apenas, a de sua aptidão para produzi-lo em abstrato. É evidente que tal característica, tão importante quanto as de existência e de validade, que logicamente a precedem, é insuficiente para a adequada descrição desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. Realmente, ao se considerar a importância de se aferir o resultado da ação estatal, notadamente na administração pública, torna-se imprescindível aditar a característica finalística da eficiência.

Ainda que a consideração quanto aos resultados leve à diminuição da indeterminação das decisões estatais, algumas objeções podem ser levantadas quanto à sua utilização. Cláudio

³⁴¹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Law and economics**. 6th ed. Rev. ed. of. Berkeley Law Books. Book 2. p. 7. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 20 AGO. 2018.. Para os autores, considerar resultados e eficiencia, nao viola a distributividade, uma vez que resultados eficientes levam à alocação distributive ideal. No mesmo sentido, assim se pronunciaram Louis Kaplow e Steven Shavell, “*We believe that responsible government decision makers will be able to make better policy decisions if those who analyze legal policy devote themselves to identifying the effects of legal rules on individuals’ well-being — that is, if they employ welfare economics rather than base their analysis on notions of fairness*”. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 472.

³⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 328-329.

Pereira de Souza Neto, por exemplo, ao analisar o consequencialismo no âmbito das decisões judiciais, alerta para a possibilidade de que sejam discutidas as premissas fáticas consideradas e que, assim, sejam levantadas dúvidas sobre a certeza dos resultados e sobre a confiabilidade das consequências encontradas³⁴³.

De fato, a Administração não terá certeza absoluta sobre todas as consequências ponderadas. Mas isso não retira a eficiência de se considerar resultados. O Poder Público irá operar com probabilidade, fundado em conhecimentos técnicos e na experiência. Será realizada uma projeção sobre os possíveis cenários decorrentes da decisão adotada, que, por sua vez, decorrerá de um processo racional de causa e efeito³⁴⁴. Portanto, não se trata de intuição, mas de análise concreta de resultados.

Sobre essa questão, José Vicente Santos de Mendonça, fez interessante ponderação sobre o que chamou de consequencialismo consequente³⁴⁵:

A retórica das consequências é melhor do que a retórica dos princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser falseada. Pode-se discutir, num exercício empírico orientado a consequências que incorpore, por exemplo, dado a respeito de pesquisas, sobre a credibilidade da instituição que a realizou, o tamanho da amostra, vieses, o valor da regressão estatística. Uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a "dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção"; outra é discutir se o estado de coisas A ("os peixes vão morrer na lagoa") é preferível ao estado B ("a hidroelétrica não será construída e provavelmente faltará energia"). Consequências podem ser muita coisa, mas são menos coisas do que, por exemplo, a vis expansiva dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana. A retórica das consequências é menos efetiva do que a retórica dos princípios. Bom para todos. E o subtexto da crítica de Conrado é, afinal, um elogio ao consequencialismo consequente; aquele que é feito com método, dúvida sistemática, rigor inclemente. Não sei se algum dia isso conseguirá ser feito, seja pelo STF, seja por qualquer outro julgador. Mas são as dores do parto. Mudar a gramática é, em parte, mudar o jogo. Um Direito menos toscamente bacharelesco pode ser um Direito ainda toscamente empírico - mas é um Direito que aponta para um mundo melhor. Por fim, parece que, de fato, o giro empírico-pragmático está acontecendo.

Essa defesa pela análise dos resultados, aliás, deixou recentemente o mundo dos debates jurídicos, e passou a ser exigida na prática. Como já apontado anteriormente — na seção 2.1.2

³⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, Cláusula de Barreira e Pluralismo Político: Uma Crítica Consequencialista à decisão do STF na ADIN 3658. In: **Interesse Público**. Porto Alegre: a. 8, n. 37, p. 93-94, maio/jun. 2006.

³⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 29. 2018.

³⁴⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Em defesa do consequenciachismo**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 10 out. 2018.

— as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB tornaram realidade a busca pelos resultados em substituição ao subjetivismo e superficialidade das decisões estatais.

Os artigos 20 e 21 do referido ato normativo são exemplos dessa nova perspectiva que desponta para a Administração. Ao exigirem o dever de se medir e avaliar as consequências práticas das decisões públicas, os dispositivos impõem ao administrador a adoção de postura interpretativa que considera como elemento significativo as consequências da sua opção³⁴⁶.

A avaliação dos custos e a busca pelos resultados pode, assim, operar mudanças profundas do ponto de vista da estrutura das relações contratuais. Essa alteração de paradigma será completa, quanto mais se desenvolverem mecanismos de aproximação e colaboração entre o contratante público e o privado, de modo a gerar confiança e estabilidade como *enforcement* da relação. Como fez a Lei nº 13.448/2017 com o reconhecimento dos instrumentos que serão estudados no capítulo seguinte.

2.4. Poder residual de decisão, abordagem relacional e a crise como fator de renegociação

Os parâmetros para a avaliação eficiente da escolha pública foram lançados na seção anterior. Como toda opção estatal representará um gasto, a análise dos custos de transação e os resultados de cada escolha trazem a eficiência como tônica da motivação estatal. Mas a aproximação com a economia não tem apenas essa implicação relevante, outras considerações desenvolvidas no âmbito da ciência econômica, podem ser aproveitadas nas contratações estatais.

É o caso, por exemplo, do reconhecimento de que os contratos incompletos, de longo prazo e complexos vão exigir que a Administração possa realizar futuras negociações com o contratado. Nem sempre a imposição da sua vontade será a melhor forma de solucionar eventuais questões que surjam *ex post* — seja pelos elevados custos, ou pela própria ausência de conformação legal das medidas. Egon Bockmann Moreira ensina, nesse ponto, que não se está mais diante de um ambiente que conviva bem com alterações unilaterais e circunstanciais

³⁴⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 47. 2018.

típicas da Administração agressiva de outrora, que não via o parceiro privado e os utentes como sujeitos da relação, e sim como meros objetos de um projeto público excludente³⁴⁷. Por isso, sob a ótica prospectiva adotada nesse trabalho, entende-se que a Administração precisa saber lidar com as lacunas contratuais que geram a necessidade posterior de tomada de decisão ou renegociação entre as partes.

A teoria econômica tem tudo a ver com esse fato. Como já antecipado na seção 2.2 desse trabalho, uma das razões e consequência da incompletude contratual — economicamente estudada e admitida — é o reconhecimento da sua flexibilidade, capaz de admitir adequações diante de mudanças, e a admissão de futuras negociações. Não convém perder de vista, como alerta Fernando Araújo, que a estabilidade da relação é um incentivo para que os contratos não deixem desnecessárias “clareiras” nas quais possam se manifestar o oportunismo e os efeitos da assimetria de informação. Mas em relações complexas e duradouras, como as estudadas nesse trabalho, é de se esperar que existam lacunas, inclusive racionalmente pensadas, que necessitem de futuras decisões e, quiçá, negociações³⁴⁸.

O estudo da incompletude contratual sob a perspectiva do poder de decisão posterior, rendeu ao economista Oliver Hart o prêmio Nobel de ciências econômicas. Como ensina o autor, ao tratar do tema com Jonh Moore, em um mundo ideal e consequentemente em um contrato ideal, todas as vicissitudes seriam previstas e todas as suas consequências devidamente alocadas³⁴⁹. Como visto linhas acima, contudo, não é isso que ocorre na prática. Por esse motivo, nos trabalhos desenvolvidos por Hart, desloca-se a preocupação da necessidade de previsão contratual de todas as alternativas possíveis diante das infinitas ocorrências, para a alocação do direito de decisão residual. Segundo o autor³⁵⁰:

In a complete contracting world, ownership and residual rights of control are irrelevant since all decisions are specified in the contract. The presence of asymmetric information and moral hazard does not change this conclusion: these factors simply lead to the addition of various incentive-compatibility constraints in the solution for the optimal contract. When contracts are incomplete, residual control rights become important.

Para essa teoria econômica, portanto, o que importa nos contratos incompletos é a definição de quem terá o poder de decidir sobre aquilo que não está previsto, sobre as

³⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 411.

³⁴⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 184-185.

³⁴⁹ HART, Oliver D.; MOORE, John. **Incomplete Contracts and Ownership**: Some New Thoughts. *American Economic Review*. p. 182, 1997.

³⁵⁰ HART, Oliver D. Incomplete contracts and control. *In: American Economic Review*. p. 1740, 2017.

vicissitudes que se mostraram ao longo do caminho e que foram deixadas de fora da estruturação do contrato original. Tal poder de decisão não estaria restrito, por exemplo, à revisão do fluxo de caixa marginal ou a eventuais reajustes contratuais, mas abrangeria todas as mudanças, procedimentos e inovações não descritas no contrato, inclusive mudanças regulatórias.

Como definir, então, o parceiro responsável por essa escolha *ex post*? Segundo Oliver Hart e Sanford J. Grossman, a alocação residual da decisão teria a ver com a propriedade³⁵¹. É dizer, detém o poder de decidir no futuro, aquele que possui o *asset*, o proprietário do ativo. E “deter”, na teoria desenvolvida por Hart, tem a ver com quem administra aquele determinado bem sobre o qual recai a escolha.

O autor, ao lado de Andrei Shleifer e Robert W. Vishny, teve oportunidade de enfrentar a questão no âmbito dos contratos públicos. Ao tratarem das concessões envolvendo a administração das cadeias norte-americanas, os autores concluíram que, em tese, como quem administra o objeto seria o parceiro privado, ele deteria o ativo e, assim, o poder de decisão³⁵².

Ao transferir essa teoria para aplicação em âmbito nacional, a conclusão com relação aos contratos públicos não é tão simples assim. Isso porque, não obstante se busque dar outra perspectiva para os contratos administrativos, não se pode descurar de determinadas peculiaridades dessas contratações que impõem a mitigação de determinados influxos econômicos.

Como explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o consenso entre a Administração e o particular, que dá ensejo ao estabelecimento do vínculo obrigacional e determina a responsabilidade das partes contratantes, não é idêntico àquele estabelecido entre particulares. A razão dessa afirmação está na própria relevância do fim a ser atendido pelo Poder Público, que é diverso daquele perseguido pelo particular. “Enquanto a Administração busca atingir o bem estar geral, o particular age tão somente, em seu benefício”³⁵³.

³⁵¹ GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. In: **Journal of Political Economy**. 94, p. 696, 1986.

³⁵² HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons. In: **Quarterly Journal of Economics**. 112, p. 1121, 1997. Importante destacar que os autores apontam para o fato de que, ficando a decisão residual em nome do particular, o custo de inovação será implementado, mas não o de qualidade. Caso a escolha residual seja pública, ambos serão implementados, já que, por mais que haja custos, a Administração quer a qualidade.

³⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A inadimplência da Administração Pública e suas consequências: ensaio sobre a moralidade política e administrativa dos contratos. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. v. 47, p. 21, 1994.

Com efeito, quando a Administração celebra uma parceria para exploração de objetos envolvendo setores relevantes, como o de infraestrutura, o faz de forma a atender à satisfação de necessidades gerais da população. Trata-se de um compromisso institucional com a sociedade. Dessa forma, não obstante a concessão de tais objetos transitem entre dois ambientes: os direitos do concessionário (orientados pelo lucro) e os dos usuários (orientados por valores)³⁵⁴, a finalidade da Administração (e do próprio projeto) é uma só, a satisfação de uma necessidade social.

Por isso, não se entende que o poder residual de decisão possa ser conferido ao particular contratado. No caso dessas parcerias, devido as suas características e finalidades peculiares, a decisão final (se precisar ocorrer), será da Administração.

Essa conclusão, todavia, não poderia desfazer toda a construção defendida anteriormente sobre o estabelecimento de novas perspectivas para a contratação pública. Não se desconhece que alocar o poder de decisão residual na Administração — ainda que por conta da finalidade perseguida — tem um custo, que invariavelmente, se traduzirá no contrato. Para endereçar essa questão, portanto, dois parâmetros podem ser desenvolvidos.

O primeiro está diretamente relacionado à seção anterior deste trabalho. Se a decisão residual é alocada na Administração, ao tomá-la diante de uma lacuna e em razão de uma determinada vicissitude, será necessário considerar os custos de transação e resultados da opção estatal. Volta-se à regra básica de que toda escolha tem um custo e esse custo precisa ser objetivamente justificado. Sob essa perspectiva, quando surgirem questões não contempladas contratualmente e que precisam ser decididas, a Administração não se valerá apenas de recurso a valores e definições abertas, como “interesse público” ou “bem comum”. Será preciso demonstrar, em termos de custos de transação e resultados que a escolha é a mais eficiente.

O segundo parâmetro proposto tem a ver com o desenvolvimento, no âmbito da contratação pública, de outro instrumental fornecido pela teoria econômica do contrato: a abordagem relacional. Essa perspectiva sobre as relações contratuais, como explica Fernando Araújo, tem seu domínio por excelência exatamente nos contratos complexos e de longo prazo. Nessas relações, a miríade de riscos, contingências e percalços que serão verificados ao longo do seu curso, tornam insatisfatórios o regime de responsabilidade e as presunções

³⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 31. Destaca-se, contudo, que esses dois ambientes não são conflitantes. Exatamente pelo fato de que a finalidade é o atendimento da população, ainda que o concessionário atue na busca pelo lucro, a finalidade que precisa atingir é a adequada exploração do objeto de forma atingir a finalidade pública.

simplificadoras do arcabouço contratual clássico³⁵⁵. Por isso, opta-se por priorizar formas alternativas de conciliação entre as partes, que se desenvolverão à medida que evolui a própria relação contratual.

Há uma ideia, então, de aproximação entre os parceiros para fins de construção e reconhecimento de meios preferencialmente consensuais de solução de problemas, para além da tentativa — reconhecidamente impossível — de se chegar à completude contratual. Nas palavras de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio³⁵⁶:

A teoria dos contratos relacionais prioriza, na disciplina contratual, antes a previsão de regras claras sobre o processo de renegociação o preenchimento das suas inevitáveis lacunas do que uma preocupação em disciplinar detalhadamente as situações fáticas com que as partes poderão vir a se defrontar no futuro.

Essa teoria pode ser associada ao trabalho de Ian R. Macneil, que sistematizou as ideias inicialmente desenvolvidas por outros atores, como Stewart Macaulay³⁵⁷. Segundo Macneil, as relações complexas e de longo prazo devem ser entendidas de modo contextualizado, como forma de considerar o plexo de relações que lhes são circundantes. Além disso, a cooperação é elemento essencial ao contrato, de modo que os problemas que invariavelmente vão ocorrer no seu curso, podem ser resolvidos por essa aproximação entre os contratantes. Afinal, ainda de acordo com o autor, essas relações são construídas durante o seu desenrolar e de forma integrada e contínua pelos participantes³⁵⁸.

Na literatura brasileira, essa teoria foi estudada por Ronaldo Porto Macedo Júnior, que chama atenção para a diferença entre a racionalidade relacional e àquela trazida pela abordagem clássica do direito contratual, mais apropriada aos contratos “descontínuos”. Nessas relações, a característica básica é o seu isolamento em relação às demais transações. Elas são entendidas de forma dissociada, independente e isolada das demais transações, restringem seus termos à simples troca de mercadoria, quantificação e estabelecimento do preço, bem como se

³⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 395-396.

³⁵⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 38.

³⁵⁷ O pioneirismo de Stewart Macaulay é destacado por: ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007. p. 394.

³⁵⁸ MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and De Vos. *In: Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*. Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft, v. 143, n. 2, 1987, p. 276. Disponível em: www.jstor.org/stable/40750981. Acesso em: 15 set. 2018.

preocupam em regular apenas o presente, a troca. Diversamente, nos contratos relacionais, as relações são estabelecidas para perdurar ao longo do tempo, de modo que a colaboração entre as partes é essencial para lidar com a mutabilidade que lhes é inerente. A finalidade perseguida passa ser produto não de um antagonismo entre os parceiros, mas de mútua cooperação, sob a ótica da solidariedade, confiança e colaboração³⁵⁹.

O que se propõem é trazer essas ideias para o âmbito dos contratos públicos, notadamente a sua perspectiva de cooperação e soluções consensuais. Diante da impossibilidade da redução das incertezas e neutralização de todos os riscos, passa-se ao desenvolvimento de práticas capazes de estabelecer uma relação flexível e consensual entre os participantes, a fim de solucionar eventuais questões por meio de um processo de negociação, com vistas a maximizar a eficiência e a própria racionalidade do contrato³⁶⁰.

Isso porque, quando as partes são impelidas à auto negociação para solucionar problemas ou conflitos que vão surgindo no decorrer do ajuste³⁶¹, conseguem evitar, por exemplo, a demora de medidas sancionatórias ou soluções não eficientes decorrentes de atores externos, que poderiam por em risco todo o plexo de relações que desencadeiam em torno da parceria. Nesse ponto, como constata Sérgio Guerra, não há como suportar o fato de que qualquer impacto no equilíbrio dos contratos, por exemplo, deva aguardar o demorado trânsito em julgado dos feitos judiciais. Desde que preservada a transparência da operação, demonstrando que a solução adotada é a que melhor atenderá à ultimação do subsistema, a segurança jurídica poderá advir do consenso dos envolvidos³⁶².

A aplicação dessa teoria aos contratos de concessão, aliás, é precisamente apontada por Floriano de Azevedo Marques Neto, que entende ser ela útil para delimitar o caráter contratual específico dessas parcerias em relação aos contratos “tradicionais” da Administração. Ao traçar as características próprias dessas relações, o autor aponta, dentre muitas, para o fato de que seus “elementos centrais não são estáticos ou facilmente previsíveis”, são relações cambiantes, cuja “preservação contínua do vínculo relacional ao longo do tempo”, demanda métodos de resolução de conflitos preferencialmente consensuais³⁶³.

³⁵⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 131-140.

³⁶⁰ Não se desconhece que a literatura econômica separa a abordagem relacional da análise microeconômica clássica. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 193. Entende-se nesse trabalho, contudo, ser possível conciliar a análise de custos de transação e resultados com a abordagem relacional sob a sua perspectiva consensual.

³⁶¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed., t. 4. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211.

³⁶² GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 345-346.

³⁶³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 150-151.

Dessa forma, como meio de conciliar o poder residual de decisão da Administração, a economia, e as contingências que irão ocorrer no transcurso da relação contratual, opta-se pelo reconhecimento de que, nos contratos de longo prazo, a lógica será de cooperação e não de antagonismo entre as partes.

A crise econômica, por exemplo, foi amplamente mencionada nesse trabalho por fazer realizar a necessidade de mudança, por representar um fator importante em termos de desenvolvimento de uma cultura de consensualidade e negociação no âmbito dos contratos públicos. Isso porque, o cenário adverso é responsável por alterar todo o contexto de estruturação dos ajustes, provocando reflexos não previstos nessas relações. Ao tratar da questão, o professor português Pedro Costa Gonçalves, ressalta que a perspectiva relacional de cooperação aplicada aos contratos de longo prazo, traz para o parceiro público a percepção de auxílio ao contratado diante das situações adversas. Nas palavras do autor³⁶⁴:

Acima, houve oportunidade de aludir ao tópico segundo o qual, sobretudo enquanto contrato relacional, o contrato público se deve conceber como o suporte jurídico de uma colaboração recíproca entre as partes. Pois bem, este mesmo enfoque revela-se oportuno para se alcançar logo um certo sentido da adopção – no quadro da gestão dos contratos públicos – de medidas de reacção do contraente público diante do facto de, na vigência da relação contratual, o contraente privado se vir a defrontar com uma situação de dificuldade económica. Percebe-se, pois, que o propósito que nos orienta consista, agora, em chamar a atenção para uma faceta menos considerada e menos estudada da gestão de contratos públicos: a implementação, pelo contraente público, no quadro da gestão de contratos, de medidas de colaboração, de auxílio ou de assistência ao contraente privado.

Dessa perspectiva, decorre a tentativa de primeiro buscar soluções consensuais para os problemas, do que se voltar para uma lógica sancionatória tradicionalmente adotada pela Administração. Porque, ao fim e ao cabo, aplicar sanções a um parceiro privado que sofreu os efeitos da crise econômica — sem colaborar para isso³⁶⁵ — não será eficiente para o próprio atendimento da finalidade pública perseguida pelos contratos. Ajudar a degradação do contratado não é eficiente para a economia, para a sociedade, tampouco para a própria Administração.

³⁶⁴ GONÇALVES, Pedro. **Gestão de contratos públicos em tempo de crise**. GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 18.

³⁶⁵ A sanção, obviamente, deve ser aplicada para os contratados que atuaram de forma a incrementar os efeitos da crise, como, por exemplo, fazendo propostas irrealis, que não se verificariam nem mesmo em tempos de normalidade. Esse ponto será melhor enfrentado no próximo capítulo.

Quer isto dizer que, não só o contratado deve colaborar com a Administração de modo a explorar o objeto e atingir o interesse público. Também o parceiro público deve atuar — especialmente em momentos de crise — de modo a colaborar com o privado, adotando medidas de gestão contratual que se lhe afigurem adequadas e que possam mitigar o risco de degradação irreversível da situação econômica do contratado³⁶⁶. Trata-se, portanto, de considerar a crise como elemento a levar primeiro à busca de uma solução consensual que possa preservar o contrato, em detrimento da atuação verticalizada adotada, em regra, pela Administração.

Mas não só a crise servirá de gatilho para eventuais renegociações. Como já antecipado no item 1.2.2 dessa dissertação, o seu advento fez com que a Administração saísse da inércia e instituísse mecanismos importantes em termos de aproximação entre o Estado e o particular. Outros fatores supervenientes, todavia — e serão muitos, desastres ambientais, empresarias, por exemplo —, tanto quanto à crise, podem representar fatores que levem às partes a negociar.

Nesse contexto de cooperação, aproximação e negociação, a Lei 13.448/2017, configura-se instrumento relevante no âmbito dos contratos complexos e de longo prazo. Ao tratar da prorrogação antecipada, o ato normativo fomenta investimentos no setor de infraestrutura, decorrentes de um acordo entre as partes a ser compensado pela variável “prazo”. Com a criação da relicitação, por sua vez, a lei admite que o inadimplemento leve à extinção contratual negociada sem, contudo, ocorrer solução de continuidade. Ambas as medidas consensuais serão estudadas com mais detalhes no próximo capítulo e poderão ser comparadas, em termos de custos de transação e resultados, com medidas decorrentes da atuação unilateral (não cooperativa) da Administração.

³⁶⁶ PEREIRA, Pedro Matias. Gestão do Contrato Administrativo: a aplicação de sanções. In: **Revista de Contratos Públicos**. Coimbra: nº 10, p. 74, jan./abr. 2014.

3. OS INSTITUTOS DA LEI 13.448/2017 SOB UMA PERSPECTIVA ECONÔMICA

Com o advento da Lei nº 13.448/2017 — que veio complementar o arcabouço jurídico trazido pela Lei nº 13.334/2016, com a criação do Programa de Parceria de Investimentos — a Administração se viu diante do reconhecimento de outras formas de lidar com certas vicissitudes surgidas no âmbito dos chamados *contratos de parceria*.

Além de endereçar outras questões relevantes (como a prorrogação contratual e a tentativa de afastar o regime geral de contratação pública), o diploma normativo estendeu a possibilidade de se prorrogar antecipadamente, mediante a realização de novos investimentos, os contratos dos setores rodoviário e ferroviário, bem como trouxe o novidadeiro instituto da relicitação, como forma de extinção consensual das parcerias de infraestrutura³⁶⁷.

Diante desse cenário e partindo-se das premissas estabelecidas no capítulo anterior — de que contratar é custoso e as escolhas públicas tem um preço — o reconhecimento desses instrumentos consensuais traz consequências práticas relevantes para a atuação do Poder Público contratante. É dizer, se aumenta o leque de possibilidades de atuação, inclusive com a criação de alternativas à imposição unilateral da sua vontade, proporcionalmente também se amplia o seu dever de motivar a razão pela qual escolheu uma opção em detrimento da outra.

Esse capítulo se presta exatamente a isso. Pensar em como no dia-a-dia da Administração Pública, esta poderá enfrentar a escolha entre a sua atuação impositiva ou o recurso à via consensual. Todavia, na esteira do que se construiu linhas acima, mais do que pensar no enquadramento jurídico da hipótese (que muitas vezes poderá abarcar mais de uma solução), ou de fundamentar a decisão em conceitos amplos e fluídos como o interesse público, outros fatores serão considerados, como custos de transação, resultados, além do contexto de crise no qual estamos inseridos.

Para fins dessa avaliação, recorreu-se à comparação entre os instrumentos trazidos pelo novel diploma e outros tradicionalmente usados de forma unilateral pelo Poder Público como meio de sanar questões contratuais. Assim, delimitou-se à análise comparativa entre a prorrogação antecipada e a encampação e, posteriormente, entre a relicitação e a caducidade³⁶⁸,

³⁶⁷ No capítulo 1, item 1.2 e seguintes, foi enfrentada a questão do regime jurídico trazido pelos novos diplomas legais.

³⁶⁸ Como já havia sido antecipado no Capítulo 2, é possível e economicamente recomendável que se reduza a comparação a dois institutos para fins de análise da escolha eficiente. Porque, veja-se, a Administração poderia se valer de outros mecanismos para resolver determinadas questões contratuais, como restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro e não reliciar, por exemplo. Mas economicamente admite-se que, para fins de avaliação

como forma de demonstrar os custos envolvidos entre uma escolha consensual e outra unilateral feita pelo Poder Público.

3.1. Prorrogação antecipada: a antecipação de investimentos e a sua distinção com relação à prorrogação premial e reequilíbrio

Em contratos administrativos complexos, que envolvem serviços/obras — notadamente àqueles firmados no âmbito de setores de infraestrutura — o prazo do contrato possui contornos próprios. Mais do que delimitar até quando o contrato irá vigor entre as partes, afastando-se ajustes perpétuos³⁶⁹, o tempo afigura-se como uma variável econômica desses ajustes.

O período pelo qual irá perdurar a relação contratual, assim, não será determinado por uma previsão legal³⁷⁰ ou decorrerá de uma decisão discricionária do Poder Público contratante, mas resultará de uma avaliação acerca do tempo necessário — em condições de normalidade — para que o contratado possa amortizar os investimentos feitos e assegurar a rentabilidade do projeto. Como explicam Rafael Vêras de Freitas e Leonardo Coelho Ribeiro³⁷¹:

Daí a relevância de se afirmar, desde logo, que os prazos dos contratos de concessão não devem ser fixados de forma imotivada. É que, por traz do estabelecimento de um número aleatório pelo Poder Concedente, está toda a arquitetura econômica que o agente privado estabelece, em seu fluxo de caixa, para amortizar os seus investimentos durante aquele período. Mais do que isso, está o custo de oportunidade que o orientou a investir recursos próprios ou de terceiros em dado empreendimento público, e não em outro, ou no mercado financeiro.

da escolha adotada, seja esta comparada a apenas uma alternativa, àquela que provavelmente seria adotada, caso não houvesse a primeira opção. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 56. Por essa razão, limitou-se a comparação aos institutos mencionados, o que não serve apenas para fins didáticos, mas pode ser um parâmetro concreto para a atuação estatal.

³⁶⁹ Admitir contratos perpétuos seria o mesmo que alienar os bens públicos e repassar serviços de forma definitiva à iniciativa privada. Não seria essa, portanto, a função de um contrato de parceria. Alienações de bens públicos ou privatizações envolvem outras variáveis que não são consideradas quando da elaboração de acordos concessórios.

³⁷⁰ A Lei nº 8.987/1995, por exemplo, não apontou o prazo que deveria ser adotado nas concessões. O que pode ser encontrado no texto da lei sobre a questão é: a previsão de que o prazo deve ser determinado (art. 2º, II); a necessidade de fixação do prazo em edital (art. 18, I) e no contrato (art. 23, I), bem como as condições de prorrogação (art. 23, XII). A Lei 11.079/2004, por sua vez, apontou o prazo total de uma Parceria Público-Privada (art. 5º, I), mas não fixou — como deveria ser — o prazo em si de cada um desses contratos.

³⁷¹ FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 283.

A temporalidade, portanto, funciona como um elemento de estabilidade dessas relações complexas e mutáveis, como garantia de que não ocorrerão “rompimentos imotivados ou arbitrários”³⁷² no curso do ajuste. Tanto o Poder Público reconhece que, durante determinado período, a parte detém legítima expectativa sobre a previsão inicial de investimentos necessários, dos custos operacionais e financeiros e da projeção de receita, assim como o contratado tem ciência que é nesse lapso que sua proposta terá que se materializar em termos de entrega do objeto contratado, prestação do serviço acordado e efetivação da sua remuneração³⁷³.

Muitas vezes, contudo, a perspectiva do prazo como elemento da equação econômico-financeira do ajuste é encoberta pela concepção de que o período de vigência do contrato seria, na verdade, uma garantia para evitar a burla ao procedimento licitatório. Como se o tempo representasse a certeza de que uma nova concorrência será realizada e que um terceiro poderá, então, assumir a exploração do objeto concedido.

Nesse ponto, aliás, é que se inicia toda a discussão acerca da legitimidade da prorrogação do lapso inicial desses ajustes³⁷⁴. Nas palavras de Lino Torgal³⁷⁵:

Questiona-se, desde logo e à cabeça, se a prorrogação contratual é juridicamente legítima. A esta pergunta, não têm sido uniformes as respostas dadas nas mais diversas sedes. Elas têm oscilado, na realidade, entre a aceitação menos ou mais condicionada dessa possibilidade (sustentando-se que a prorrogação pode ser, não apenas *admissível*, como até, nalguns casos, *devida*) e a sua pura e simples (embora não fundamentada) rejeição (entendendo-se, no essencial que a prorrogação redunde na atribuição de um *benefício injustificado* ao co-contratante).

³⁷² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 166.

³⁷³ O prazo como variável econômica do ajuste foi expressamente reconhecido pelo Código dos Contratos Públicos português (Decreto-Lei nº 18/2008 e suas alterações). Ao dispor sobre as concessões, assim previu o art. 410 do CCP: “1 - O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário”.

³⁷⁴ A prorrogação de prazo dos contratos de parceria é um tema tão amplo, que envolve uma miríade de discussões, que poderia ser objeto de uma dissertação autônoma. Portanto, o tema será enfrentado de forma a tratar das questões atinentes à prorrogação antecipada do prazo, com a apresentação de um panorama geral sobre as prorrogações. Para um estudo aprofundado sobre o tema, cf. MARQUES JUNIOR, José Jair. **Prorrogação de concessões de serviços públicos**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016.

³⁷⁵ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. In: **Revista de contratos públicos**. Coimbra: nº 1, p. 220, jan./abr. 2011.

As ressalvas — ou mesmo a negação — que são feitas à dilação do prazo nos contratos administrativos, notadamente os ajustes complexos de longo prazo, foram bem resumidas pelo autor português. Há uma desconfiança de que a dilação contratual seria um privilégio em favor do contratado em relação a todos os demais potenciais concorrentes que participariam de uma futura licitação. Ao fim e ao cabo, prorrogar seria praticamente o mesmo que falsear o procedimento objetivo inicial de concorrência pública.

Não é essa a premissa que se adota no presente trabalho. A começar pelo fato de que, tanto quanto a licitação, também a prorrogação é constitucionalmente reconhecida. O artigo 175 da Constituição Federal, além de determinar, no *caput*, que a concessão e a permissão não serão realizadas sem licitação, também determinou no seu parágrafo único que a lei deve dispor sobre “o caráter especial de seu contrato e *de sua prorrogação*” (inciso I). O texto constitucional, portanto, é expresso quanto a sua possibilidade.

Seguindo os ditames constitucionais, os diplomas normativos que tratam de contratos complexos reconheceram a possibilidade de prorrogação do prazo contratual. É o que se observa pelas disposições da Lei nº 8.987/1995 (art. 23, XII), ao tratar das concessões em geral, da Lei nº 11.079/2004 (art. 5º, I), ao discorrer sobre as Parcerias Público-Privadas, ou mesmo no caso da Lei nº 12.815/2013, ao dispor especificamente sobre concessões portuárias. A esses exemplos, se juntam, agora, as disposições da Lei nº 13.448/2017³⁷⁶.

Ao arcabouço normativo que legitima a prorrogação antecipada, soma-se o fato de que a licitação não deve ser encarada como um fim em si mesmo, mas como um procedimento a ser adotado com vistas a selecionar a “proposta mais vantajosa, com a melhor relação custo-benefício, por meio de um critério imparcial, sem preferências ou favorecimentos escusos”³⁷⁷. Trata-se, como explica Marcos Juruena Villela Souto, de um processo administrativo voltado a atender aos princípios constitucionais da eficiência, economicidade e moralidade. O que não significa dizer, ainda de acordo com o autor, que contratar sem licitação é ineficiente, antieconômico ou mesmo imoral³⁷⁸.

³⁷⁶ Nas palavras de Sérgio Guerra: “Em resumo, a Constituição Federal dispõe que a lei disciplinará acerca da natureza especial do contrato de concessão e de sua prorrogação. A lei federal, por sua vez, determina que ditais de licitação e correspondentes contratos de concessão deverão ter prazos determinados além das condições de prorrogações dos mesmo”. GUERRA, Sérgio. Prorrogação das concessões no Setor Elétrico e seus impactos na reversão de bens e indenizações à luz da lei nº 12.783/2013. In: **Temas relevantes no direito de energia elétrica**. ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). 1ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. p. 805.

³⁷⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Prorrogação de concessões no setor elétrico e licitação. In: **Jam- Jurídica**. a. XV, nº 9, set. 2010. p. 19.

³⁷⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Prorrogação de concessões no setor elétrico e licitação. In: **Jam- Jurídica**. a. XV, nº 9, set. 2010. p. 19.

A questão, na verdade, se desenvolve no domínio do questionamento central desse trabalho: qual é o custo da escolha pública? Isso porque, tanto quanto se pode comparar a prorrogação antecipada à encampação, pode o Poder Público entender que, diante de determinado caso concreto, a opção mais eficiente não é licitar e sim prorrogar. Ambos são instrumentos à disposição da Administração no exercício dos seus misteres.

Por isso que a licitação deve ser entendida como um instrumento/um meio para se atingir a contratação pública. Não se realiza uma licitação simplesmente para promovê-la. O foco, na verdade, é a contratação precedida de um procedimento que assegure isonomia, transparência e melhores propostas. Se, contudo, na prática, a Administração detém meios mais eficientes (em termos de custos de transação e resultados) para atingir tal objetivo, a licitação pode ceder espaço a outro instrumento, como é o caso da prorrogação.

Em estudo realizado nos Estados Unidos, por exemplo, Patrick Bajari e Steven Tadelis, demonstraram que contratos complexos de longo prazo seriam celebrados de forma mais eficiente se fossem precedidos de negociação com um fornecedor experiente e de reputação ilibada e não por meio de licitação. Embora tenham reconhecido que o procedimento licitatório consiga reunir mais fornecedores, diminuir a possibilidade de aumento de preço, assegurar transparência e isonomia, prevenindo a corrupção, nos projetos complexos — dadas as assimetrias de informação, a gerar renegociações futuras — a negociação com um fornecedor, mesmo nos contratos públicos, seria a escolha adequada. Nas palavras dos autores³⁷⁹:

Our results suggest that for complex projects, there is a downside to the use of fixed-price contracts awarded through competitive tendering and that selecting a contractor and negotiating with him may be the favorable course of action. This downside of open competitive bidding can arise from a lack of input by contractors at the design stage, from the need to proceed quickly without the ability to complete detailed plans and specifications, and from the expectations that ex post haggling and frictions might occur when changes are needed.

A conclusão pelo afastamento da licitação claramente tem pertinência com a realidade norte-americana. No Brasil, a dispensa da licitação em casos de contratos complexos, exigiria a alteração do arcabouço legislativo pertinente à matéria. Todavia, a constatação dos autores é relevante para demonstrar como a licitação é, de fato, um instrumento e não o próprio fim a ser

³⁷⁹ BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations in procurement. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006. p. 141.

atingido. Assim, quando a Administração possui outras opções legítimas, como a prorrogação, diante de uma justificativa objetiva, é possível afastar a necessidade de concorrência.

A sacralização do certame licitatório como procedimento necessário e inafastável gera mesmo inúmeras indagações. A começar pela pergunta: “quem seria o titular do interesse protegido pela realização de concorrência pública na formação dos contratos públicos?”. A resposta, apesar de levar à constatação de que se trata de uma proteção da própria sociedade, parece ser ignorada quando se afirma a licitação como valor supremo.

Isso porque, se a concorrência visa assegurar interesses coletivos e, em determinado caso concreto, a prorrogação resguarda esse mesmo interesse de forma eficiente, insistir na necessidade do certame não seria, na verdade, mais uma preocupação com os outros agentes econômicos (potenciais contratados) do que com a própria sociedade? É dizer com interesses privados difusos e não os coletivos? Se preocupar mais com o rito do que com o mérito pode levar a essas distorções.

Buscar diversos ângulos da mesma questão serve bem ao intuito de se apresentar novas perspectivas sobre institutos tradicionais, até então aplicados sem uma análise crítica. A licitação é uma delas. A concorrência na formação do contrato público é uma formalidade que está a serviço de algo que não a si própria. Não adianta, como explica Miguel Assis Raimundo, interpretá-la de forma abstrata e dissociada dos demais valores que informam a Administração Pública, é preciso contextualizá-la³⁸⁰:

A relação entre Estado e mercado, entre entidades adjudicantes e interessados em contratar, deve ser entendida com uma relação de equilíbrio entre a abertura à concorrência *e* (não *ou*) prossecução dos demais princípios que norteiam a actuação contratual do poder. Uma relação, no fundo, de ponderação de princípios, norteada pela ideia de proporcionalidade, verdadeiro centro do Direito da formação dos contratos públicos enquanto problema de optimização. É uma tarefa difícil, que pressupõe o abandono da afirmação do interesse público e da concorrência como ideias, como abstrações, como preconceitos, e a sincera e permanente procura da realização ponderada desses princípios.

A par da desmistificação da licitação como o único instrumento a assegurar boas escolhas públicas em termos contratuais e a sua compatibilidade, portanto, com a prorrogação, a dilação temporal do contrato deve ser reconhecida, ainda, como um importante mecanismo

³⁸⁰ RAIMUNDO, Miguel Assis. 1980. **A formação dos contratos públicos**: uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 1203.

de mutabilidade contratual³⁸¹. Se, como visto no capítulo anterior, os contratos são naturalmente incompletos e para perdurarem por longos anos pressupõem mudanças, porque não admitir a prorrogação no tempo como instrumento de adaptabilidade desses ajustes?

Estender a duração desses contratos como meio de assegurar novos investimentos, por exemplo, pode ser uma solução possível para compor a dinâmica mutável e permanentemente desafiadora das necessidades que o regulador persegue em contrapartida à estabilidade de um vínculo contratual.

Veja-se o caso das concessões da Malha ferroviária, já mencionadas no primeiro capítulo desse trabalho. Na década de 1990, quando as ferrovias foram concedidas, as necessidades eram outras, havia trechos que se tornaram inúteis, a dinâmica de produção trouxe novos desafios, a tecnologia outra realidade e, notadamente, a previsão regulatória que foi base para a estruturação do ajuste, não se mostra mais viável. De outro lado, contudo, há um contrato de longo prazo, firmado entre as partes, com perspectivas estabilizadoras para ambos.

Diante de um investimento necessário e não contemplado, o que fazer? A Administração espera o termo contratual para, só assim, poder estruturar um novo ajuste? Ainda que ele seja inútil diante das novas necessidades? Afinal de contas, e o *pacta sunt servanda*? A realidade desses contratos demonstra, todavia, que é preciso admitir flexibilidade, reconhecendo-se mecanismos — como a prorrogação — que assegurem a mutabilidade necessária para trazer para a atualidade, aquilo que um dia já foi indispensável, hoje já se sabe não ser mais pertinente, e que, se esperado o amanhã, será inútil.

Interessante notar, inclusive, que a extensão no espaço das parcerias complexas e de longo prazo já é uma alteração contratual reconhecida. O Tribunal de Contas da União³⁸², por exemplo, já teve oportunidade de admitir a inclusão de obras não previstas originariamente nos contratos, mediante fluxo de caixa marginal, como forma de assegurar atualidade à contratação. Sendo possível, portanto, reconhecer a *prorrogação no espaço* desses ajustes, por que não prorrogá-los no tempo? Havendo a indicação e comprovação da vantagem acrescida em se adotar o mecanismo de dilação do prazo contratual, a resposta a essa pergunta não poderá ser negativa.

³⁸¹ Especialmente na hipótese da prorrogação antecipada, por meio da qual admite-se novos investimentos e será objeto de um estudo mais detido a frente.

³⁸² No Acórdão nº 2.927/2011-Plenário, o Tribunal de Contas da União reconheceu a possibilidade de utilização da metodologia de fluxo de caixa marginal, para os casos em que fosse necessária a inclusão de investimentos, obras ou serviços não previstos na proposta inicial para os contratos celebrados na 1ª etapa de concessão de rodovias. Em razão desse acórdão, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT editou a Resolução nº 3.651, de 07 abr. 2011 — que vigou até hoje com algumas alterações — que aprova a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas, em decorrência de novas obras e serviços. O que só corrobora a aceitação da alteração contratual.

A crise econômica pode, ainda, funcionar como mais um fator determinante a ser considerado na equação pela aceitação da prorrogação. E essa relação, entre o contexto de crise e o instrumento de dilação de prazo, pode ser identificada sob duas perspectivas distintas. A primeira tem a ver com a própria alteração da dinâmica na qual se estruturou o contrato. É dizer, a situação excepcional posteriormente verificada pela crise econômica faz aparecer a incompletude e mutabilidade desses ajustes. Diante da nova conjuntura, os contratos precisam ser alterados, sob pena de se tornarem inviáveis ou mesmo inúteis. A prorrogação do prazo, por sua vez, pode ser o instrumento que assegure tal flexibilidade de forma mais eficiente para a Administração.

Sob outro ponto de vista, a extensão do prazo pode funcionar como alternativa ao dispêndio de recursos econômicos de todos àqueles envolvidos ou atingidos pela relação. A crise pode gerar, por exemplo, a situação excepcional de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, cuja solução envolve medidas o gasto de recursos públicos para indenização do contratado — em sacrifício ao cumprimento de outras obrigações —, ou o aumento de tarifas para os usuários, que podem não ter capacidade econômica para suportá-lo. A utilização da prorrogação, assim, pode funcionar como medida mitigadora aos gastos públicos ou privados.

Além disso, em cenários de recessão econômica, é possível que se tenha dificuldades em conseguir novos investimentos necessários à adequada prestação de um serviço ou para ampliação de obras de infraestrutura. A prorrogação, nessas hipóteses, representaria alternativa a possibilitar que eventuais contratados pudessem arcar com esses custos em troca da ampliação do prazo contratual para amortizá-los.

Assim, em tempos nos quais já não há incentivos para novos investimentos, potenciais agentes econômicos a serem contratados são escassos, e a Administração precisa lidar com inúmeras demandas e ainda menos recursos, se valer da prorrogação de prazo dos contratos vigentes se mostra, não apenas economicamente útil, mas uma relevante fonte de flexibilidade dos termos contratuais.

De tudo o que foi dito, embora ainda haja uma enorme rejeição ao instituto, especialmente pelas instâncias de controle ou julgadoras³⁸³, a prorrogação é um instrumento banal, não há nada de extraordinário em sua utilização. Na verdade, ela deveria ser encarada como um instrumento permitido (no caso das prorrogações premiais e antecipadas),

³⁸³ Como se verá adiante, há decisões tanto do Judiciário, como do Tribunal de Contas, que discutem a utilização da prorrogação, partindo de uma premissa negativa do instituto.

eventualmente obrigatório (quando representa a única opção para o reequilíbrio) ou, em algumas hipóteses, proibido (quando expressamente consignado em cláusula contratual³⁸⁴).

Dessa constatação decorre, ainda, uma outra — que já deve ter ficado clara no decorrer desse ponto —, existem modalidades distintas de prorrogação, cada uma com sua lógica peculiar. Aliás, boa parte das discussões apresentadas acima acerca desse instituto, poderia ser evitada se houvesse uma melhor compreensão acerca dos tipos de dilação de prazo.

Para fins desse trabalho, adota-se uma classificação tripartite da prorrogação. Assim, partindo-se da premissa que a prorrogação “consiste no prolongamento de sua vigência, que determina o protelamento do termo da concessão”³⁸⁵, pode-se identificar as seguintes modalidades: a premial, a corretora/reequilíbrio³⁸⁶ e a antecipada (objeto de análise mais aprofundada a seguir)³⁸⁷. Veja-se que todas possuem a mesma consequência, alargar o prazo originariamente pactuado, mas a *causa* de cada uma as distingue por completo.

A prorrogação premial, por exemplo, difere das demais modalidades que serão vistas adiante, pelo fato de que a extensão de prazo não será adotada para resolver algum problema (desequilíbrio ou necessidade de investimentos) surgido no curso da execução do ajuste. Trata-se, na verdade, de uma possível consequência do adequado cumprimento contratual.

O adjetivo que qualifica esse prolongamento no tempo foi cunhado por Lino Torgal com vistas a fixar a ideia de meritocracia envolvida na sua utilização. Nesse caso, só faz sentido que a Administração admita que o parceiro permaneça o mesmo quando tiver um histórico positivo

³⁸⁴ Como se verá adiante, entende-se que a proibição contratual da prorrogação não alcança a prorrogação reequilíbrio, dada a sua lógica própria.

³⁸⁵ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 328.

³⁸⁶ A denominação “prorrogação premial” e “prorrogação corretora”, acolheu-se da classificação adotada pelo autor português Lino Torgal. A essas modalidades, contudo, entendeu-se necessária a inclusão de mais uma, a “prorrogação antecipada”. Embora Lino Torgal tenha dado como exemplo de prorrogação corretora a ampliação de investimentos, como ocorre nos casos de prorrogação antecipada, algumas peculiaridades de cada uma dessas ampliações temporais, fizeram adotar nesse trabalho a classificação tripartite. Confira-se o trecho do trabalho do autor, quando trata especificamente sobre a prorrogação como meio de reequilíbrio: “Pense-se, por exemplo, na situação da autoridade administrativa que, para apetrechar o estabelecimento de uma concessão ferroviária com os meios aptos a responder com a qualidade adequada à crescente procura de serviços desse tipo, pretende ver realizado um novo plano de investimentos, abrangendo obras de expansão e de requalificação da infra-estrutura, ou o alargamento da respectiva área geográfica e/ou a aquisição de novos equipamentos. Tudo isto, como é óbvio, carecera de ser devidamente explicitado na reformulação do clausulado originário do contrato”. TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *In: Revista de contratos públicos*. Coimbra: nº 1, p. 262, jan./abr. 2011.

³⁸⁷ Na literatura nacional, essa classificação foi adotada por Cesar Pereira e Rafael Wallbach Schwind para tratar especificamente do setor portuário. Entende-se, todavia, que as modalidades identificadas pelos autores podem ser estendidas para outros contratos de parceria.

de cumprimento das obrigações legais e contratuais. Nem mesmo atuação suficiente ou regular seria o bastante para admitir a sua utilização³⁸⁸.

Nessa hipótese, como visto acima, trata-se de uma prorrogação permitida. É dizer, para ser aplicada, tal possibilidade já deve estar prevista desde o edital e da minuta contratual, assegurando-se o seu conhecimento pelos demais licitantes³⁸⁹. Mais do que isso, é recomendável que o contrato já estabeleça de forma clara, objetiva e determinada todos os fatores que possibilitem a opção pela Administração da prorrogação quando próximo do termo do contrato.

Há uma interessante divergência com relação à utilização da prorrogação premial. Para Tércio Sampaio Ferraz Junior e Juliano de Souza de Albuquerque Maranhão³⁹⁰, por exemplo, a previsão contratual com a possibilidade de prorrogação e o estabelecimento de critérios para a sua utilização criam para o contratado um direito subjetivo à prorrogação. Para os autores, uma vez cumpridas as exigências e executado o objeto de forma adequada, surgiria para o parceiro privado um direito adquirido à extensão do prazo.

Diversamente do entendimento dos autores, entende-se que a interpretação de tal prorrogação deve privilegiar a ideia de uma alternativa em favor da Administração, uma possibilidade. Na esteira, aliás, do que se vem construindo nessa dissertação, de que escolhas tem custos, não se entende viável defender que, se no caso concreto, licitar apresente uma vantagem agregada, esteja a Administração obrigada a prorrogar o contrato. Quando o particular participa do certame, ele sabe que a prorrogação é uma possibilidade, e que, portanto, a sua proposta deve levar em conta tal perspectiva, e não a certeza de que o prazo se estenderá. Seus investimentos, diga-se como exemplo, precisam ser amortizados naquele primeiro momento e não prospectados para o futuro³⁹¹.

³⁸⁸ TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. In: **Revista de contratos públicos**. Coimbra: nº 1, p. 236, jan./abr. 2011.

³⁸⁹ No mesmo sentido cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 169.

³⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano de Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração dos contratos de concessão. In: **Revista de Direito Público da Economia –RDPE**. Belo Horizonte: a. 2, n. 8, p. 221. out/dez. 2004.

³⁹¹ Alerta-se nesse ponto, que a posição aqui adotada se mantém como regra geral em caso de contratos que preveem a possibilidade de prorrogação. Faz-se necessário considerar, todavia, hipóteses nas quais a cláusula contratual não indica propriamente uma prorrogação, mas uma ampliação de prazo em razão do cumprimento de certas condições: “fica prorrogado por mais X na hipótese de ...”. Nesse caso, eventual ampliação do prazo não decorre propriamente de uma consideração acerca da prorrogação ou não do ajuste, mas de verdadeiro cumprimento de disposição contratual.

No mesmo sentido defende Lino Torgal, segundo o qual, tanto não há um dever contratual por parte da Administração, como ao parceiro privado é assegurada a mera possibilidade de requerer a dilação à luz dos pressupostos contratuais. Como ensina o autor³⁹²:

Como a prorrogação do prazo implica uma *não ida imediata ao mercado*, no termo do prazo originariamente previsto — assim, precluindo a apresentação de novas propostas para o exercício da actividade pública em causa —, ela deverá justificar-se na circunstancia de, do ponto de vista da prossecução daquele interesse [público], se afigurar ser concretamente mais vantajosa a *transitória* continuidade da actividade do concessionário, comparativamente com a solução de realização de um novo procedimento concorrencial, apresentação de novas propostas e escolhas co do concessionário para o termo do prazo. É o que poderá suceder se a Administração apresentar dados fiáveis de que, no curto prazo, não são expectáveis ofertas com condições mais interessantes, do ponto de vista económico-financeiro, do que as que já constam no contrato de concessão.

Resumidamente, portanto, a causa da prorrogação premial é o cumprimento adequado e satisfatório das obrigações pelo parceiro e a verificação prática dos critérios objetivos desenhados no contrato. A sua lógica, por sua vez, é a proximidade do termo contratual com a avaliação, pela Administração, tanto dos elementos que compõem a causa do prolongamento do prazo, como o exame acerca da existência de uma vantagem em adotar-se essa opção e não o recurso ao mercado.

A hipótese de prorrogação *corretiva* ou *reequilíbrio* possui causa e lógica bem distintas da dilação de prazo em razão do cumprimento contratual. A começar pelo momento do contrato no qual esta é admitida. Enquanto a premial só se justifica em razão da proximidade com o termo do ajuste e a consequente verificação do cumprimento satisfatório do contrato, o prolongamento de prazo ora tratado pode ser reconhecido a qualquer momento do ajuste.

Essa maior flexibilidade na utilização do instituto ao longo do contrato tem uma explicação. A prorrogação é chamada de corretiva exatamente por isso, visa ajustar uma distorção contratual, que pode ocorrer, portanto, em qualquer fase do ajuste. Significa dizer que, diante de uma situação excepcional, alheia a vontade das partes, que inviabiliza o contrato pelo desequilíbrio gerado, o prazo poderá ser estendido como forma de recomposição financeira.

³⁹² TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. In: **Revista de contratos públicos**. Coimbra: nº 1, p. 237, jan./abr. 2011.

Não é muito difícil, aliás, entender a utilidade da extensão do tempo no reequilíbrio do contrato. Se, como visto, o prazo contratual nas parcerias compõe a própria equação econômico-financeira do ajuste, é dizer, determina-se pelo tempo necessário para amortizar investimentos e assegurar rentabilidade. Se esse prazo se tornou exíguo diante das circunstâncias novas, estendê-lo para fins de assegurar essa amortização e os rendimentos do parceiro é uma alternativa viável.

Interessante notar que, essa mesma característica, analisada sob outro ângulo, levou Floriano de Azevedo Marques Neto a defender que “a prorrogação não se confunde com a extensão do prazo para fins de reequilíbrio”, já que, segundo o autor³⁹³:

Extensão de prazo para fins de reequilíbrio é o inverso da prorrogação. Aqui ocorre que, por qualquer circunstância, o balanço contratual não pôde ser atingido, exigindo a sua recomposição. Nesse caso, uma das hipóteses de reposição do equilíbrio original é a extensão do prazo, sendo, efetivamente, o prazo de concessão um elemento da equação econômica (a exploração da utilidade pública por n anos é menos vantajosa que a exploração do mesmo objeto por $n + x$ anos). A extensão de prazo para fins de reequilíbrio, ademais, pode ter lugar mesmo em contratos que não prevejam a prorrogação ou que a vedem, pois com ela não se confundem.

Não é esse, contudo, o entendimento ora defendido. A premissa adotada nesse trabalho é aquela segundo a qual a prorrogação representa a postergação do fim da parceria por meio da extensão do seu prazo. Ainda que tenham lógicas e causas distintas, ampliado o prazo inaugural, se está diante de uma prorrogação.

Na hipótese corretiva, a causa da prorrogação é uma circunstância extraordinária (como o advento da crise significou para muitos contratos de concessão firmados em 2012), e a sua lógica é de recomposição. De onde se extrai outra consequência: a extensão do prazo deve se dar na exata medida para o reequilíbrio econômico-financeiro. Nem menos, que possa prejudicar o parceiro privado, não recompondo a relação, nem mais, que possa significar qualquer tipo de benefício anteriormente não previsto, em prejuízo da Administração e dos demais.

Diante desse contexto, tem-se que a Administração terá o prazo como mais uma alternativa quando da avaliação dos meios de recomposição do contrato, para além da revisão

³⁹³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 168.

tarifária ou o estabelecimento de algum tipo de compensação financeira por parte da Administração³⁹⁴. Como leciona Luis Roberto Barroso³⁹⁵:

A equação econômica original do contrato poderá ser recomposta mediante a adoção, isolada ou combinada, de quaisquer dos meios acima referidos, a saber: o aumento da tarifa ou de sua base pagante, a indenização direta da concessionária pelo Poder Público e a alteração do prazo da concessão. Consideradas essas possibilidades, a decisão acerca da fórmula exata para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do ajuste encontra-se na esfera da discricionariedade do administrador público que, todavia, deverá observar os elementos jurídicos relevantes já referidos na proposição anterior: interesse dos usuários, modicidade das tarifas e proporcionalidade em sentido estrito.

Veja-se que, ao levar em consideração todos esses fatores, como interesse dos utentes, modicidade das tarifas e custos envolvidos em cada escolha, a prorrogação pode representar não apenas a opção que traga maior valor agregado em termos de eficiência, mas a única alternativa capaz de satisfazer “o postulado do equilíbrio econômico sem causar sacrifícios insuportáveis às finanças públicas, à Administração e aos usuários”³⁹⁶. Em tempos de crise econômica, recursos ainda mais escassos e déficit público elevado, a recomposição por meio do prazo parece ser, de fato, uma escolha eficiente³⁹⁷.

Também por isso, entende-se que nessa hipótese de prorrogação, a ausência de previsão contratual permitindo a dilação de prazo ou mesmo a sua vedação expressa³⁹⁸, não afasta a

³⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 11ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 126.

³⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviárias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: v. 4, nº 15, p. 99-129, jul./set. 2006. p. 121.

³⁹⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). **Direito portuário brasileiro**: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 513.

³⁹⁷ A necessidade de se avaliar as alternativas disponíveis para a Administração lidar com o desequilíbrio contratual tem relação direta com o disposto no capítulo anterior. Escolhas públicas possuem um preço, e, diante das opções, cabe ao Poder Público demonstrar a escolha eficiente em termos de custos de transação e resultado. A premissa utilizada nesse parágrafo, portanto, é exatamente essa. Diversa foi a premissa adotada pelo Tribunal de Contas da União em recente julgado sobre a prorrogação reequilíbrio e o pedido de justificativa para a sua utilização. Ao realizar o acompanhamento dos arrendamentos portuários, o plenário do TCU determinou que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil se abstenha de celebrar termos aditivos dos contratos de arrendamento portuário contendo cláusulas que permitam “a extensão do prazo de vigência máximo originalmente previsto, mediante prorrogação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, desprovida de análise que demonstre que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa” (Acórdão nº 1446/2018). Aqui não está em jogo, como se verá linhas abaixo, eventual proteção ao certame, porque nesse caso a circunstância não se verificava ao tempo da concorrência, não há prejuízo para outros interessados ou prêmio para o contratado.

³⁹⁸ Tome-se como exemplo o contrato de concessão celebrado entre o Estado do Paraná, com interveniência da União, e a empresa concessionária ECONORTE, para a recuperação, melhoramento, manutenção,

possibilidade de sua utilização. Além de representar mais uma opção econômica para a administração, no caso da prorrogação corretiva não se adentra na discussão da violação ao procedimento licitatório. Aqui, não cabem indagações como: mas se terceiro soubesse da extensão do prazo não teria participado também do certame? E a isonomia?

É importante ficar claro que não se está reconhecendo uma vantagem ao particular, não se trata de um prêmio. Nesse caso, há uma correção de um desequilíbrio do qual não se tinha ciência ao tempo da contratação original. Deverá ter ocorrido uma modificação das circunstâncias de fato ou de direito que alteram a própria estrutura do ajuste e tornam necessária a recomposição. Porque, veja-se, embora as parcerias complexas envolvam a assunção de um risco econômico amplo, a sua execução diferida pressupõe uma estabilidade que não comporta alterações radicais. Por isso, aliás, que se entende ser indiferente a existência de uma cláusula inicial permitindo a prorrogação ou mesmo afastando-a, o que está em causa é um reajustamento do contrato³⁹⁹.

Embora a utilização da prorrogação como forma de correção do reequilíbrio pareça ser decorrência natural do prazo como elemento econômico do ajuste e, como visto, ser reconhecido como tal pela literatura, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar contrariamente a sua utilização. Ao julgar os Recursos Especiais 912.402/GO⁴⁰⁰ e 1.549.406/SC, por exemplo, o entendimento fixado pela Corte Superior foi pela impossibilidade de dilação de prazo para fins de recomposição do ajuste, sob pena de violação à licitação. É ilustrativa a ementa do último julgado mencionado:

conservação, operação e a exploração de determinadas rodovias do Estado. Na Cláusula XI, item “2”, é vedada expressamente a prorrogação contratual. A Cláusula XX, item “4”, alínea *a*, contudo, admite que a dilação de prazo ocorra para fins de reequilíbrio. Disponível em: <http://www.der.pr.gov.br/-arquivos/File/contratoLote01.pdf>. Acesso em: 10. SET. 2018.

³⁹⁹ No mesmo sentido, assim se pronunciou o autor português Lino Torgal: “perante uma cláusula desse tipo [de vedação], é perfeitamente legítimo entender estarem vedadas as prorrogações de tipo premial, não teria, porém, sentido impedir prorrogações destinadas a efetuar o direito à reposição do equilíbrio do contrato”. Mais adiante, o autor destaca “sobretudo, se, em concreto, essa alternativa se afigurar menos lesiva para os interesses em jogo do que as outras opções disponíveis — atribuição de contribuição directa — oneradora dos contribuintes) ou aumento tarifário (oneradora dos utentes da obra ou serviço)”. TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. In: **Revista de contratos públicos**. Coimbra: nº 1, p. 257, jan./abr. 2011. Na literatura pátria, cf. MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. In: **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**. Belo Horizonte: a. 12, n. 46, p. 218, abr./jun. 2014.

⁴⁰⁰ Confira-se trecho do acórdão que demonstra como foi desconsiderada a possibilidade de que a alteração do preço pudesse ser inviável: “Contudo, conforme bem salientado pelo aresto recorrido, não há ofensa ao equilíbrio contratual econômico financeiro em face dos investimentos realizados pela empresa recorrente, porquanto o ajuste de tal equilíbrio se faz em caráter excepcional por meio dos preços pactuados e não pela ampliação do prazo contratual. A prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais para a concessão e permissão para exploração de serviços públicos, o que não pode ser ratificado por este Superior Tribunal de Justiça”.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO SEM LICITAÇÃO PARA RESTABELECER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O STJ entende que, fixado estabelecido prazo de duração para o contrato, não pode a Administração alterar essa regra e elastecer o pacto para além do inicialmente fixado, sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, porquanto tal prorrogação implicaria quebra da regra da licitação, ainda que, in casu, se verifique a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato com o reconhecimento de que as concessionárias dos serviços devam ser indenizadas. 2. O Superior Tribunal de Justiça também possui a orientação de que, nos termos do art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95, deve a Administração promover certame licitatório para novas concessões de serviços públicos, não sendo razoável a prorrogação indefinida de contratos de caráter precário. 3. Recurso Especial provido. (REsp 1549406/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 06/09/2016)

A insegurança gerada por essas interpretações, aliás, é um dos pontos a ser considerado pelo concedente quando da opção pela prorrogação para fins de reequilíbrio. Há um custo de transação elevado se a questão for levada a Juízo e o resultado pode ser, inclusive, a anulação do termo aditivo. Por isso, concorda-se com Rafael Vêras de Freitas quando afirma que fora perdida uma importante oportunidade de se prever expressamente a possibilidade de dilação de prazo para fins de reequilíbrio — fixando-se balizas orientadoras e parâmetros para sua utilização — dos contratos complexos e de longo prazo com a edição da Lei nº 13.448/2017⁴⁰¹.

O ato normativo mencionado, todavia, especificamente sobre prorrogação, tratou apenas da dilação de prazo premial, vista linhas acima, e da terceira modalidade identificada nesse estudo: a prorrogação antecipada. Diz-se antecipada, pelo fato de admitir que o acordo entre as partes tenha como consequência a dilação do prazo contratual mesmo antes da proximidade do seu termo, ainda no curso do ajuste.

A causa da prorrogação antecipada, ou seja, a razão pela qual as partes entabularão o acordo, não envolve nem o cumprimento adequado e satisfatório das obrigações pelo parceiro privado ou uma causa extraordinária geradora de um desequilíbrio contratual. A razão pela qual o prazo será estendido nessa hipótese envolve a inclusão de novos investimentos não previstos originariamente no contrato.

Trata-se, assim, de uma forma de incentivar o parceiro privado a assumir novas obrigações de investimentos necessárias ao objeto concedido ou ao setor no qual se insere o contrato de forma imediata e sem o dispêndio de recursos públicos. Retome-se o exemplo do setor ferroviário, explorado no item 1.3 desse trabalho, para que se possa entender com mais facilidade essa modalidade de prorrogação.

⁴⁰¹ FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 216.

O referido setor foi um dos primeiros a terem suas atividades transferidas aos particulares após a edição da Lei Geral de Concessões e Permissões. No final da Década de 1990, portanto, foram firmados contratos de concessão da malha ferroviária nacional para a exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário. Àquela época, todavia, o contexto regulatório no qual se estruturou o ajuste difere sobremaneira do contexto atual. É dizer, hoje ainda está vigente um contrato que concedeu ao particular a exploração da malha ferroviária paulista, v.g., firmado em dezembro de 1998, sob comandos regulatórios e políticas públicas diversas das atuais⁴⁰².

Mas veja-se, esse contrato ainda vigorará por dez anos, e se a política está hoje voltada para a ampliação da extensão e capacidade do sistema ferroviário, inclusive para a malha já existente⁴⁰³, o contrato não comporta esse investimento. Na verdade, a construção de novos ramais, melhoria e/ou expansão dos serviços da malha, foram elencados não como obrigações do concessionário, mas como um direito⁴⁰⁴. Soma-se a isso o fato de que o contratado sequer tem intenção de realizar novos investimentos, já que o tempo existente até o fim do contrato não seria suficiente para amortizá-los e, assim, o máximo que conseguiria seria uma indenização por precatório.

Há, portanto, um impasse entre o que se previu quando da assinatura do contrato e as necessidades imediatas. E essa calibragem, como destacam Armando Castelar Pinheiro e Leonardo Coelho Ribeiro, é essencial para o desenvolvimento do setor⁴⁰⁵:

Como não poderia deixar de ser, a preferência por um modelo ou outro refletiu o aprendizado com a experiência própria e a de outros países, mas também os momentos econômicos e sociais de cada época, com suas naturais repercussões nos arranjos

⁴⁰² Disponível em: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴⁰³ Tal constatação decorre do próprio texto Portaria nº 399, de 17 de dezembro de 2015, do Ministério dos Transportes, que ao estabelecer diretrizes a serem seguidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, assim dispôs no seu art. 1º, §1º, “I - necessidade de realização imediata de novos investimentos na malha ferroviária concedida, visando: a) ampliar a capacidade de transporte da infraestrutura ferroviária concedida, quando necessário; b) aumentar a segurança do transporte ferroviário; e c) melhorar a qualidade da infraestrutura ferroviária concedida e a eficiência na operação ferroviária; II - ratificação, adaptação e adequação dos contratos de concessão às boas práticas de regulação, nos termos da legislação vigente; e III - ampliação do compartilhamento de infraestrutura ferroviária e de recursos operacionais entre as concessionárias, autorizatárias e transportadores de carga própria de forma a fomentar a concorrência e a eficiência setorial”.

⁴⁰⁴ “CLÁUSULA DÉCIMA – DOS DIREITOS DA CONCESSIONÁRIA. Construir ramais, variantes, pátios, estações, oficinas e demais instalações, bem como proceder a retificações de traçados para a melhoria e/ou expansão dos serviços da malha objeto deste contrato, sempre com prévia autorização da CONCEDENTE, que se manifestará a respeito no prazo de 90 (noventa) dias;”

⁴⁰⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias**. Rio de Janeiro: Editora FGV/IBRE, v. 1, p. 43-44, 2017.

jurídicos correspondentes. (...) Em verdade, a chave para o bom desenvolvimento do setor está na calibragem adequada entre o que o contexto, principalmente econômico, permite que seja modelado para cada período. É esse encaixe que, tanto quanto mais compatível, conduzirá a bons resultados para todos os interesses irradiados em torno de um projeto ferroviário. Esta conclusão remete à constatação de que o modelo regulatório é um elemento central para o desenvolvimento do setor ferroviário.

Se, nessa perspectiva, o modelo regulatório é um elemento central do desenvolvimento dos setores, a prorrogação antecipada funciona como instrumento capaz de flexibilizar a estabilidade do contrato e admitir a sua adequação ao tempo presente e à constante mutação regulatória. Nessa hipótese, a Administração não precisa se valer de dinheiro público, dispor de tempo para ir ao mercado ou aguardar o fim de um contrato que pode ter se tornado inútil.

Por isso, diante de perguntas como: porque não retomar o objeto concedido, porque não licitar considerando o investimento necessário, ou por qual motivo não se indeniza o particular, Rafael Walbach Scwind elenca os benefícios de se adotar a alteração de prazo como alternativa. Segundo o autor, a prorrogação antecipada: (i) permite a realização imediata de investimentos privados; (ii) prescinde do emprego de recursos públicos; (iii) promove investimentos em bens que reverterão, ao final da parceria, ao Poder Público; (iv) permite o descongelamento de infraestruturas; e (v) possibilita a continuidade do objeto contratado sem que haja uma ruptura no setor com o fim do contrato⁴⁰⁶.

A esses motivos, inclui-se, ainda, a situação de crise econômica. Em um cenário como o atual, que parece não ser passageiro, tem-se não só a escassez de recursos públicos, mas a fragilização econômica dos próprios agentes econômicos. Como a realidade tem demonstrado, os mercados têm contraído, enfrentam-se dificuldades na obtenção de crédito, ocorrem revisões e supressão de linhas de crédito, aumento da carga fiscal, aumentos inesperados de

⁴⁰⁶ O autor destaca, também, o fato de a prorrogação poder evitar, em determinados setores cujas parcerias se deram em momento muito próximo, a busca ao mercado de inúmeros fornecedores ao mesmo tempo. Como o texto trata da dilação de prazo no setor portuário, o autor exemplifica o risco de ruptura do setor: “Como se sabe, os principais contratos de arrendamento portuário foram firmados no final da década de 1990. A maioria deles contempla prazo de aproximadamente 25 anos. Portanto, boa parte terá seus prazos encerrados ao mesmo tempo. Considerando-se as dificuldades na realização de licitações, a dificuldade de crédito em virtude da crise econômica e a possibilidade de que os controladores dos atuais arrendatários simplesmente optem por outras sistemáticas de negócio (terminais privados ou até mesmo atividades sem relação com o setor portuário), é bem possível que a realização de tantas licitações de grande porte, em um curto espaço de tempo, apresente sérias dificuldades na sua implementação. Os números comprovam isso. Estima-se que existam aproximadamente 250 terminais portuários no país, sendo que 120 apontados como passíveis (em tese) de prorrogações antecipadas. Além disso, está prevista a licitação de 159 áreas diversas. Nesse contexto, a prorrogação antecipada, a ser realizada nos casos em que houver efetivo benefício ao poder concedente, é um mecanismo relevante e extremamente eficiente”. SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). **Direito portuário brasileiro**: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 507-508.

determinados custos de produção (é o caso, por exemplo, da variação dos custos do combustível). Tudo isso pode resultar não só na degradação de certas parcerias, mas na dificuldade de se encontrar novos parceiros.

O consenso com o parceiro já contratado que tenha capacidade para novos investimentos pode, mais uma vez, ser a única alternativa para a Administração. Até pelo fato de que, muito provavelmente, o custo do investimento será menor para aquele que já desenvolve as atividades objeto do contrato, uma vez que já efetuou vultosos investimentos iniciais, realizou perdas, inclusive de custos afundados.

Por isso, hoje, pensando-se em um cenário de crise, não é só a regulação que altera o contexto, “mudam-se os tempos, mudam-se as possibilidades e avolumam-se as dificuldades”⁴⁰⁷. A prorrogação antecipada permite, assim, lidar com essas vicissitudes, de forma a incentivar investimentos e permitir flexibilidade.

E se a causa é o aumento de investimentos, a lógica é estender o prazo como forma de assegurar a sua amortização. O lapso inicial do ajuste da conta daquelas obrigações e rentabilidade até então previstas. Alteradas as obrigações, modifica-se também o prazo, sob pena de gerar desequilíbrio. Até por isso, o entendimento natural é aquele segundo o qual, a extensão do prazo deve ser proporcional ao tempo necessário para cobertura desses investimentos.

Nesses termos, como destaca Rafael Vêras de Freitas⁴⁰⁸, o tempo está “totalmente desvinculado do prazo previsto para eventual prorrogação contratual”. É dizer, ainda que o contrato preveja determinado intervalo de tempo, este não será determinante para fixação da prorrogação antecipada, mas sim o volume do investimento. Esta parece ser de fato, a interpretação que melhor reflete a causa e a lógica do instituto.

Ainda assim, o ponto suscita divergências. No recente Acórdão nº 1446/2018⁴⁰⁹, o plenário do Tribunal de Contas da União – TCU, ao analisar a prorrogação antecipada no âmbito do setor portuário, entendeu pela necessidade que eventual novo plano de investimento fosse

⁴⁰⁷ EIRÓ, Vera. Contratação Pública e crise. In: **A crise e o direito público**: VI Encontro dos professores portugueses de direito público. GONÇALVES, Pedro (Org.). Lisboa: ICJP-FDUL, 2013. p. 170.

⁴⁰⁸ FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. In: **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte: a. 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 177.

⁴⁰⁹ O referido acórdão foi proferido nos autos do processo nº 030.098/2017-3 e a sessão de julgamento foi realizada em 26 de junho de 2018. Tratam os autos de Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), tendo em vista as alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017, que alterou o Decreto 8.033/2013. Esses atos normativos regulamentam a Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

elaborado tendo em conta o tempo já previsto contratualmente para fins de prorrogação. No entendimento da Corte de Contas:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em: 9.1. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250 do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que se abstenha de celebrar termos aditivos de adaptação ou, conforme o caso, termos aditivos de prorrogação, dos contratos de arrendamento vigentes às regras do Decreto 8.033/2013, com a redação conferida pelo Decreto 9.048/2017, contendo cláusulas que possibilitem: 9.1.1. a ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo;

Como se extrai do voto do Ministro Relator — o qual foi acompanhado pelos demais — a vigência superior ao originariamente previsto no contrato levaria a uma violação não só do dever de licitar e o princípio da impessoalidade, como também dos princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do prazo determinado⁴¹⁰. Por esse motivo, entendeu-se necessária, diante da impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da norma, de conferir interpretação conforme, de modo a limitar essa possibilidade de prorrogação ao tempo já previsto contratualmente⁴¹¹.

A crítica que se faz a esse entendimento tem relação com o fato de que a necessidade de investimentos pode ser superior ao prazo previsto no contrato. Lembre-se que essas alterações decorrem de mudanças regulatórias, avaliadas de forma sistêmica, ou de modificações de

⁴¹⁰ Nas palavras do Relator, Ministro Bruno Dantas: “Assim, particularmente, entendo que a celebração de termos aditivos de adaptação dos contratos atuais ao Decreto 9.048/2017, no que diz respeito à ampliação do prazo máximo de vigência para até setenta anos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, seria irregular por afrontar os arts. 37, caput, e 175 da Constituição Federal (dever de licitar e o princípio da impessoalidade), os arts. 2º, inciso II, 14, e 23 da Lei 8.987/1995 (princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do prazo determinado) e o art. 3º da Lei 8.666/1993 (princípios da impessoalidade, da igualdade e da vinculação ao instrumento convocatório). Contudo, como orientei logo no início desse voto, não pode essa Corte de Contas declarar a inconstitucionalidade do regulamento em caráter abstrato, retirando do mundo jurídico o dispositivo questionado. Desse modo, entendo que a medida mais consentânea com o interesse público é expedir determinação ao Ministério para que, na análise dos casos concretos de pedidos de prorrogação de prazo de vigência original dos contratos de arrendamento portuário celebrados anteriormente à edição do Decreto 9.048/2017, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, confira interpretação harmônica com os dispositivos constitucionais e legais mencionados neste voto e no relatório que o antecede, qual seja, aquela que considere como parâmetros o prazo original do ajuste e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo. Portanto, o Ministério deve se abster de celebrar termos de adaptação ou de prorrogação propriamente dito, desprovido do prévio exame a que aludi no parágrafo anterior”.

⁴¹¹ Há entendimentos no mesmo sentido na literatura. Confira-se, LIMA, Eduardo da Costa. Prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte: a. 15, n. 175, p. 39, jul. 2016.

contexto, como as impulsionadas pela crise. A limitação temporal poderia então, ser inútil à finalidade pretendida, não atingindo a alteração necessária para a qual veio a ser utilizada. Tal fato poderia resultar, inclusive, na necessidade de a Administração utilizar outro instrumento, economicamente não tão vantajoso, para atingir o seu mister.

E não é só isso. Como já destacado acima, o fato de a Administração optar pela prorrogação antecipada decorre de uma avaliação concreta de que o custo dessa escolha pública é inferior em relação às demais alternativas e atende, da mesma forma, ao interesse público perseguido. A necessidade de um investimento imediato pode mesmo não ser compatível com todo o tramite da licitação e, sendo a prorrogação constitucionalmente reconhecida — tanto quanto a concorrência pública — não se verifica, na prática, violação aos demais agentes econômicos do setor. Até mesmo porque, a possibilidade de prorrogação estava prevista desde o início, não havendo benefício em favor do contratado e em desfavor de eventuais entrantes. A questão da dimensão do prazo não retira o conhecimento inicial dos demais e não tem, como visto, relação com uma determinação contratual e legal, mas ao tempo necessário para a amortização dos novos investimentos.

Destaca-se, todavia, que uma prorrogação antecipada que ultrapasse o tempo inicialmente previsto no instrumento original (incluído o tempo de prorrogação) só se justifica em situações excepcionais, nas quais comprovadamente se demonstre que esta é a opção economicamente mais favorável — consideradas todas as variáveis como o vulto do investimento, manutenção da integridade do objeto contratado, ausência de equívoco na formulação contratual, licitação que não obteria melhor preço no mercado, tempo, gastos, etc. Do contrário, estar-se-ia reconhecendo e atestando a possibilidade de existirem verdadeiros contratos eternos com a Administração⁴¹².

De todo modo, seja com algumas divergências, fato é que a prorrogação antecipada é reconhecida e configura-se importante instrumento a favor do Poder Público. Ainda que não se trate de uma novidade trazida pela Lei nº 13.448/2017 — já havia sido reconhecida especificamente para alguns setores, como o setor portuário (art. 57, Lei nº 12.815/2013) e o próprio setor ferroviário (Portaria nº 399/2015 do Ministério dos Transportes) —, o diploma normativo trouxe requisitos e balizas importantes para sua utilização, estendendo, inclusive, a sua utilização para o setor rodoviário, como se demonstra a seguir.

⁴¹² Esse entendimento, aliás, como se verá no item a seguir, não foi adotado pela legislação atual. Pelo novo diploma, o tempo originalmente previsto é o limite máximo para fins de prorrogação antecipada.

3.1.1. Os requisitos legais para sua implementação

A Lei nº 13.448/2017 define a prorrogação antecipada como a alteração do prazo de vigência do contrato de parceria (dos setores rodoviário e ferroviário), realizada a critério do órgão ou da entidade competente, de comum acordo entre as partes, que produz efeitos antes do término da sua vigência, para inclusão de novos investimentos não previstos no instrumento vigente⁴¹³. Dessa definição já se extraem três características marcantes do instituto: a consensualidade, a discricionariedade e a alteração das obrigações iniciais pela previsão de um novo plano de investimentos.

Com efeito, a extensão antecipada do prazo não decorre de uma imposição por exercício de uma prerrogativa estatal, mas de um acordo pactuado entre o parceiro público e o privado. O contratado não está obrigado a realizar novos investimentos não previstos no ajuste original. Se assim o fosse, o contrato fatalmente ficaria desequilibrado e como tal precisaria ser revisto. Nesses casos, não se trataria de prorrogação antecipada, mas de alteração unilateral a seguir os trâmites, parâmetros e eventuais limites legais para tanto.

Da mesma forma, o Poder Público não é obrigado a aceitar a proposta de novos investimentos formulada pelo parceiro privado, podendo avaliar a conveniência de incluí-los no ajuste. Assim, ainda que o ato normativo admita que ambas as partes possam suscitar a realização de uma prorrogação antecipada, na verdade, esta só se efetivará diante de um acordo entre os parceiros⁴¹⁴.

Essa possibilidade de eventual negativa do Poder Público dá conta da outra característica da prorrogação antecipada. Trata-se de um instrumento discricionário, facultativo, uma alternativa a favor do poder público quando da avaliação da necessidade de novos investimentos. Importante destacar nesse ponto que, diante da constante defesa nesse trabalho de que as escolhas públicas tem um preço, entende-se que a análise de conveniência e oportunidade feita pela Administração contratante — e a lei é bem clara quanto a essa característica quando fala em “realizada a critério do órgão ou da entidade competente” e “estarão sujeitas à discricionariedade do órgão ou da entidade competente”⁴¹⁵ — merece uma interpretação condizente com essa premissa.

⁴¹³ Trata-se da leitura conjunta do art. 4º, inciso II e do art. 6º da referida lei.

⁴¹⁴ O caráter consensual da medida pode ser claramente verificado no art. 4º, inciso II, c/c 5º, § 1º, da Lei nº 13.448/2017, segundo os quais a alteração antecipada do prazo pode ocorrer por provocação de qualquer uma das partes do contrato de parceria e será realizada de comum acordo com o contratado.

⁴¹⁵ Texto extraído dos artigos 4º, II e 5º, § 1º, respectivamente.

Isso significa que a discricionariedade do contratante está no âmbito da análise da necessidade de inclusão de novos investimentos (terceira característica extraída da sua definição) e das próprias exigências que define para admitir a prorrogação. É dizer, tem relação com a análise do setor, das necessidades dos utentes, das adequações contratuais de forma imediata e com os requisitos que impõe ao contratado como forma de balizar a utilização do instituto. Contudo, uma vez avaliada a possibilidade de sua utilização no caso concreto e promovido o estudo acerca dos custos de transação e resultados envolvidos em sua escolha, se a prorrogação se mostrar a opção mais eficiente, não haveria justificativa para que a Administração, se valendo de uma suposta discricionariedade optasse pela não utilização do instituto.

Dito isso, passa-se à análise da terceira característica, isto é, a necessária alteração das obrigações iniciais em razão da inclusão de novos investimentos. A dúvida que surge nesse ponto tem relação com a possibilidade de se admitir a modificação/inclusão de obrigações em contratos em curso. Nesse caso, entende-se que não se estaria violando a necessidade do procedimento licitatório.

A negativa não decorre apenas do que já fora adiantado no ponto anterior acerca da base constitucional da prorrogação. Tem a ver, também, com a própria natureza dessa alteração. Ao acordarem a realização imediata de novos investimentos, as partes não estão alterando o objeto do contrato, o que de fato levaria à desfiguração do pacto inicial, o que há é a modificação do negócio jurídico até então vigente. Veja-se, o objeto e o negócio jurídico não se confundem. Embora o primeiro seja elemento do segundo, como explica Orlando Gomes, o negócio é a fonte da obrigação, enquanto o seu objeto é a prestação de dar, fazer ou não fazer⁴¹⁶.

No caso das parcerias de longo prazo, tem-se que o objeto é a prestação, o dar e/ou o fazer. Não alteradas essas circunstâncias pela inclusão de um novo plano de investimentos, não há uma desnaturação do contrato original, mas apenas a formalização de um novo negócio jurídico, já que fonte de novas obrigações. Tome-se como exemplo um contrato de concessão ferroviária ou rodoviária, o objeto da concessão não é a ferrovia ou a rodovia, mas o dar, fazer ou prestar. A inclusão de novos investimentos necessários à adequada prestação do contrato não modifica, portanto, o objeto contratual.

O tema da alteração contratual é, de fato, sensível. O professor português Pedro Gonçalves fez importantes considerações acerca dos limites dessa modificação, ao analisar

⁴¹⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. BRITO, Edvaldo Pereira de. (Coord.). 18ª ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30-33.

relevante Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Processo c-454/06), conhecido como *Pressetext* (em alusão à empresa suscitante), sobre o tema⁴¹⁷. De acordo com o autor, em um ambiente no qual se identificava o contrato administrativo como um negócio limitado às partes, a impossibilidade de alteração substancial do ajuste decorria de uma proteção do parceiro privado e um limite à atuação estatal. A partir do momento que se amplia a visão de contrato, se identifica os seus impactos para além das partes e o direito regulador da adjudicação se aperfeiçoa, é a concorrência que surge como um novo e autônomo critério de limitação da modificação contratual⁴¹⁸.

O autor, todavia, faz uma ressalva importante sobre esse apego à concorrência, a qual merece de fato ponderação⁴¹⁹:

Por fim, apesar de se reconhecer que a asserção reclama outras explicações. Revela-se especialmente adequado aludir a uma inclinação — que parece inevitável — dos sistemas jurídicos europeus que, se radicalizada, pode minar as bases do direito administrativo clássico: referimo-nos à tendência para conferir uma primazia à protecção à concorrência sobre a protecção ao interesse público.

Essa constatação é significativamente importante diante do fato de que, no fundo, o que se está permitindo ao admitir a inclusão de novos investimentos é a alteração do negócio jurídico anterior com vistas ao atendimento da mutação regulatória. Não se pressupunham, ao tempo da assinatura do contrato, várias circunstâncias que podem tornar, no presente, o contrato obsoleto. No entorno de uma ferrovia, por exemplo, a tecnologia pode ter feito surgir mais áreas de plantação, cuja produção necessita ser escoada, o crescimento urbano no decorrer da linha férrea pode ter levado à necessidade de adaptações das linhas. A realidade é dinâmica e as necessidades regulatórias irão acompanhá-las.

A própria Lei nº 13.448/2018 deixou clara essa preocupação, ao consignar no artigo 3º que, ao prorrogar antecipadamente o prazo contratual, a Administração deverá adotar as melhores práticas regulatórias, incorporando, inclusive, novas tecnologias. O que se percebe,

⁴¹⁷ O Acórdão *Pressetext* analisou alterações em um contrato público (de prestação de serviços e não concessório) e estabeleceu parâmetros sobre quais seriam substanciais a ponto de inviabilizar a modificação. Na oportunidade, o Tribunal entendeu que seria substancial a alteração que: (i) introduz condições que, se tivessem figurado na licitação, teriam permitido novos proponentes; (ii) alarga o contrato em uma medida importante a serviços não previstos; (iii) modifica o equilíbrio econômico financeiro em favor do adjudicatário.

⁴¹⁸ GONÇALVES, Pedro da Costa. Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. In: **Cadernos de Justiça Administrativa**, nº 73, jan./fev., p. 16-17, 2009.

⁴¹⁹ GONÇALVES, Pedro da Costa. Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. In: **Cadernos de Justiça Administrativa**, nº 73, jan./fev., p. 22, 2009.

portanto, é que, por detrás de uma negativa à prorrogação, sob o argumento de violação à licitação, há, na verdade, um equívoco de premissa. Entender que uma vez firmado o contrato está exaurida toda a capacidade regulatória, exigindo-se o termo do ajuste para que se providencie a alteração, é adotar uma lógica de contratos de curto prazo de desembolso. É provável (ainda que não seja certo) que em um espaço de um ou dois anos seja possível estabelecer uma estrutura regulatória que pode aguardar a próxima concorrência.

Do que ficou claro das premissas estabelecidas no segundo capítulo dessa dissertação, as parcerias complexas e de execução diferida possuem uma lógica diversa. São incompletas e precisam ser mutáveis para serem perenes. Do contrário, interdita-se a dinâmica regulatória e congela-se o próprio desenvolvimento. Por isso, mais do que se discutir a possibilidade ou não de mudança, o que pode ou não ser alterado, o eixo deve deslocar-se para *como* essas mudanças irão ocorrer⁴²⁰.

Em resumo ao que foi dito, assim se pronunciou Marçal Justen Filho⁴²¹:

Lembre-se, outra vez, que uma das peculiaridades da concessão reside na impossibilidade de cristalização do conteúdo da posição jurídica das partes na disciplina contemplada no ato convocatório e no contrato de concessão. A delegação promovida por meio da concessão apresenta natureza dinâmica em virtude de inúmeros fatores. Há de observar o princípio da adequação do serviço público, a exigir a constante atualização, e a permanente transformação das utilidades ofertadas, acompanhando o ritmo das alterações da realidade circundante. Existe a natureza empresarial da atividade desempenhada pelo concessionário, o que impõe a necessidade de correção de rotas inicialmente traçadas, revisão de projeções e ampliação da racionalidade econômica. Há a dinâmica das mutações sociais, introduzindo novos interesses e modificando necessidades coletivas, o que envolve inclusive alterações legislativas frequentes e imprevisíveis. Daí se pode afirmar uma característica essencial dessa nova concessão: tão ou mais importante do que a configuração original da concessão é a sua gestão ao longo do tempo. Isso significa o reconhecimento de competências exercitadas de modo contínuo e permanente, relacionadas com a regulamentação do serviço e com a reformulação contínua das regras pertinentes à sua execução. Tal como se passa com o universo social circundante, torna-se impossível aludir a uma modelagem definitiva para cada concessão em concreto. Todas elas se encontram em processo de adaptação a uma realidade cambiante e mutável.

A partir dessa perspectiva, de utilização da prorrogação antecipada como instrumento de flexibilidade regulatória, é que se passa a analisar a sua sistemática no âmbito da Lei nº 13.448/2017. Da leitura dos seus dispositivos, decorrem quatro requisitos para que a extensão

⁴²⁰ Nesse ponto, remete-se o leitor ao item 2.4 desse trabalho que trata de negociação, contratos relacionais e crise como elemento de mudança.

⁴²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 426.

antecipada do prazo possa servir como alternativa para o Poder Público: (i) necessidade de um empreendimento público qualificado para esse fim no Programa de Parceria de Investimentos - PPI; (ii) previsão contratual admitindo a dilação do prazo; (iii) ter decorrido determinado intervalo temporal e o objeto contratual ser adequadamente prestado; e, por fim (iv) não ter ocorrido prorrogação de prazo anterior, respeitado o limite de prazo previsto no contrato.

O primeiro requisito decorre do próprio contexto de edição do ato normativo mencionado, já que faz parte do arcabouço jurídico trazido pela Lei nº 13.334/2016, que instituiu o Programa de Parceria de Investimentos – PPI. A dinâmica estabelecida pela lei, assim, para fins de prorrogação, somente será aplicável aos empreendimentos considerados de relevância estratégica e econômica para o País e qualificados como tal⁴²².

Entende-se, nesse ponto, que não há violação à isonomia quando se exige a referida qualificação. Como já mencionado anteriormente, a prorrogação de prazo do contrato é ato discricionário da Administração Pública. Assim, se a própria Administração concluir pela necessidade, pode estabelecer — seja em contrato, seja em lei — condições para o exercício dessa prerrogativa. No caso, a União entendeu que deveria criar um arcabouço jurídico próprio para tratar de parcerias que envolvem relevante interesse nacional e demandam uma regulação estratégica. Dessa forma, criou parâmetros e requisitos diferenciados para prorrogar antecipadamente esses ajustes, de modo a atender esses pressupostos.

Isso não significa, contudo, que outros contratos não possam ser prorrogados antecipadamente. Mas se o forem, a dilação de prazo não seguirá a dinâmica da Lei nº 13.448/2017, e sim o que estiver previsto em contrato e em outros instrumentos legais a que o ajuste esteja submetido. Até mesmo porque, o segundo requisito trazido pela lei é exatamente a necessidade de expressa previsão contratual da prorrogação no instrumento original ou no edital.

A rigor, portanto, a lei não precisaria prever a extensão do prazo para que esta pudesse vir a se realizar na prática. E o que fez a lei, então? Criou parâmetros e limites, para além dos requisitos contratuais, no caso de prorrogação de empreendimentos qualificados como de relevância nacional no âmbito do PPI. E, mais, ao fixar uma base legislativa para a realização da extensão de prazo, acaba por promover maior segurança jurídica para àqueles que se valem do instituto, principalmente diante dos órgãos de controle.

⁴²² O Decreto nº 9.059/2017 é um exemplo de ato normativo por meio do qual foram qualificados determinados empreendimentos públicos federais de infraestrutura de transportes no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos.

Ainda sobre a exigência legal de uma previsão contratual ou editalícia que assegure a dilação do prazo, concorda-se com a posição adotada por Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano, segundo a qual “a previsão que deve existir é a que autoriza a prorrogação negociada da vigência do contrato, a juízo das partes”⁴²³. É dizer, a interpretação da lei não deve ser no sentido de que a previsão contratual tenha contemplado a possibilidade de prorrogação em razão de novos investimentos. Basta a indicação de que, desde o início, o prazo da concessão poderia ser estendido por acordo entre as partes e isso era de conhecimento geral, inclusive outros competidores.

O terceiro requisito legal, por sua vez, estabelece tanto um período dentro do qual poderá ocorrer a prorrogação antecipada, como a necessidade do atendimento a parâmetros de adequação/satisfação na execução do objeto contratado. Veja-se que, segundo a lei, o prolongamento antecipado somente será admitido em parcerias cujo prazo de vigência encontrar-se entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado (art. 6º, §1º). A lógica do dispositivo é exatamente atingir àqueles contratos nos quais já se ultrapassou metade do prazo de vigência, mas não se está totalmente próximo do fim. Nesses casos, muitos investimentos já foram realizados, outros seriam necessários pela mutabilidade regulatória, mas o tempo restante não admitiria a sua amortização⁴²⁴.

Pelo lapso estabelecido distinguem-se, de maneira clara, duas situações que, embora pareçam semelhantes, possuem racionalidades bem distintas. A prorrogação antecipada não se confunde com a concessão de prazo, muitas vezes bem próxima ao fim do ajuste, com o estabelecimento de plexos de obrigações que apenas precisarão ser cumpridos a partir desse novo prazo. O prolongamento é antecipado por um motivo, ele antecipa os investimentos, faz com que sejam imediatos, e o prazo é aumentado para fins de amortização e não como forma de estabelecer um novo marco para novos investimentos. No outro caso, se é possível aguardar o fim do ajuste para que, só assim, sejam feitos novos investimentos, talvez seja mesmo o caso de licitar.

A exigência de um decurso de prazo mínimo para a admissão da prorrogação pode levar, ainda, a duas outras constatações. Além de estabelecer um prazo razoável para que o Poder Público possa avaliar se o objeto está sendo explorado de forma adequada pelo parceiro privado,

⁴²³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. *In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 16.

⁴²⁴ FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 15, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017. p. 180.

o que lhe serve de argumento de reforço para justificar a ampliação do tempo de cumprimento do ajuste, estabelece um decurso mínimo de tempo que afasta a alegação de equívocos de modelagem iniciais do contrato. É dizer, se no ano seguinte ao do início do ajuste se verificasse que, na verdade, existem investimentos relevantes que não foram contemplados, é possível que tenha ocorrido um equívoco na própria estruturação do contrato.

A lei determinou, também, que fossem cumpridos pelos parceiros privados parâmetros mínimos de adequação do objeto contratado. Assim, no caso do setor rodoviário, exigiu a execução de, no mínimo, 80% das obras obrigatórias exigíveis entre o início da parceria e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada. No setor ferroviário, por sua vez, determinou que houvesse a constatação de prestação de serviço adequado, isto é, o cumprimento, no período antecedente de cinco anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por três anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por quatro anos (art. 6º, §2º).

Como visto acima, a lógica dessa exigência está em limitar o uso da prorrogação antecipada em contratos nos quais o objeto não está sendo explorado de forma adequada. De fato, não faz sentido conceder mais prazo, ainda que seja para permitir investimentos imediatos, para ajustes que não são regularmente cumpridos. Nesses casos, cabe à Administração tomar medidas para sanar irregularidades.

Embora haja razão para a inclusão de tal requisito, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra dispositivos da Lei 13.448/2017⁴²⁵, suscitando inclusive a inconstitucionalidade do requisito de adequabilidade do serviço criado especificamente para o setor ferroviário. Na ADI nº 5991, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o MPF destacou que os requisitos estabelecidos pela lei seriam mais brandos do que aqueles constantes nos contratos vigentes, que exigem o cumprimento das metas de produção

⁴²⁵ Na ADI, o MPF suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 6º, §2º, II; 25, §1º e §§3º a 5º; e 30, §2º da Lei 13.448/2017. Além da questão referente ao serviço adequado, discutida no texto, o Ministério Público entendeu, ainda, pela inconstitucionalidade em razão de violação ao dever de licitar e pelo reconhecimento de doação de bens públicos. No que toca à licitação, de acordo com a inicial, haveria dupla violação ao procedimento, tanto pelo fato de que novos investimentos promoveriam a alteração substancial do objeto contratual, como por transferirem uma obrigação de investimentos ao particular que seria do Poder Público. Em primeiro lugar, como já discutido acima, não há alteração do objeto, mas apenas do negócio jurídico celebrado, razão pela qual não se verifica desrespeito à licitação. Além disso, quando o MPF fala em violação por transferência do investimento ao particular, o que tem por detrás disso é o fato de ser contra essa transferência sem que esta ocorra por meio de licitação. Isso porque, não há qualquer inconstitucionalidade em transferir ao privado investimentos, isto, inclusive está na base da concessão. Quanto à alegação de transferência não onerosa de bens, na verdade, o que há é a repactuação do contrato, com extensão do prazo para amortização de investimentos em bem que reverterão ao Poder Público. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 20 out. 2018.

e segurança de forma regular, contínua, eficiente, segura, atual, genérica e com modicidade de tarifas, ao longo de todo o prazo de duração da concessão⁴²⁶. Assim, o ato normativo teria interferido nos critérios e conceitos do contrato vigente de modo a beneficiar “o interesse particular na prorrogação de contrato, em detrimento do interesse público na prestação de serviço eficiente e adequado”⁴²⁷, em ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Conquanto se reconheça que a lei tenha apontado requisitos diversos daqueles previstos em determinados contratos, não se reconhece a inconstitucionalidade apontada. Isso porque, o próprio ato normativo é expresso em afirmar que, para fins de prorrogação, serão observadas as disposições dos respectivos instrumentos contratuais, balizando-se, adicionalmente, pelas suas disposições (art. 5º). É dizer, os parâmetros e requisitos legais não se substituem aos contratuais, apenas somam-se a eles.

O último requisito exigido pela lei para que se admita a eventual utilização da prorrogação antecipada é que não tenha ocorrido prorrogação anterior e que esta seja estabelecida por período igual ou inferior ao prazo da prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato. A crítica que se faz a essa previsão é a mesma feita ao entendimento sustentado pelo Tribunal de Contas da União com relação às prorrogações antecipadas no setor portuário⁴²⁸. A vinculação do prazo de prorrogação a um espaço temporal previamente definido diverge da própria racionalidade do instituto⁴²⁹. Isso porque, como visto, o prolongamento deve ocorrer na proporção necessária à amortização dos investimentos imediatos que a Administração entender necessários.

Isso significa que, no caso da prorrogação antecipada realizada no âmbito do PPI, o novo plano de investimento deverá ser elaborado não apenas pela avaliação das alterações regulatórias necessárias, mas também tendo em vista o prazo anteriormente fixado, ainda que eventualmente possa ser inútil. E mais, a lei fala em uma única prorrogação, é dizer, passados mais alguns anos e verificada a necessidade de modificações regulatórias, não será possível a utilização de nova prorrogação.

⁴²⁶ Tome-se como exemplo as cláusulas 5.1 e 5.2 do o Contrato de Concessão para a Exploração e o Desenvolvimento do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Carga na Malha Paulista, mencionado no capítulo 1 desse trabalho. Disponível em: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/-America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴²⁷ Trata-se de trecho extraído da petição inicial do Ministério Público Federal (fls. 9). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴²⁸ Cf. item 3.1.

⁴²⁹ Como destaca Antônio Carlos Cintra do Amaral, “o prazo da concessão deverá ser determinado em função da estimativa efetuada, pelo poder concedente, no Plano de Negócios resultante dos estudos de viabilidade realizados. O poder concedente não estabelece o prazo ao seu arbítrio. O prazo da concessão é elemento da equação econômico-financeira inicial do contrato.”. AMARAL. Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos – novas tendências**. São Paulo: Quartien Latin, 2012. p. 25.

Embora tal previsão tenha o objetivo de reconhecer que as parcerias são firmadas por prazo determinado, não se admitindo ajustes perpétuos que, na verdade, seriam alienações de prestações públicas. É possível pensar em situações nas quais a prorrogação poderia ocorrer mais de uma vez, inclusive dentro do prazo estabelecido pelo contrato. Tome-se como exemplo um ajuste celebrado por 30 anos prorrogável por igual período. No décimo sétimo ano, a Administração entendeu ser necessária a inclusão de novos investimentos, cuja amortização se daria com o reconhecimento de mais 10 anos de prazo contratual. Se, no trigésimo ano, a Administração entenda necessária a realização de nova intervenção regulatória, essa não será possível, uma vez que o contrato já teria sido prorrogado. Ainda que, inicialmente, fosse admitida a sua vigência por sessenta anos. De toda forma, a lei foi expressa e, em se tratando de discricionariedade administrativa, tal limitação deve ser considerada, ainda que, sob uma perspectiva econômica possa parecer injustificável.

Verificados os requisitos e reconhecida a possibilidade de prorrogação antecipada para determinado ajuste, a lei estabelece um trâmite para verificação da economicidade dessa alternativa. A primeira medida reflete exatamente a noção destacada no segundo capítulo desse trabalho: a atuação pública, seja consensual, seja unilateral, tem um preço e este precisa estar demonstrado para justificar a sua opção. Por esse motivo, a lei estabeleceu a necessidade de realização de um estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação.

Nesse estudo, segundo a lei, deverá consta: (i) o programa dos novos investimentos; (ii) as estimativas dos custos e das despesas operacionais; (iii) as estimativas de demanda; (iv) a modelagem econômico-financeira; (v) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; e (vi) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes. Além desses pontos, entende-se que a Administração deve justificar, em termos de custo de transação e resultados, porque adotou essa dentre outras soluções. O mesmo exercício que se fará no ponto seguinte, pode ser incorporado pelo contratante nos seus processos de escolha de forma a racionalizar a atuação estatal e demonstrar a eficiência da sua opção.

Realizado o estudo, o projeto será submetido à consulta pública para o recebimento de sugestões. Importante notar que a lei incorpora, com essa previsão, mecanismo consensual de atuação estatal em colaboração com o particular. Permite-se, assim, a participação da sociedade durante a própria execução do contrato, o que não é comum prática administrativa. Por outro lado, como tudo que demanda tempo e esforço, também a consulta popular se traduz em mais um custo a ser considerado na opção da prorrogação, como será explorado adiante.

Em se tratando de alteração do contrato administrativo, a prorrogação, então, será formalizada por meio de termo aditivo ao ajuste inicial. A lei exige que tal instrumento seja instruído não só com o novo cronograma de investimentos, mas também que incorpore mecanismos que desestimulem inexecuções ou atrasos de obrigações. Veja-se que o ato normativo se preocupou com a criação de incentivos para cumprimento do contrato no curso de sua vigência, reconhecendo a incompletude e imutabilidade desses contratos. Na esteira do que já se observou no capítulo anterior, sugere-se que o termo aditivo traga também mecanismos de renegociação, de aproximação entre os parceiros público e privado em atenção ao desenvolvimento da ideia de contratos relacionais.

Por fim, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os documentos que comprovem o cumprimento dos requisitos acima apontados, o estudo técnico de vantajosidade da medida, o resultado da consulta pública e o Termo Aditivo. Após a realização do controle externo, será firmado o termo aditivo⁴³⁰.

Diante dos requisitos e trâmites estabelecidos para a utilização do mecanismo da prorrogação antecipada, já se tem as bases que possibilitam a sua comparação, sob o ponto de vista econômico, com a encampação. Trata-se, portanto, de se analisar a eficiência, em termos de custo de transação e resultados, em se adotar um instrumento consensual ou unilateral pela Administração.

3.1.2. Por que prorrogar antecipadamente? Uma análise econômica em comparação à encampação

A comparação econômica entre a prorrogação antecipada e a encampação envolve a delimitação do contexto no qual esse exercício se mostra possível. Há um contrato de parceria vigente, decurso considerável de prazo desde a sua assinatura⁴³¹, cumprimento adequado do

⁴³⁰ Os termos do art. 11 da Lei nº 13.448/2017, que demandam a submissão do aditivo ao TCU, podem ter dupla interpretação. Isso porque, não está claro se esta submissão é prévia ou posterior a sua celebração. A tendência desse trabalho seria entender pela submissão posterior, como ocorrem com os demais termos aditivos. Não parece ser essa, contudo, a interpretação da União a respeito, que ao tratar das prorrogações antecipadas em curso, coloca o parecer do TCU como instrumento prévio à assinatura do Termo aditivo. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/cronograma-dos-projetos>. Acesso em: 20 nov. 2018. Por isso, quando da avaliação dos custos na próxima sessão, será considerada a submissão prévia ao Tribunal.

⁴³¹ Lembre-se que, para a prorrogação antecipada, a lei exige que já tenha transcorrido entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado (art. 6º, §1º).

ajuste e a necessidade de novos investimentos. Assim, embora o parceiro privado esteja desempenhando a exploração do objeto da forma como pactuado, as mutações sociais e econômicas levam a Administração a outras necessidades⁴³², muitas vezes prementes, mas dificilmente atendidas pelo contrato vigente.

Sob a perspectiva do particular contratado, contudo, não há intenção — sem a devida contrapartida — de assumir obrigações para as quais não haverá tempo necessário de amortização. Nesse ponto de maturação dos ajustes, a assunção de novos investimentos pode significar, na prática, uma futura indenização, devida ao término do contrato e algumas vezes paga por precatório⁴³³. Como destacado por Antonio Carlos Cintra do Amaral⁴³⁴, o contratado não tem o dever de aceitá-las sem a correspondente compensação, afinal, como já se observou anteriormente, o contrato público não é um ato unilateral:

Esses investimentos, cuja necessidade com frequência se evidencia na segunda metade do prazo de concessão, podem ser insuscetíveis de amortização no restante do prazo estabelecido inicialmente. Se não for garantido, à concessionária, o retorno da totalidade dos investimentos efetuados, ela certamente não os fará por imposição do poder concedente, com isso prejudicando os usuários, no interesse dos quais foi o serviço concedido. Seria ilusório esperar que ela, como empresa privada, legitimamente vocacionada para o lucro, efetuasse investimentos a que não estivesse obrigada por contrato e que, por força da exiguidade do prazo contratual remanescente, não pudessem ser amortizados em sua totalidade.

Diante desse impasse — contrato vigente e necessidade de mutação regulatória para atendimento sistêmico do setor e prestação adequada do objeto inicial — surgem, ao menos, três opções para a Administração: (i) aguardar o término do contrato e só assim licitar, promovendo-se as alterações necessárias; (ii) encampar o ajuste e assumir as obrigações ou

⁴³² Destaca-se, novamente, a necessidade de que tais alterações decorram de fatos supervenientes e não àqueles que deveriam ter sido previstos desde a formulação do ajuste. Ao tratar da rescisão por interesse público, assim explicou Bernardo Strobel Guimarães, “a resilição do contrato é ato que exige a implementação de um ‘fato superveniente e suficiente para justificar tal conduta’. Isso porque em ambos os casos há um inegável elemento comum: a alteração das diretrizes tomadas por ensejo da fase interna da licitação. É este elemento de afastamento de uma deliberação anterior que induz à necessidade de haver um fato superveniente que legitime a tanto. Isso porque, sem a existência de uma circunstância nova, as condições aferidas anteriormente não têm porque serem alteradas, de modo a serem preservadas: seja para avaliar a necessidade de preservação do certame, seja para a preservação do edital. Afinal, *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. In: **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: a. 3, nº 4, p. 9-29, set. 2013/fev.2014. p. 12.

⁴³³ Como a possibilidade de judicialização é alta, crescem as chances de que a indenização seja paga por precatório, após trâmite processual.

⁴³⁴ AMARAL. Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos – novas tendências**. São Paulo: Quartien Latin, 2012. p. 39.

licitá-lo novamente; ou, ainda (iii) prorrogá-lo antecipadamente. Veja-se que todas essas escolhas possuem conformação legal e são juridicamente admissíveis. O que as distingue, contudo, é o custo de cada uma. Isso leva o Poder Público a ter o dever de demonstrar que a opção escolhida decorreu de uma comparação dessas variáveis e que delas, então, extraiu-se o resultado que maximizasse o interesse perseguido e que fosse economicamente eficiente.

Sobre essa questão, o professor Egon Bockmann Moreira ensina que a Administração pública não está obrigada a rescindir o contrato, fazer novas licitações ou prorrogar o ajuste. O que deve ser feito é o exame das opções existentes e diante de sua comparação e das alternativas que o cenário econômico autorizar, adotar a decisão mais eficiente⁴³⁵. É preciso justificar racionalmente a escolha pública. Por que encampar e não prorrogar o prazo antecipadamente pela necessidade de novos investimentos? São perguntas que, hoje, sugere-se sejam respondidas não pela simples invocação das prerrogativas estatais, mas pela aproximação entre a atuação administrativa e a economia, como forma de auxiliar a confirmação eficiente (e real) das escolhas públicas.

Partindo-se dessa premissa, a primeira opção da Administração, acima mencionada, pode ser de pronto excluída, não havendo sequer a necessidade de comparação econômica com as demais. Embora aguardar o fim do prazo e promover nova licitação com os investimentos necessários possa parecer uma alternativa, ela de fato não é. Isso porque, a discussão ora proposta envolve a resolução de uma necessidade premente da Administração em termos regulatórios. Aguardar, por exemplo, mais dez anos até o fim do contrato, para só assim promover as alterações necessárias significa cristalizar a regulação inicial do ajuste e impedir qualquer modificação em todo o seu curso. Esse fato não atenderia à finalidade de uma regulação dinâmica e promoveria o congelamento de importantes setores, notadamente da infraestrutura. Em termos de resultado da medida, portanto, essa opção se mostra ineficiente.

Diante dessa exclusão inicial, o Poder Público passa a ter duas opções: uma consensual, pelo acordo em realizar a prorrogação antecipada e outra decorrente do exercício de uma prerrogativa, a encampação. Essa situação permite verificar na prática que, uma vez trazidos elementos concretos à justificativa da escolha pública — afastando-se a alegação genérica de interesse público — nem mesmo a imposição da vontade estatal será tão simples assim.

Embora seja possível identificar uma aproximação inicial entre os institutos, já que ambos não decorrem de uma reação sancionatória da Administração — pois não há

⁴³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Porque precisamos pensar seriamente na sua Prorrogação. **Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e contratos**. Curitiba: Zênite. n° 288, p. 132-135, fev. 2018. p. 133.

descumprimento contratual, mas o advento de novas necessidades⁴³⁶ —, a análise dos procedimentos e o trâmite necessário para que cada medida se efetive as afasta por completo. Daí a necessidade de que a Administração apresente justificativa para adotar uma em detrimento da outra, o que se fará nesse trabalho com base no instrumental econômico lançado no capítulo anterior.

Se a Administração optar pela encampação, por exemplo, promoverá a extinção antecipada da parceria, retomando-a por meio da exteriorização de uma vontade unilateral. Trata-se, portanto, do exercício de uma prerrogativa estatal que pressupõe, como visto brevemente no Capítulo inaugural dessa dissertação: (i) motivo de interesse público; (ii) lei autorizativa específica; (iii) prévio pagamento de indenização a ser apurado em processo administrativo (art. 37, da Lei nº 8.987/1995).

A primeira questão que se coloca é a necessidade de legitimação da medida pela existência de uma razão de *interesse público*. Embora a lei remeta apenas a esse conceito aberto, as colocações feitas no segundo capítulo desse trabalho dão conta da necessidade de se trazer elementos objetivos para a justificativa estatal. Até porque, seja na adoção da prorrogação antecipada, seja da encampação, o interesse público necessariamente estará presente.

Sob uma perspectiva de alteração das diretrizes clássicas do Direito Administrativo, portanto, a menção ao interesse público não é suficiente para legitimar a medida, ainda que se esteja diante do exercício de uma prerrogativa estatal. Por isso se defende a aproximação com a economia e a utilização de parâmetros como custos de transação e resultados para a motivação da medida. Afinal, contratos complexos e de execução diferida, apesar da constante mutação, requerem um ambiente estável para o desenvolvimento da relação. Interromper contratos, adequadamente executados, com fundamento apenas na vontade unilateral estatal passa a todo o mercado a certeza da insegurança que, invariavelmente, se traduzirá em custos para futuras contratações.

Por essa razão, entende-se necessária a apresentação de justificativa que traga elementos econômicos a motivar a adoção dessa medida excepcional. Nesse sentido, são os ensinamentos de Fernando Vernalha Guimarães⁴³⁷:

⁴³⁶ Tal como a prorrogação antecipada, que decorre de um acordo e não tem a função de sancionar o particular contratado, a encampação, nas palavras de Marçal Justen Filho, “não deriva da infringência pelo concessionário a qualquer dever legal, regulamentar ou contratual. Funda-se na avaliação do poder concedente de que a satisfação do interesse público exige a retomada do serviço para ser prestado diretamente ou para ser objeto de outra outorga subordinada a regras e a configurações diversas”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 581.

⁴³⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 353.

Não será válido ao poder concedente a invocação de razões genéricas apoiadas puramente em exercício de discricionariedade administrativa. A decisão pela encampação haverá de pautar-se pela proporcionalidade e pela razoabilidade administrativa, demonstrando que esta solução é não apenas necessária como imprescindível para o atendimento do interesse coletivo. Além disso, a decisão deverá considerar todos os efeitos econômicos derivados, o que importa avaliar todo o montante de indenização devido, assim como os custos colaterais incidentes, apurando a sua conveniência também à luz da economicidade. Todas essas razões deverão ser explicitadas no ato de motivação da encampação.

Dentre os custos a serem considerados, há o custo que envolve a obtenção da autorização legislativa. A lei exige que a medida se efetive apenas diante de um permissivo legal específico para o caso. Ainda que o Presidente da República solicite urgência na apreciação da medida, na forma do art. 64, §2º da Constituição Federal, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal terão até quarenta e cinco dias para votar a medida, o que envolve, inclusive, a apreciação pelas comissões parlamentares. Somente após esse prazo a pauta será trancada e obrigará a sua votação.

Além do custo de tempo, a medida envolve um custo político. Trata-se de uma proposta encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo que envolverá avaliações como a extensão da base governista e quantidade de votos da oposição. Fatos alheios a conformação da medida ao caso concreto e à lei, mas que precisam ser considerados como custo de transação quando da opção pela encampação.

Obtida a autorização legislativa, a encampação será formalizada por meio de Decreto do Poder Executivo. Isso não significa, contudo, que todos os seus efeitos serão verificados com a edição do ato normativo, o objeto não será retomado imediatamente. Como não se trata da aplicação de uma sanção, uma vez que o contratado está cumprindo suas obrigações na forma pactuada, ele não pode ser penalizado por duas vezes: com o fim do contrato e com a perda dos valores não amortizados. O Poder Público, então, terá que indenizá-lo previamente. Surgem, assim, inúmeros custos a serem considerados.

Em primeiro lugar, deve-se avaliar o tempo necessário para a apuração dos valores devidos. Isso porque, paralelamente às medidas indicadas acima e até como forma de justificar a encampação, será necessário instaurar processo administrativo próprio para essa verificação, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa ao parceiro privado.

A Administração contratante poderá enfrentar também nesse processo outro custo de transação elevado: a assimetria de informação. É o parceiro privado que praticamente detém o monopólio das informações referentes aos valores envolvidos na operação e que não foram

amortizados até aquele determinado momento. E como não se trata de uma solução consensual, o Poder Público poderá enfrentar problemas com eventual comportamento oportunista. É possível que o contratado atue de modo a maximizar seu interesse, aumentando o valor da sua indenização, ou causando entraves ao seu cálculo, por meio da vantagem informativa que tem⁴³⁸. Há uma clara possibilidade de efetivação prática do risco moral.

Além dos custos de transação mencionados, ainda será preciso considerar o custo financeiro da indenização. Esse cálculo, por sua vez, levará em conta duas circunstâncias relevantes. A primeira tem a ver com a relação direta entre o prazo da parceria e a equação econômico-financeira do ajuste. Como já se teve oportunidade de demonstrar, o parceiro privado, ao realizar a proposta, considera determinado intervalo de tempo tanto para fins de amortização dos seus investimentos, como para a realização de resultados. A efetivação da retomada antecipada do objeto concedido impede a amortização integral dos investimentos e frustra a expectativa de lucro, violando as legítimas expectativas do contratado.

Diz-se “legítimas expectativas” em razão da segunda circunstância a ser considerada em termos de indenização, o fato de o particular estar cumprindo as suas obrigações. Se o contratado investiu de forma a cumprir satisfatoriamente o objeto concedido e prestá-lo tal como pactuado, seria má-fé que a indenização pudesse ser interpretada restritivamente.

Por esses motivos, entende-se que a compensação financeira, além de prévia, em espécie (não há espaço para pagamento por precatório), também deverá ser ampla. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que a indenização envolve três categorias: pelos investimentos não amortizados, pelos lucros cessantes e pelos danos emergentes. Segundo o autor, não obstante a redação do artigo 37 da Lei nº 8.987/1995⁴³⁹ induza a um entendimento restritivo de que a indenização se restringiria às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, as garantias constitucionais seriam o fundamento para a extensão dessa compensação. Seja porque o princípio da isonomia, embora admita o sacrifício de interesses individuais para beneficiar toda coletividade, imponha a contrapartida da indenização. Seja porque a moralidade e a impessoalidade, interpretadas no contexto do Estado Democrático do Direito, não admitam a destruição dos interesses individuais⁴⁴⁰.

⁴³⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, Janeiro, 2007. p. 286-287.

⁴³⁹ O referido artigo, ao tratar da indenização prévia, remete ao artigo 36 da mesma lei, segundo o qual: “A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”.

⁴⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 587.

O ressarcimento pelos investimentos realizados e ainda não amortizados é a parcela mais fácil de ser identificada. Se o parceiro privado não fosse indenizado por esses investimentos, que se traduzem em bens a favor da parceria, haveria locupletamento por parte da Administração. Afinal, os bens reverteriam ao Poder Público sem que tivessem sido pagos.

Todavia, além do pagamento decorrente da inviabilidade de se reaver os investimentos revertidos em favor do Poder Público, são devidos, ainda, os lucros cessantes. O parceiro privado somente firma um contrato com a Administração para obter a remuneração devida em razão da prestação satisfatória do objeto. Seria leviano pensar de outra forma. Assim, ao privá-lo extemporaneamente desse contrato, a Administração frustra as suas expectativas de retorno, o que exige indenização, também, quanto a essa parcela. Segundo Bernardo Strobell Guimarães, haveria uma espécie de expropriação nesse caso, o que atrairia a mesma lógica indenizatória. Nas palavras do autor⁴⁴¹:

Fixadas essas premissas, percebe-se que o regime expropriatório — mercê de seu figurino constitucional — deflagra a incidência de algumas consequências que merecem ser destacadas. A primeira é a necessidade de a indenização a ser paga corresponder integralmente ao direito sacrificado. É o que se infere do adjetivo “justa”, associado ao substantivo “indenização”, pela Constituição. A segunda é relativa à necessidade de o sacrifício de direito ser precedido da devida indenização, a ser paga em dinheiro. A Constituição exige que, além de “justa”, a indenização seja prévia e paga “em dinheiro”. Todas essas notas aplicam-se, portanto, aos casos em que a Administração pretende, por meio da extinção do contrato, sacrificar um direito do particular que tem evidente expressão patrimonial. No que importa analisar neste tópico (o modo de pagamento da indenização será examinado abaixo em maiores detalhes), tem-se que a necessidade de a indenização ser justa impõe que o valor a ser pago ao particular equivalha ao patrimônio sacrificado. E indubitavelmente os lucros a serem gerados pelo contrato são dano indenizável.

Por fim, faz parte da indenização a parcela referente aos danos emergentes. Porque, relembre-se, os contratos de parceria geram um plexo de outras obrigações que gravitam no seu entorno. Findo esse contrato, muito provavelmente também serão afetadas essas outras relações, gerando para esses outros parceiros, também o direito à compensação. Esse ressarcimento, por sua vez, não pode ser integralmente arcado pelo particular que, repita-se, não tinha intenção, tampouco atuou no sentido de colocar um fim no ajuste inicial.

⁴⁴¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobell. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *In: Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: a. 3, nº 4, p. 9-29, set. 2013/fev.2014. p. 17-18.

Cabe apenas fazer um adendo à citação. Quando do cálculo dos lucros cessantes, deverá ser levado em consideração que o pagamento está antecipando a receita, o que pode gerar diminuição dos valores a serem pagos pela Administração, tal como ocorre quando se antecipa a realização de qualquer outro investimento.

Toda essa descrição da indenização devida se faz necessária, não apenas para demonstrar o elevado montante que deverá ser arcado pela Administração, mas pelos potenciais outros custos que possa vir a gerar. É o caso dos custos de tempo e financeiros gerados por potenciais e prováveis demandas judiciais para a discussão dos termos da encampação.

Caso, todavia, a Administração opte pela solução consensual por meio da prorrogação antecipada, outros custos serão considerados no processo de escolha. Há, por exemplo, que ser considerado o tempo necessário para qualificação do contrato no âmbito do Programa de Parceria de Investimentos. Após a iniciativa do órgão responsável pelo projeto a ser qualificado, inclusive com suporte da Secretaria do Programa de Parcerias de Investimentos, este será submetido à deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI. Nesse conselho será emitida a opinião sobre a viabilidade de qualificação do projeto e, sendo positiva, esta será formalizada por decreto presidencial. O tempo, portanto, praticamente é definido pelo aguardo da reunião do conselho. De toda forma, todos esses passos são realizados no âmbito do próprio Poder Executivo, o que proporciona até mesmo o controle desse espaço temporal, diversamente do que ocorre com o envio do Projeto de Lei ao Poder Legislativo, no caso da encampação.

Em se tratando de medida consensual, a realização da prorrogação antecipada ocorrerá por meio de uma aproximação com o particular para entabular eventuais questões relativas aos novos investimentos e prazos. Nesse caso, há menor risco de se ter falhas decorrentes da assimetria de informações diante do incentivo — a celebração do acordo — para que o parceiro privado preste as informações necessárias a fim de subsidiar o estudo técnico que irá justificar a economicidade da medida.

A realização dessa justificativa técnica, aliás, configura-se outra fonte de custos a ser considerada quando da adoção da medida. Embora sua elaboração seja necessária — tal como deve, de fato, ser —, não pode ser desconsiderada, em termos econômicos, como um custo da prorrogação. O estudo, tal como exigido pela Lei 13.448/2018, demanda a elaboração de um novo programa de investimentos, apresentação de cálculos sobre custos, despesas operacionais e estimativas de demanda, reformulação da modelagem econômico-financeira do ajuste, de modo a abranger o prolongamento do prazo, e, ainda, as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes. Trata-se, portanto, de tarefa que envolve o dispêndio de tempo, recursos humanos na sua elaboração e de recursos financeiros.

De toda forma, não se pode deixar de considerar que esse custo também se verifica na encampação. Como explicado linhas acima, a retomada do objeto concedido demanda a justificativa — objetiva — de que aquela é a medida mais eficiente a ser adotada pela

Administração. Portanto, ao fim e ao cabo, o poder concedente terá gastos com a elaboração técnica da sua motivação em ambas as hipóteses.

Há outro custo, contudo, imposto apenas para o caso da prorrogação antecipada. Após a elaboração do estudo técnico, exige-se a realização de consulta pública, pelo prazo mínimo de quarenta e cinco dias, para que a sociedade possa participar apresentando sugestões. Não obstante o seu caráter democrático e relevante para a aproximação do controle social durante a execução do contrato, trata-se de mais um custo (necessário) a ser considerado⁴⁴².

Por fim, será elaborado um termo aditivo, que deverá ser submetido à consulta jurídica e, após tal diligência, será encaminhado, conjuntamente com o estudo de vantajosidade e com o resultado da consulta pública ao Tribunal de Contas da União. Esse controle, aliás, tem elevados custos de transação, uma vez que demanda tempo de análise pela Corte de Contas e, ainda, riscos quanto a sua interpretação. De toda forma, entende-se, nesse ponto, no mesmo sentido que Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano. Para os autores, a avaliação do TCU deve se restringir aos aspectos técnicos da justificativa, sem adentrar no mérito da opção administrativa⁴⁴³.

O custo decorrente da judicialização, por sua vez, é potencialmente mais baixo nesse caso, visto que somente se efetivará diante de um acordo entre as partes, demandando-se, assim, colaboração entre os parceiros público e privado.

Realizado o procedimento, o termo será assinado e o investimento realizado. Um exemplo prático pode, inclusive, demonstrar o tempo necessário para a efetivação da sucessão de atos que compõe esse processo. Em 12 de dezembro de 2016, optou-se, em âmbito federal, por iniciar o procedimento de prorrogação antecipada do contrato de concessão da Rumo Malha Paulista. O ajuste foi, então, qualificado no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) pela 2ª Reunião do Conselho do PPI, já em 07 de março de 2017. Seguiu para a consulta pública, em 12 de outubro de 2017, a qual já foi finalizada. Pelo cronograma do Governo, os documentos serão encaminhados ao TCU e o Termo aditivo deve ser celebrado no 2º Trimestre de 2019⁴⁴⁴.

⁴⁴² Sobre essa questão, é interessante a crítica feita pelo autor espanhol, José Bermejo Vera, para quem a participação popular pode gerar um “círculo decisional caótico”, com elevados custos e incremento da burocracia. VERA, José Bermejo. Privatización y El nuevo ejercicio de función pública por particular. In: **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 409.

⁴⁴³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. In: **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 13.

⁴⁴⁴ Esse cronograma está disponível no site eletrônico do Programa de Parcerias de Investimentos, disponibilizado pelo Governo Federal. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/rumo-malha-paulista-as>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Não obstante o procedimento esteja próximo de completar dois anos, o que não seria ideal em termos regulatórios, faz-se necessário apontar para o fato de que, comparativamente, a encampação teria custos ainda mais elevados, seja de tempo, financeiros ou de assimetria informacional.

A análise do resultado decorrente da escolha pela prorrogação antecipada ou pela encampação corrobora esse entendimento. Veja-se que, optando-se pela primeira medida, uma vez firmado o aditivo, a consequência será a realização imediata do investimento e o prolongamento do prazo como forma de pagamento. Haverá, assim, a alteração regulatória necessária, sem que haja a contrapartida com recursos públicos.

No caso da encampação, todavia, os resultados serão: (i) o pagamento de indenização; (ii) a retomada do objeto concedido e, provavelmente, (iii) a realização de uma nova licitação. Nessa hipótese, portanto, o dispêndio de valores estatais é uma certeza e os investimentos serão imediatos tão somente se a Administração, assim que assumir o objeto, os promova. Do contrário, será necessário aguardar o novo procedimento licitatório para a implementação das modificações necessárias.

Nesse contexto, para além dos recursos gastos com a indenização, o Poder Público passa a arcar com os valores decorrentes da retomada do objeto concedido. Isso envolve a sua operação, manutenção, monitoramento, conservação, sem falar em eventual necessidade de melhorias, ampliação de capacidade e conservação da prestação adequada.

Diante dos elevados custos mencionados, é provável que o Poder Público opte pela realização de uma nova licitação com a previsão dos investimentos e alterações regulatórias necessárias. À primeira vista, poder-se-ia discutir se a ida ao mercado para a contratação de um novo parceiro, apesar de todo o custo até esse ponto, não seria economicamente eficiente para o Poder Público, de modo a obter uma proposta mais vantajosa que a anterior.

Em 1968, Harold Demsetz, questionou a posição amplamente aceita de que os monopólios naturais deveriam ser regulados para alcançar o ponto ótimo do bem estar social. Ao tratar da regulação referente ao *public utilities* nos Estados Unidos, entendeu que, no lugar da regulação, o Governo deveria promover uma espécie de leilão para encontrar a melhor proposta, no que denominou de *franchise bidding*. De acordo com o autor, essa competição pelo mercado levaria a preços menores do que os preços usuais para o objeto⁴⁴⁵. O governo deveria, assim, atuar, em termos econômicos, como um leiloeiro e não como um regulador.

⁴⁴⁵ DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**. Chicago: v. 11, p. 58-59, Abr. 1968.

De fato, não se desconhece as vantagens da licitação para fins de concorrência e obtenção de melhores preços. Não obstante, a par de algumas situações concretas — como a desconfiança em contratar com o governo —, levarem à mitigação dessa afirmação como uma verdade absoluta⁴⁴⁶, é preciso levar em conta que, no caso, se está no âmbito dos contratos de longo prazo. Nessa hipótese, até mesmo Harold Demsetz afirma a necessidade previsão de cláusulas que admitam renegociação para manutenção do contrato, a demonstrar que a licitação, nem sempre é a melhor opção⁴⁴⁷.

Os custos de transação associados à licitação são, de fato, vários. Há custos econômicos diretos e indiretos, como recursos materiais (papel, computadores, meios de comunicação, serviços gráficos) e de alocação de pessoas envolvidas nos trâmites burocráticos (recepção, fiscalização etc.)⁴⁴⁸, sem contar com a assimetria de informação — já que o contratado anterior não terá incentivos para repassar informações essenciais de modelagem — e com o tempo necessário para sua integral efetivação. Maurício Portugal Ribeiro, por exemplo, estimou um prazo de 22 meses até a assinatura do contrato⁴⁴⁹.

Além disso, há ampla possibilidade de que os potenciais licitantes interpretem a encampação prévia como um elevado risco a firmar ajustes com a Administração, resultando em falhas como a seleção adversa. Podem assim, não se interessar pela nova concessão ou precificar esse risco de modo a apresentar lances menos agressivos, gerando prejuízos à Administração.

Por esses motivos, a Administração precisa analisar objetivamente se a possibilidade de obtenção de uma eventual proposta mais vantajosa no mercado seria suficiente para fazer frente

⁴⁴⁶ Em razão dessa desconfiança, os preços dos competidores podem ser inflados para fins de provisionamento para futuras discussões administrativas, como, por exemplo, alterações unilaterais.

⁴⁴⁷ DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**. Chicago: v. 11, p. 64, Abr. 1968. No mesmo sentido, se pronunciaram W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon ao tratar do tema da *franchise bidding* em contratos incompletos de longo prazo: “*A disadvantage of a long-term contract is that it is difficult to write. It must allow for price to be changed in the future in response to changes in cost and demand conditions*”. VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th ed. Londres: MIT, 2005.p. 477.

⁴⁴⁸ FIUZA, Eduardo P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: RJ, p. 241. v. 1, 2009.

⁴⁴⁹ O autor acrescentou mais quatro meses até o início efetivo das obras e alertou para o fato de que os prazos reais costumam ser ainda mais longos que os estimados. RIBEIRO, Maurício Portugal. **A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário**: Seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

aos custos desde a encampação até a nova concessão do objeto⁴⁵⁰. Aliás, nesse ponto, cabe considerar o contexto de crise atual que levou o Governo a ampliar o reconhecimento das medidas consensuais em termos de contrato público. Em tempos de recessão e arrocho orçamentário, justificar, em termos econômicos, uma medida que demanda o pagamento de indenização, a assunção de bens e serviços e, ainda, a estruturação de uma nova licitação (que pode ter, inclusive, menos competidores), tornou-se uma tarefa ainda mais difícil.

Uma implicação, contudo, poderia ser suscitada em favor da realização da licitação. Como explicam W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr. e John M. Vernon, em se tratando de contratos incompletos e de longo prazo, os contratados atuais possuem vantagens sobre potenciais licitantes. Isso porque, como visto acima, já fizeram investimentos necessários, possuem melhor conhecimento sobre a demanda e sobre o mercado, bem como familiaridade com o próprio procedimento de licitação. Tais informações poderiam gerar *opportunistic holdup*⁴⁵¹, por forçar a Administração a fazer alterações favoráveis ao parceiro privado para não ter que ir ao mercado. Poderiam, ainda, fazer com que os lances na própria licitação fossem irreais de modo a forçar futuras negociações⁴⁵².

Se a prorrogação antecipada for aplicada tendo em conta os seus requisitos e parâmetros, entende-se que não se verifica, na prática, tal risco para a Administração. E assim se diz pelo fato de que tal instrumento será utilizado já em contratos maduros, que estão sendo cumpridos tal como pactuado. Não haverá uma alteração contratual de modo a favorecer o particular, e sim para adaptar o contrato a novas necessidades regulatórias do setor.

Em estudo prático detalhado sobre o tema, o Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais da Fundação Getúlio Vargas São Paulo, concluiu que a adoção da prorrogação antecipada para os contratos de concessão no setor ferroviário seria a forma mais eficiente para viabilizar investimentos e modernizar os ajustes. Foram consideradas nessa análise, além do prolongamento do prazo, as opções de aguardar o término do contrato ou, tal como nesse trabalho, encampá-lo para submetê-lo a nova licitação. Os pesquisadores entenderam que, as vantagens da medida, em especial considerando os custos de transação

⁴⁵⁰ Com razão, aliás, a Lei nº 13.448/2017 exigiu que o estudo técnico que corroborasse a prorrogação antecipada fosse capaz de demonstrar que esta opção seria mais vantajosa que a realização de uma nova licitação.

⁴⁵¹ O *holdup* foi tratado no item 2.3 dessa dissertação.

⁴⁵² VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th ed. Londres: MIT, 2005.p. 477.

envolvidos, superariam as demais, especialmente em termos de vantagem socioeconômica e macroeconômica⁴⁵³.

Dessa forma, percebe-se pela avaliação do procedimento e dos resultados, que a encampação, mesmo decorrendo de uma imposição unilateral — em condições normais⁴⁵⁴ —, gera custos de transação mais elevados (como a submissão ao Poder Legislativo, a definição da indenização prévia, o pagamento da compensação, a retomada do objeto e a nova licitação) para a Administração. Por isso, construiu-se nas seções anteriores desse trabalho o arcabouço jurídico necessário para demonstrar que, em primeiro lugar a imposição estatal não é inerente aos contratos públicos e, nem sempre, atuar unilateralmente será a escolha mais eficiente.

Será que o mesmo ocorre no caso da relicitação em comparação à caducidade? É o que se passa a avaliar mais detidamente no próximo item.

3.2. A Relicitação: alteração consensual do contrato para extingui-lo

A relicitação, diversamente da prorrogação antecipada, não encontra previsão análoga na legislação vigente. Somente com o advento da Medida Provisória nº 752/2016, convertida na Lei nº 13.448/2017, é que se reconheceu legalmente um instrumento capaz de aliar descumprimento contratual, renegociação e extinção do contrato sem solução de continuidade⁴⁵⁵.

O novo diploma reflete, assim, a mudança pela qual passa o Direito Administrativo: a busca por soluções flexíveis e consensuais que levem à Administração a ocupar outra posição nos contratos públicos. Transfere-se o eixo da verticalização, *per se*, das relações envolvendo o Poder Público, para o desenvolvimento de soluções acordadas entre as partes, que, efetivamente, sejam eficientes diante do interesse geral perseguido.

⁴⁵³ Avaliação da Política de Prorrogação antecipada das concessões ferroviárias. Disponível em: https://geisa.fgv.br/sites/geisa.fgv.br/files/u49/estudo_vantajosidade_final_grupo_de_economia_vf_limpa_.pdf. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁴⁵⁴ Não se pode deixar de mencionar que essa é a percepção decorrente de uma situação de normalidade do procedimento. Isto é, se tudo ocorrer tal como definido na lei. Mas, na prática, o caso concreto pode demonstrar entraves que afastem uma ou outra opção. Tome-se como exemplo um projeto que demore muito a ser qualificado no âmbito da Programa de Parceria de Investimentos, ou que haja algum entrave em relação ao acordo com o particular.

⁴⁵⁵ Como se verá na seção seguinte, não se desconhece que a Administração já poderia entabular com o particular acordo nesse sentido. Mas a ausência de uma previsão legal tornava insegura a opção por essa medida. Diante do descumprimento, é difícil justificar a razão pela qual o Poder Público não optou por uma medida sancionatória, por meio de ato unilateral, tal como legalmente previsto.

Contudo, em se tratando de um instrumento que envolve inadimplemento contratual, inviabilidade dos ajustes e problemas de modelagem, a sua interpretação e aplicação devem ocorrer em um contexto bem delimitado. Assim, quando a lei fala em contratos de parceria “cujas disposições não estejam sendo atendidas” ou “cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”, não é possível interpretá-la de modo a admitir a aplicação da relicitação nos casos em que o investidor vê suas expectativas frustradas e, assim, resolve restituir o objeto adjudicado.

Um governo que aceita devoluções com muita facilidade, indica ao mercado que ele pode ser menos conservador quando da licitação. As propostas apresentadas podem ser menos críveis — podem considerar, por exemplo, aumentos de demanda não amparados pela realidade e superestimar o crescimento econômico —, já que, uma vez não efetivadas as suas projeções, basta realizar um acordo com o Poder Concedente, suspender investimentos e extinguir o contrato. As falhas envolvendo risco moral e seleção adversa em futuras licitações poderiam se multiplicar.

Nesse cenário, verificar-se-ia um incentivo ao que a literatura convencionou chamar de *maldição do vencedor*. Segundo Richard H. Thaler existem dois motivos para a ocorrência dessa anomalia econômica, o primeiro ocorre quando o vencedor de um leilão/licitação confere ao objeto, desde o início, um valor acima do valor que, de fato, teria. No segundo caso, o prejuízo ocorre posteriormente, quando o licitante, conclui que o objeto tinha valor menor do que ofereceu⁴⁵⁶. De uma forma ou de outra, caso seja possível ao licitante devolver o objeto na hipótese de ver frustrada as suas expectativas, este não mais irá se preocupar em estruturar sua proposta de modo exequível, que lhe assegure lucros com a exploração do objeto. Estará preocupado em vencer a concorrência, uma vez que, se tudo der errado, a parceria será novamente assumida pelo Poder Público.

A relicitação, assim, não deverá ser utilizada como forma de transferir ao parceiro público o risco do empreendedor. Será um instrumento eficiente quando for usada, sob a perspectiva do particular, como medida para sanar situações em que o inadimplemento decorre de fatos alheios ao seu controle e que o levem a uma situação de incapacidade comprovada de

⁴⁵⁶ THALER, Richard H. **The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life**. Nova York: The Free Press, 1992. p. 130. Sobre o tema, Max H. Bazerman e William F. Samuelson, explicam que “*the ‘winner’s curse occurs in competitive situations when a successful buyer finds that He or she has paid too much for a commodity of uncertain value*”. Por isso o título do texto dos autores é eu ganhei o leilão, mas não quero o prêmio. BAZERMAN, Max H.; SAMUELSON, William F. **I won the auction but don't want the prize**. *Journal of Conflict Resolution*, v. 27, n. 4, p. 618, 1983. Exatamente como pode ocorrer se a relicitação for amplamente aceita, incentivando comportamentos oportunistas na apresentação de propostas.

cumprimento⁴⁵⁷. Sob o ponto de vista do poder público, por sua vez, será útil quando a situação de anormalidade que gera a inviabilidade contratual seja de tal monta que o faça alterar premissas e diretrizes regulatórias a serem aplicadas e a própria modelagem do ajuste, resultando na necessidade de elaboração de um novo contrato.

Por conta disso, a lei traz dois incentivos para evitar comportamentos oportunistas. O primeiro decorre do fato de que o atual contratado não poderá participar da nova licitação⁴⁵⁸. Além disso, as disposições referentes à eventual indenização devida são bem mais restritivas que na hipótese de prorrogação antecipada. O ato normativo trata apenas da compensação pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato realizados e não amortizados ou depreciados, descontadas multas e as demais somas de natureza não tributária, a ser paga apenas quando ocorrer nova adjudicação⁴⁵⁹.

Tampouco se pode deixar de mencionar, ao analisar esse ponto, que o pano de fundo que possibilitou a instituição legal da medida foi o contexto de crise econômica que afetou diretamente contratos em fase inicial de execução e estruturados com bases econômicas diversas daquela verificadas na prática. A crise, quando não passível de ser antevista, é um desses fatores externos que pode levar à derrocada dos ajustes por incapacidade do parceiro privado, especialmente os novos, nos quais o volume de investimento se mostra mais elevado. Sob o ponto de vista do parceiro público, por sua vez, pode gerar a necessidade de alterações regulatórias de forma a exigir a adaptação dos contratos para atender o setor diante de uma nova realidade (outra estimativa de demanda, outros investimentos necessários, por exemplo). Poderia ser inviável essa alteração substancial apenas por meio do reequilíbrio econômico-financeiro, por exemplo, principalmente diante da incapacidade do parceiro privado.

Tome-se como exemplo as concessões do Aeroporto Internacional de Viracopos e da BR-040 (no trecho que liga Brasília à Juiz de Fora). A primeira foi concedida em fevereiro de 2012 para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do complexo aeroportuário,

⁴⁵⁷ Segundo Bernardo Strobel Guimarães e Heloísa Conrado Caggiano, “a relicitação pressupõe algumas condicionantes. A mais relevante é a incapacidade comprovada de o particular adimplir com as obrigações que assumiu (art. 13). O inadimplemento das obrigações do particular, previsto como condição alternativa, na verdade é mera consequência dessa circunstância (afinal, o inadimplemento do particular que tem condições de cumprir com suas obrigações deve ser sancionado). Daí porque o elemento central para a compreensão desse instituto é a perda superveniente da capacidade de executar o contrato por parte do particular, inclusive e em especial financeira”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. *In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 17.

⁴⁵⁸ Trata-se da previsão contida no art. 14, §2º, inciso II, da Lei nº 13.448/2017, que será novamente enfrentada no item 3.2.2 desse capítulo.

⁴⁵⁹ É o que se extrai do art. 15, §2º c/c art. 17, §1º, VII, da Lei nº 13.448/2017.

pelo prazo de trinta anos. Já a BR-040 foi concedida por meio de leilão realizado em dezembro de 2013, no âmbito da 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais (PROCOFE). Com isso, o Governo Federal transferiu ao parceiro privado, também por trinta anos, a exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de recuperação, operação, manutenção, monitoramento, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade da rodovia⁴⁶⁰. Passados aproximadamente cinco anos dessas concessões, o dinamismo da realidade — nesse caso, a crise econômica — aliados à dificuldade que a modelagem contratual tem em lidar com as mudanças, levaram à inexecutabilidade precoce dos ajustes. Assim, em 2017, as duas concessionárias responsáveis pelos referidos projetos apresentaram pedido para fazer uso do procedimento de relicitação.

A alteração drástica da conjuntura macroeconômica é, de fato, um dos fatores que mais impacta essas relações duradouras⁴⁶¹. Veja-se que os referidos contratos foram firmados entre 2012 e 2013, quando se experimentava um cenário de relativa estabilidade econômica. Isso significa que as bases objetivadas das parcerias e os seus riscos foram estruturados de acordo com aquela realidade/racionalidade.

Esse contexto se alterou significativamente em 2015, quando o país experimentou um grave choque recessivo: em âmbito fiscal (queda nas despesas públicas), nos preços administrados (em especial energia e combustíveis), no câmbio (com desvalorização de 50% da moeda brasileira em relação ao dólar no decorrer do ano) e no aspecto monetário (com o aumento da taxa de juros para operações de crédito). Experimentou-se, ainda, um rápido aumento da taxa de desemprego e a queda do consumo das famílias brasileiras⁴⁶².

⁴⁶⁰ Ambas as concessões fazem parte do Programa Nacional de Desestatização – PND, cujo objetivo é a reestruturação econômica dos setores público e privado, com a transferência à iniciativa privada de atividades antes exploradas pela Administração. O referido Programa foi estruturado pela Lei Federal nº 9.491/1997 e regulamentado pelos sucessivos decretos que a sucederam.

⁴⁶¹ De acordo com Flávio Amaral Garcia, é “exatamente nos contratos concessionais que os efeitos da crise econômica são mais contundentes, porquanto se trata de relações duradouras e sujeitas a longos prazos para execução do objeto”. GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 116.

⁴⁶² Esses dados foram retirados da Nota Cecon, nº 1 (Abril de 2017) do Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica - IE/UNICAMP “Choque recessivo e a maior crise da história: A economia brasileira em marcha à ré” de Pedro Rossi e Guilherme Mello. Nessa nota, os pesquisadores apontam que o país passa pela maior crise da sua história, com forte redução do PIB em 2015 e 2016. Disponível em: http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/NotaCecon1_Choque-recessivo-2.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.

A diminuição drástica da demanda nos aeroportos⁴⁶³ e a clara desnecessidade de duplicar as rodovias nos primeiros cinco anos da concessão⁴⁶⁴ são exemplos do impacto negativo causado pela economia nos referidos contratos. Tratam-se de riscos assumidos pelo parceiro privado, cuja extensão, todavia, não se podia mensurar quando da assinatura das parcerias. Tal fato só vem a corroborar que a previsão de uma metodologia para as mudanças contratuais é tão relevante quanto a distribuição objetiva dos riscos.

O panorama econômico também influenciou sobremaneira o financiamento desses contratos. Quando da formação da relação contratual, os parceiros privados levaram em consideração as condições favoráveis concedidas pelos Bancos Públicos federais, que se tornam praticamente inexecutáveis em momentos de crise⁴⁶⁵.

Todas essas variáveis, de fato, devem ser avaliadas pelo Poder Público ao optar pela relicitação, na hipótese de verificação prática da incapacidade dos parceiros privados. Contudo, para que sejam evitados comportamentos oportunistas, também deverão ser examinadas determinadas condutas do particular, especialmente para verificar se, na verdade, o que há é a intenção de transferir para a Administração os riscos anteriormente assumidos que se mostraram insuportáveis diante da realidade. No caso da concessão de Viracopos, por exemplo, o lance que levou a concessionária a adjudicar o objeto era aproximadamente 159% maior em relação ao mínimo estabelecido pelo Poder Público e superior a 50% que o lance apresentado pelo segundo colocado⁴⁶⁶.

Bem vistas as coisas, e ponderadas as hipóteses nos quais o instituto será eficientemente aplicado, a relicitação é, sim, um importante instrumento de renegociação que admite a transferência organizada da parceria, diante da inviabilidade do ajuste atual, sem que haja prejuízos aos usuários e para a sociedade.

⁴⁶³ Dados retirados do Mandado de Segurança nº 35661, impetrado por Aeroportos Brasil Viracopos com vistas a solicitar a análise do seu pedido de relicitação, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5446001>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁴⁶⁴ O anexo 2, que compreende o Programa de Exploração da Rodovia (PER), constante no contrato celebrado para a concessão da BR 040/DF/GO/MG (também presente nos demais contratos da terceira etapa do PROCOFE), prevê em sua cláusula 3.2.1.1 a duplicação, nos primeiros 5 anos da concessão do trecho. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Via_040/Index.html. Acesso em: 22 dez. 2017.

⁴⁶⁵ Os bancos públicos federais (BNDES, BB e CEF) divulgavam cartas de incentivo, prevendo condições bem mais favoráveis aos investidores de concessões, como: financiamento de até 70% dos investimentos, taxa de juros de até 2% ao ano, prazo de carência de até 5 anos e financiamento na modalidade Project Finance. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/06/antt-divulga-carta-de-intencoes-referentes-a-investimentos-em-concessoes>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁴⁶⁶ ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/campinas>. Acesso em: 25 out. 2017.

Resta saber, assim, quais são seus parâmetros e requisitos, a fim de se avaliar, economicamente, o que faz o Poder Público optar pela relicitação e não pelo procedimento tradicional da caducidade.

3.2.1. Os requisitos legais para a sua implementação

A Lei nº 13.448/2017 define relicitação como um procedimento de “extinção amigável do contrato de parceria” que conduz à celebração de um novo ajuste, mediante licitação promovida para esse fim⁴⁶⁷. Nesses termos, a opção por esse instrumento jurídico de renegociação e extinção contratual decorrerá de um acordo celebrado entre a Administração e o contratado.

Essa nova medida nasce como uma forma alternativa — e mais flexível — para lidar com um potencial ou atual descumprimento das obrigações constantes da parceria. Assim, caso as disposições contratuais já não estejam sendo atendidas ou ainda, na hipótese de os contratados demonstrarem incapacidade para cumpri-las — apontando para um eventual inadimplemento futuro —, a Administração poderá optar pela via consensual, de modo a resguardar a continuidade da prestação decorrente do objeto concedido⁴⁶⁸.

Diversamente do regime até então em vigor, que se fundamentava apenas em uma lógica binária entre descumprimento e sanção⁴⁶⁹, com o advento do novo marco legal passa-se a admitir que o inadimplemento contratual gere resolução amigável. Tal previsão é de extrema relevância para assegurar ao gestor a segurança jurídica necessária para optar pela solução consensual. Isso porque, mesmo antes da lei, já era possível defender que as partes entabulassem uma solução amigável diante de um problema contratual. A ausência de previsão

⁴⁶⁷ Definição extraído do inciso III, do Art. 4º da Lei de Licitações: “*III - relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim*”.

⁴⁶⁸ É o que se extrai dos termos do art. 13, da Lei nº 13448/2017.

⁴⁶⁹ No regime concebido pela Lei nº 8.987/1995, a extinção por inadimplemento das concessões — que correspondem a maioria das parcerias tratadas na Lei nº 13.448/2017 — ocorre (i) por caducidade, quando o descumprimento decorre do particular e (ii) por rescisão, quando a inadimplência é do setor público. Ambas as soluções decorrem de atos unilaterais das partes e envolvem uma série de procedimentos que podem torná-las excessivamente onerosas e prejudiciais ao interesse geral.

nesse sentido, contudo, demanda um elevado esforço do Poder Público em justificar a escolha pela solução consensual, enquanto as medidas legais lhe asseguravam intervir unilateralmente.

Mas não é só o acordo entre os contratantes que torna esse instrumento especial em relação àqueles previstos em regramentos anteriores. A Lei nº 8.666/1993, por exemplo, já previa a chamada “rescisão amigável” — doutrinariamente identificada como distrato — para permitir o término antecipado de contratos administrativos (art. 79, II)⁴⁷⁰. A especificidade da relicitação, na verdade, está no fato de que o parceiro privado não celebra um acordo para simplesmente por fim ao contrato. A negociação levará a uma alteração contratual inicial⁴⁷¹ — já que o contratado continua obrigado a explorar o objeto concedido —, que resultará na futura extinção do ajuste.

Isso significa que o Poder Concedente passará a atuar no novo procedimento licitatório, sem que, para tanto, tenha que assumir a atividade e todos os ônus dela decorrentes. Fato que se torna fundamental na análise da equação econômico-financeira da escolha pela utilização do novo instrumento jurídico, como se verá adiante.

Colocado o panorama da relicitação em linhas gerais, pode-se resumir o procedimento estabelecido pela lei da seguinte forma: (i) há um inadimplemento (real ou potencial) do contrato vigente; (ii) diante do qual a Administração avaliará se a medida é razoável e se justifica pela necessidade de continuidade da prestação do objeto concedido; (iii) promoverá, assim a aproximação com o particular para celebração do acordo, com a necessária troca de informações entre os parceiros; (iv) estruturará estudo técnico, a justificar a eficiência da medida; (v) submeterá seus termos à consulta pública e ao exercício do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, (vi) celebrará termo aditivo no qual constarão os termos da

⁴⁷⁰ Interessante notar, contudo, que o distrato não é identificado como forma de se entabular extinção nas hipóteses de inadimplemento contratual. Nesses casos, ainda que haja acordo, a literatura entende que a hipótese é de rescisão unilateral, seja de que parte for. Ao comentar o referido dispositivo legal, Marçal Justen Filho foi claro ao identificar que “é incontroverso (porque a lei assim o determina) que, verificado o próprio inadimplemento, a Administração tem o dever de acolher o pleito da rescisão e de indenização por perdas e danos” e, no caso do inadimplemento do particular “sua concordância ou sua discordância produzirá efeitos jurídicos em momento subsequente. Se o particular discordar do ato administrativo de rescisão a solução será recorrer ao Poder Judiciário. Se estiver de acordo com ele, restringir-se-á a cumprir as sanções derivadas da rescisão, se for o caso”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários às leis de licitação e contratos administrativos**. 17ª ed. rev. atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1315. Isso significa que, havendo inadimplemento, eventual acordo entre as partes teria impacto apenas nas consequências da extinção, que continuaria, contudo, sendo unilateral. Cabe esclarecer, ainda, as Leis 8.987/1995 e 11.079/2004 não listam o distrato como forma de extinção, tratando apenas do advento do termo contratual; da encampação; da caducidade; da rescisão; da anulação; ou da falência ou extinção da empresa concessionária.

⁴⁷¹ O art. 15 da Lei 13.448/2017, expressamente exige a assinatura do termo aditivo, bem como transcreve requisitos mínimos que deverão fazer parte da alteração contratual.

exploração do objeto até que sobrevenha o fim do contrato, que só ocorrerá com o advento da contratação de um novo parceiro ou, na sua ausência, pela caducidade.

Não é, todavia, todo ajuste que será relicitado. A Lei não fala simplesmente em concessão, mas em contrato de parceria que tenha sido prévia e especificamente qualificado para esse fim no âmbito do Programa de Parceria de Investimento (PPI). Nesses termos, o primeiro passo, tal como ocorre na prorrogação antecipada, será a qualificação da parceria como projeto relevante na forma do PPI.

Diante de um contrato passível de ser relicitado, a Administração, então, passa a ter uma escolha: utilizar a nova modalidade ou se valer dos procedimentos que, até então, regiam as dissoluções das parcerias celebradas com o setor privado. A sua opção agora, dependerá do que se pode chamar de uma *motivação qualificada*, já que, por expressa disposição legal, será preciso aferir a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo, levando-se em conta os aspectos operacionais e econômico-financeiros da medida⁴⁷² com a apresentação de estudo técnico que subsidie a escolha pública.

O novel diploma, portanto, torna a racionalidade econômica defendida nesse trabalho uma realidade para os contratos públicos. Por que, economicamente, se escolhe reliciar em detrimento de se iniciar um procedimento de caducidade ou de reequilíbrio econômico-financeiro? A justificativa dessa escolha administrativa envolverá uma análise pautada pelos custos de transação e resultados, sob a perspectiva da utilidade e eficiência.

Como bem explica Egon Bockmann Moreira, as escolhas administrativas precisam levar a sério a economia e as finanças, em razão de três fatores relevantes da contemporaneidade: o aumento da demanda (e da oferta) dos benefícios concedidos pelo Poder Público; a escassez de recursos tributários; e a necessidade de se assumir despesa se houver a respectiva receita⁴⁷³. E se é certo que a metodologia gerada pela análise econômica facilita a avaliação pragmática dos incentivos⁴⁷⁴, dois desses já são indicados pela própria lei e deverão entrar no cálculo da opção administrativa.

O primeiro deles é o afastamento da solução de continuidade da exploração do objeto concedido. E isso não ocorrerá pela assunção da atividade pelo Poder Concedente, e sim —

⁴⁷² Trata-se de exigência expressa constante do art. 14, §1º da Lei 13.448/2017.

⁴⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 80-81.

⁴⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: as transformações políticas jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 154.

como apontado acima — pela continuidade do vínculo entre o parceiro público e o privado durante o procedimento de renegociação até a celebração de um novo acordo substitutivo.

Diante dessa perspectiva de continuidade e, uma vez avaliada a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação, pode-se identificar o segundo incentivo econômico estabelecido pela lei para a adoção da medida. Em se tratando de instrumento consensual, exige-se uma aproximação entre Administração e particular de forma a reduzir eventuais falhas resultantes da assimetria de informação existente entre os contratantes. Como já se teve oportunidade de discorrer no segundo capítulo dessa dissertação, durante a execução do ajuste, as informações se tornam praticamente monopólio do contratado. Mecanismos que propiciem a mitigação *ex post* dessa assimetria são eficientes em termos de redução de custos de transação, o que se traduz, ao final, em redução de gastos públicos.

Assim, a lei condiciona a instauração do procedimento de relicitação à apresentação, pelo contratado, das justificativas e os elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção da medida, inclusive com a indicação de eventuais propostas para a solução das questões que levaram à inviabilidade da parceria. Exige-se, ainda, o fornecimento das informações necessárias à realização do processo de relicitação, incluindo-se as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis e instrumentos de financiamento utilizados no contrato⁴⁷⁵.

Ao estabelecer essa aproximação entre os parceiros, o ato normativo não apenas facilita o processo de relicitação, permitindo que o Poder Público possa calcular seus custos de forma mais clara e precisa, mas também proporciona melhorias diretas em termos regulatórios. Porque, veja-se, ao apresentar detalhadamente os custos e aspectos técnicos que envolvem a parceria durante a sua fase executória, permite-se ao concedente avaliar os pontos que foram estruturados equivocadamente quando da licitação anterior, ou que se tornaram inviáveis no seu curso, evitando-se que os mesmos erros sejam repetidos na futura licitação. Tudo isso a um custo bem mais baixo, uma vez que as informações serão fornecidas pelo próprio contratado. Permite-se, ainda, avaliar os resultados atingidos pela modelagem adotada, propiciando eventuais adaptações regulatórias na nova concorrência.

De fato, essas informações são bastante úteis para a elaboração do estudo técnico exigido pela lei como forma de subsidiar a relicitação. Isso porque, para justificar a adoção da medida, em detrimento da imposição de sanção e decretação da caducidade, o Poder Público terá que demonstrar as estimativas dos custos e das despesas operacionais, as estimativas de

⁴⁷⁵ Tratam-se dos requisitos exigidos pelos incisos I e V do parágrafo segundo, do art. 14 da Lei nº 13.448/2017.

demanda, a modelagem econômico-financeira, as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes e o cálculo da indenização eventualmente devida ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados⁴⁷⁶.

Nessa dinâmica de colaboração trazida pelo ato normativo, não apenas o Poder Público assume obrigações quando da escolha pela relicitação. O contratado, além do fornecimento das informações já apontadas, deve, ainda, renunciar ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões (exigido pela Lei nº 8.987/1995), caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade; declarar formalmente a intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação; bem como renunciar expressamente a possibilidade de participar do novo certame ou do futuro contrato de parceria relicitado⁴⁷⁷.

O procedimento, consoante se nota, é marcado por grande dose de consensualidade e racionalidade econômica. Tais características também estarão presentes na elaboração do termo aditivo, que, uma vez firmado (após o fim do procedimento), passa a reger a relação contratual até a sua extinção. Esse termo compreende a anuência do particular com a realização de um novo procedimento licitatório e com a continuidade da prestação do serviço público nas condições mínimas estabelecidas, bem como a concordância da Administração com a suspensão das obrigações de investimentos vincendas a partir da celebração do acordo, diante da inviabilidade de cumprimento dos termos na forma como inicialmente estabelecidos.

O termo deve conter, também, a aquiescência das partes com a assunção do compromisso arbitral para a solução de conflitos que envolvam os procedimentos estabelecidos, afastando-se infundáveis discussões judiciais. Há, ainda, a recomendável previsão relativa a indenização devida ao parceiro privado — descontadas as multas devidas —, que poderá ficar a cargo do novo contratado, além de poder ser paga diretamente aos financiadores do contrato original quando for o caso⁴⁷⁸.

Trata-se de um instrumento complexo, que dará corpo à relicitação, criando as condições necessárias para a transferência harmônica entre o antigo e o novo parceiro. O seu objeto, portanto, será organizar essa transição, de modo a preservar as atividades essenciais enquanto a nova contratação não se efetiva e promovendo o acerto definitivo das questões financeiras⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ São as características mínimas do estudo técnico exigidas pelo art. 17 da Lei nº 13.448/2017.

⁴⁷⁷ Na forma do artigo 14 da Lei 13.448/2017.

⁴⁷⁸ O termo aditivo e as cláusulas mínimas foram elencados pelo art. 15 da Lei 13.448/2017.

⁴⁷⁹ GUIMARÃES, Bernardo Stobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. *In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017. p. 19.

Previamente à assinatura do aditivo, contudo, a Administração deve cumprir dois requisitos legais. A submissão do estudo técnico à consulta pública para sugestões, pelo prazo mínimo de 45 dias. E, depois, o encaminhamento dos documentos com as informações do parceiro privado e os estudos técnicos ao Tribunal de Contas para fins de controle externo.

Ultrapassados todas as etapas do procedimento, o aditivo será celebrado, de modo a formalizar uma alteração contratual que levará à sua extinção. Os requisitos e parâmetros impostos pela lei para a sua implementação serão utilizados na seção seguinte como instrumentos de comparação, sob o ponto de vista econômico, entre a relicitação e a caducidade. Tal como se perquiriu com relação à prorrogação antecipada, pretende-se verificar em termos objetivos — considerando custos de transação e resultados — se é mais eficiente adotar uma medida consensual ou unilateral em caso de inadimplemento contratual.

3.2.2. Por que relicitar? Uma análise econômica em comparação à caducidade

Tradicionalmente o descumprimento de deveres pelo concessionário gerava a aplicação de sanções ou a decretação de caducidade. O inadimplemento, portanto, inclusive quando resultante da perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais para manutenção adequada da parceria, possibilitava a atuação unilateral da Administração e a consequente punição do particular⁴⁸⁰.

O advento da previsão legal da relicitação, contudo, trouxe uma alteração nesse paradigma sancionatório. Passa-se, assim, a reconhecer a possibilidade de o Poder Público, mesmo diante do descumprimento contratual (potencial ou atual) atuar de modo consensual e, de comum acordo com o parceiro privado, entabular a forma como se dará a extinção do ajuste.

Hoje, portanto, diante de uma comprovada incapacidade do parceiro privado, resultante de uma mutação extraordinária que gere o descumprimento dos seus deveres, o Poder Público poderá: decretar a caducidade ou relicitar. Considerando as opções postas a favor da

⁴⁸⁰ Marçal Justen Filho destaca que o descumprimento previsto pelo art. 38, da Lei nº 8.987/1995 não se restringe às disposições contratuais, abrangendo também o descumprimento de obrigações legais. Para o autor, contudo, a lei não deveria ter associado a extinção por inadimplemento daquelas relacionadas a perda dos requisitos de habilitação. Para ele, os incisos IV (mencionado no texto sobre a perda de capacidade do concessionário) e o VI, do parágrafo 1º, do art. 38, da Lei nº 8.987/1995, teriam lógica diversa das demais hipóteses. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 591-592.

Administração, será necessário fazer uma escolha. É exatamente nesse ponto que reside a necessária aproximação entre a atuação estatal e a economia. A solução encontrada não decorrerá meramente do enquadramento jurídico da situação fática. Na realidade, demanda-se do parceiro público a confirmação de que sua escolha é a mais eficiente diante dos custos de transação e resultados envolvidos em sua medida.

Ao optar pela caducidade, o Poder Público se submete, como visto no primeiro capítulo desse trabalho, ao procedimento estabelecido pela Lei nº 8.987/1995, segundo o qual será iniciado processo para verificação do inadimplemento⁴⁸¹, assegurada a abertura de prazo suficiente para que a concessionária apresente defesa, ou, eventualmente, corrija as falhas. Já nesse ponto, duas questões economicamente relevantes surgem.

A primeira diz respeito à instabilidade causada pela simples instauração do procedimento. Sinaliza-se para o mercado e conseqüentemente para o plexo de relações envolvidas na concessão — lembre-se que a relação é muito mais complexa que a parceria firmada entre parceiro público e privado — que algo está errado e que a concessionária pode não cumprir com as suas obrigações. Essa mensagem pode, inclusive, prejudicar a própria tentativa de correção de falhas pelo parceiro privado.

Além disso, há claramente uma assimetria de informações entre o Poder Público e o parceiro privado que não foi endereçada pela lei. A norma não exige o compartilhamento de dados entre os parceiros, até porque se trata do exercício de uma prerrogativa estatal, isto é, uma imposição unilateral de vontade. A concessionária, contudo, detém um conhecimento muito mais extenso dos fatos ligados à concessão, podendo dificultar a comprovação do descumprimento contratual/legal, omitindo informações e se comportando de forma oportunista. Sem essa comprovação clara e objetiva, o Poder Público não poderá declarar a caducidade, restando frustrado o procedimento instaurado, mas já efetivadas suas conseqüências danosas no âmbito do mercado. Há um elevado custo de transação nesse aspecto.

Caso, ainda assim, consiga comprovar o inadimplemento, o Poder Público estabelecerá a caducidade por meio de Decreto. Nesse momento, o parceiro privado é afastado e o objeto concedido é assumido pelo próprio Poder Concedente.

Outrossim, a questão está sujeita à infundáveis disputas judiciais que podem se arrastar por anos. Os pontos definidos no processo administrativo, dada a inafastabilidade da jurisdição, poderão ser deduzidos pela concessionária em Juízo, atrasando a realização de novo procedimento licitatório ou o próprio processo de decretação de caducidade.

⁴⁸¹ Haverá, antes da instauração desse processo uma apuração prévia desse possível inadimplemento e, havendo indícios da sua ocorrência, será instaurado processo administrativo a respeito.

O tempo, aliás, se configura em fator econômico determinante a ser considerado pelo Poder Público. O procedimento de caducidade não é célere, envolve a fase de “cura”, já mencionada, na qual será necessário conceder prazo razoável para a defesa e correção de falhas à concessionária, e, ainda, o tempo para realização de nova licitação (período no qual a Administração está, também, responsável pelo objeto licitado).

O extenso lapso da medida pode ser verificado na prática. Em 30 de novembro de 2015, a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT notificou a Concessionária Rodovias GALVÃO BR-153 S.A. dando-lhe o prazo de 90 dias para correção de infrações a ela imputadas (prazo de cura). Passado esse período, sem que a Agência tenha entendido que os descumprimentos haviam sido sanados, instaurou, em 19 de maio de 2016, processo administrativo para apuração das infrações graves imputadas à Concessionária⁴⁸².

O processo transcorreu por um ano e três meses, com estudos, apresentação de defesa pelo concessionário, juntada de provas, até culminar na publicação do Decreto de 15 de agosto de 2017, por meio do qual foi decretada a caducidade da parceria. Veja-se que, desde a instauração do procedimento de cura até a efetivação da medida, transcorreram quase dois anos. Como constata Maurício Portugal Ribeiro, ainda faltam vinte e oito meses até que o objeto possa ser explorado por outra concessionária. De acordo com o autor⁴⁸³:

O prazo estimado para se iniciarem as obras de expansão de capacidade ou restauração pelo novo concessionário é de 28 meses. Estimei esse prazo somando o seguinte: (i) 6 meses para a contratação do consórcio de empresas de consultoria por meio de licitação; (ii) em torno de 9 meses para fazer os estudos (considerando que se trata de rodovia e que há um encadeamento entre os prazos necessários para realizar os estudos de demanda e os estudos de engenharia, esse é um prazo que me parece mínimo); (iii) 9 meses para realizar a tramitação interna dos estudos para aprovação no Governo, aprovar os estudos de viabilidade no TCU, realizar a consulta pública, a licitação do projeto e assinar o contrato, e (iv) mais 4 meses para realizar projetos detalhados, mobilizar e iniciar as obras (supondo que o concessionário vai iniciar as obras utilizando recursos provenientes de financiamento-ponte, ou capital próprio dos seus acionistas). Esses prazos já estão extremamente apertados. Pela minha experiência, os prazos reais para projetos desse tipo no Brasil costumam ser mais longos do que os estimados. Somando o prazo estimado para o término de um processo de caducidade,

⁴⁸² Os dados foram retirados do Processo Administrativo nº 50500.215568/2016-36 da ANTT, que foi instaurado para tratar especificamente da caducidade da concessão da BR-153. O processo foi obtido por meio do pedido nº 50650003829201815 de acesso à informação, realizado por meio do Sistema Eletrônico do serviço de informação ao cidadão: E-SIC. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁴⁸³ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade da decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/caducidade-de-concessoes-e-ppps-notas-sobre-a-conveniencia-e-oportunidade-de-da-decisao-para-instauracao-do-processo-e-sobre-as-formalidades-para-tanto/>. Acesso em: 26 dez. 2017.

com o prazo necessário para contratar um novo concessionário e ele iniciar as obras, estamos falando em 48 meses, ou seja, 4 anos.

Merece destaque, ainda, para fins de análise do instrumento da caducidade, o fato de a sua escolha estar condicionada ao critério da conveniência e oportunidade da Administração diante do inadimplemento privado. O Poder Público sempre teve que apresentar justificativa de suas escolhas, a motivação faz parte da construção do ato administrativo. No caso da caducidade, contudo, a lei não desenha parâmetros para essa escolha. Isso significa que o mero inadimplemento e a referência ao interesse público poderiam ser considerados suficientes para justificar a opção pela medida.

Com a previsão legal da relicitação, contudo, e com as novas perspectivas aqui lançadas com relação ao Direito Administrativo, parece que a Administração passa a ter um ônus argumentativo maior ao escolher a caducidade. Isso porque, dada as diferenças econômicas práticas entre as medidas — conforme se especificará adiante — o Poder Concedente terá que justificar não só a opção pela caducidade, mas também a impossibilidade de adoção da solução consensual.

Essa, aliás, é a primeira diferença que já se pode apontar com relação ao novo instituto. Como mencionado anteriormente, quando foram apresentados os contornos da medida, a Administração precisa avaliar “a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos”⁴⁸⁴. Previu-se o que se chamou de uma *motivação qualificada* desse ato administrativo, o qual necessariamente terá que demonstrar, com base em custos e resultados, a eficiência de sua escolha.

E já que se trata de solução consensual, a lei previu a necessidade de apresentação, também pelo parceiro privado, de justificativas e elementos técnicos aptos a demonstrar a adequação da medida, bem como eventuais propostas para a solução das falhas verificadas (art.14, I, da Lei 13.448/2017). Veja-se que, se a concessionária pretende aderir à relicitação e não se submeter à caducidade, terá que suprir a disparidade informacional existente na relação contratual.

Note-se, contudo, que a lei não descreveu como serão apresentados esses estudos a serem elaborados (antes e durante a relicitação) pela Administração em parceria com o particular. Como a apresentação clara e objetiva desses custos e benefícios será essencial para

⁴⁸⁴ Trata-se da redação do art. 14, § 1º da Lei nº 13.448/2017.

o sucesso do novo instituto, entende-se necessária a criação de uma metodologia que possa, inclusive, constar do termo aditivo celebrado entre as partes.

Trata-se de buscar a maximização da racionalidade do processo de decisão por meio da procedimentalização da motivação. Diante da falta de previsão a respeito do tema, a metodologia pode buscar bases nos relatórios de impacto regulatórios feitos pelas Agências Reguladoras quando do desenvolvimento de uma intervenção regulatória, por exemplo. Se, naquela hipótese, a avaliação dos custos e benefícios é justificável para proporcionar uma verificação empírica da escolha regulatória, também na análise contratual serão úteis para justificar o racional econômico da medida⁴⁸⁵.

O importante é que a escolha se traduza em um processo transparente com dados fáticos e estudos das consequências das opções a serem adotadas pelo Poder Público.

Além de participar do procedimento fornecendo informações, o parceiro privado terá que apresentar renúncia ao prazo de “cura” do procedimento de caducidade — o que está no âmbito de disposição da vontade —, declarar formalmente a sua intenção irretratável e irrevogável em aderir ao procedimento e renunciar expressamente à participação novo certame ou no futuro contrato relicitado. Esse último requisito merece uma ponderação.

A previsão vedando a participação da concessionária — inclusive dos seus acionistas controladores⁴⁸⁶ — na nova licitação parece ter sido o modo encontrado pelo legislador, como visto acima, para afastar falhas geradas pelo risco moral. Isso porque, se admitida a sua participação, a concessionária poderia não se esforçar o bastante para cumprir o contrato quando pretendesse alterar as suas bases para condições que lhes fossem mais favoráveis. O

⁴⁸⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 209. Uma interessante constatação sobre a importância da AIR, que pode ser muito bem transportada para o estudo dos contratos se encontra no trabalho formulado por Delia Rodrigo, no âmbito da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD): “*Regulatory Impact Analysis (RIA) examines and measures the likely benefits, costs and effects of new or changed regulations. It is a useful regulatory tool that provides decision-makers with valuable empirical data and a comprehensive framework in which they can assess their options and the consequences their decisions may have. A poor understanding of the problems at hand or of the indirect effects of government action can undermine regulatory efforts and result in regulatory failures. RIA is used to define problems and to ensure that government action is justified and appropriate*”. RODRIGO, Delia. **Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for developing countries**. OECD, 2005. p. 5.

⁴⁸⁶ A vedação legal, aliás, foi bem ampla, na forma do artigo 16 da Lei 13.448/2017: “São impedidos de participar do certame licitatório da relicitação de que trata esta Lei: I - o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução do contrato de parceria; II - os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria titulares de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação. Parágrafo único. As vedações de que trata este artigo também alcançam a participação das entidades mencionadas: I - em consórcios constituídos para participar da relicitação; II - no capital social de empresa participante da relicitação; III - na nova SPE constituída para executar o empreendimento relicitado”.

Poder Concedente, por sua vez, não teria como avaliar se, de fato, o contrato, tal como formulado, seria inexecutável.

Essa opção, contudo, acaba gerando outro efeito: a diminuição concorrencial na fase licitatória. Notadamente em momentos de crise econômica, não são muitas as sociedades que ainda podem assumir contratos de grande monta, tais quais os de infraestrutura. Fato é que a lei fez uma opção, a qual pode, todavia, se mostrar prejudicial no futuro próximo.

Cumpridos os requisitos, como já apontado linhas acima, os parceiros firmarão termo aditivo para disciplinar o processo de revisão. Esse termo, além de ser um instrumento essencial para conferir segurança à Administração e ao contratado, representa a estabilidade necessária para todas as relações que gravitam em torno desse contrato. Ademais, o termo regulamenta um dos fatores econômicos mais importantes do instituto: a continuação da execução da atividade pelo parceiro privado durante o processo de nova licitação.

Não obstante a previsão de suspensão das obrigações de investimentos, a qual deve ser considerada pelo Poder Público como um fator econômico negativo ao optar pela relicitação, o afastamento da assunção do objeto pela Administração é fator determinante para esse cálculo. Conforme havia sido defendido anteriormente neste trabalho, o ônus argumentativo do Governo Federal em optar pela caducidade — caso seja possível a consensualidade — torna-se muito maior. No caso da relicitação, o Poder Público pode voltar seus esforços e recursos à remodelagem do contrato inexecutável.

Outro fator econômico relevante que pode ser estabelecido no termo aditivo é a previsão de pagamento da indenização pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados (descontadas as multas) pela nova concessionária. Veja-se que se trata da mesma indenização prevista no caso de caducidade, com a diferença, extremamente significativa, de poder não ser arcada pelo Poder Público⁴⁸⁷.

Ainda no âmbito do termo aditivo, a lei trouxe disposição que afasta um risco já avaliado do procedimento da caducidade: a judicialização. Diversamente da hipótese prevista pela Lei nº 8.987/1995, as partes que ajustarem sua participação na relicitação, firmam compromisso arbitral, submetendo-se à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos, assegurando-se segurança e rapidez na composição de eventuais desavenças.

⁴⁸⁷ Não se ignora o fato de que essa indenização integrará o custo da nova licitação, mas de toda sorte, além de poder ser diluída com outros custos e receitas, afasta-se a necessidade de retirada imediata de valores diretamente do erário.

Há, contudo, dois custos relativos ao tempo, que devem ser considerados na adoção do procedimento de relicitação. A lei exige a submissão dos estudos técnicos à consulta pública para fins de sugestões. O prazo mínimo para sua realização, por sua vez, será de 45 dias⁴⁸⁸. Também devem ser considerados os custos envolvidos na submissão do processo à avaliação dos aspectos técnicos pelo Tribunal de Contas da União. Ambos podem ser enquadrados como custos necessários da medida.

A comparação dos resultados de ambas as medidas também é um relevante fator de escolha. A caducidade gera, pelo menos, três resultados relevantes: (i) a assunção do objeto pelo Poder Público, (ii) o pagamento posterior de indenização ao particular e (iii) a provável realização de uma nova licitação.

Uma vez decretada a caducidade, é o Poder Público que passa subsidiar a própria prestação da atividade. O que fará considerando não só os recursos que serão despendidos até a realização de uma (provável) nova licitação, mas também todas as amarras orçamentárias a que está sujeita, como o estabelecimento de rubricas, realização de empenhos e liquidação de despesas.

Outro resultado decorrente da imposição do fim do contrato por caducidade será o pagamento ao parceiro privado de uma indenização. Embora essa compensação ocorra posteriormente ao fim do ajuste — diversamente do que ocorre na encampação, por exemplo —, ainda assim, envolverá dispêndio de recursos públicos. Nesse caso, contudo, como explica Fernando Vernalha Guimarães, a indenização não englobará os lucros cessantes ou perdas sofridas pelo parceiro privado decorrentes do seu inadimplemento, ficará limitada às parcelas não amortizadas ou depreciadas de bens⁴⁸⁹.

Para além dos custos financeiros, a apuração da indenização envolve outros custos de transação. Evidentemente, o seu cálculo dependerá de dados que são detidos pelo parceiro privado, e como se trata de uma imposição unilateral e não um instrumento consensual, podem ocorrer falhas decorrentes da assimetria de informação existente, inclusive pela atuação oportunista do contratado.

O terceiro resultado é a provável realização de uma nova licitação para que a Administração não permaneça prestando a atividade por um longo período. Além do tempo envolvido na sua realização, a qual conta com uma fase interna e outra externa, exige robusta mobilização e dispêndio de recursos por parte da Administração. Tudo isso irá ocorrer, ainda,

⁴⁸⁸ Aqui, remete-se ao item 3.1.2, no qual se destacou a crítica feita ao incremento da participação popular, pela burocratização das medidas.

⁴⁸⁹ GUIMARÃES. Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 363.

sem contar com as informações detidas pelo antigo contratado, o qual poderia apontar falhas de modelagem e estruturação, fato que eleva ainda mais os custos da medida.

Os resultados decorrentes da relicitação, por sua vez, podem até ser bem próximos da caducidade, mas algumas diferenças são essenciais sob o ponto de vista econômico. O pagamento da indenização, por exemplo, também envolverá os investimentos realizados e não amortizados, a fim de afastar o locupletamento da Administração. Mas como visto acima, além de contar com a colaboração do particular na sua quantificação, também poderá ser arcada não com recursos públicos, mas pelo novo contratado.

Tal como na caducidade, na relicitação haverá a realização de uma nova concorrência. A primeira diferença, contudo, decorre da não solução de continuidade, já que não haverá necessidade de assunção do objeto pela Administração. Assim, embora o custo do tempo gire em torno do período necessário para a realização do novo processo licitatório⁴⁹⁰ e assunção do objeto pelo novo contratado, o parceiro antigo permanecerá prestando a atividade até a adjudicação do novo contratado.

Aliás, como a necessidade de justificativa econômica e a redução da assimetria de informação são a tônica do instituto, estas também irão se refletir no processo de elaboração da nova licitação, para qual, inclusive, o Poder Público terá que promover estudo técnico, seguindo os parâmetros estabelecidos em lei⁴⁹¹, por meio da apresentação clara e objetiva de custos, receitas e despesas que servirão de base para a modelagem do próximo Edital e o respectivo contrato.

A segunda diferença com relação à caducidade é que esse estudo contará, também, com as informações prestadas pelo próprio parceiro privado, que deverá apresentar as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e os eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato, bem como todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços.

⁴⁹⁰ Esse processo, aliás, está dimensionado para ocorrer em 24 meses, que é o prazo estabelecido pela lei para a retomada ou início do processo de caducidade, na hipótese de não existirem interessados na nova licitação (art. 20, §1º da Lei 13.448/2017).

⁴⁹¹ Esses parâmetros estão previstos, de forma não exaustiva, no §1º, do art. 17 da Lei 13.448/2017: “Sem prejuízo de outros elementos fixados na regulamentação do órgão ou da entidade competente, deverão constar o estudo técnico de que trata o caput deste artigo: I - o cronograma de investimentos previstos; II - as estimativas dos custos e das despesas operacionais; III - as estimativas de demanda; IV - a modelagem econômico-financeira; V - as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; VI - as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; VII - o levantamento de indenizações eventualmente devidas ao contratado pelos investimentos em bens reversíveis vinculados ao contrato de parceria realizados e não amortizados ou depreciados.

São informações, aliás, que evitam os problemas de modelagem e alocação de riscos que se tem verificado atualmente, posto que o Poder Público não costuma deter toda a *expertise* e conhecimento quando lança o Edital. Permitem, ainda, que Poder Público avalie alterações regulatórias diante da experiência relatada pelo antigo parceiro. Essa interação é de extrema relevância, porque a opção pela relicitação pode significar a escolha por uma contratação em condições bem menos favoráveis do que a anterior. Explica-se: se foi necessário realizar novo procedimento licitatório diante da inexecutabilidade do contrato, a razão pode estar no incorreto dimensionamento da sua racionalidade econômica, a resultar em condições menos favoráveis — só que exequíveis — do novo edital. Isso também deverá fazer parte do cálculo da Administração.

Considerando, assim, os tramites e resultados de ambas as medidas, não se pode deixar de mencionar o contexto de crise econômica que envolve a escolha pública. Cada custo, então, precisará ser ponderado e considerado pelo impacto que pode vir a gerar nas finanças estatais. Esse cenário, aliás, também envolve o particular, que se encontra em momento de fragilidade econômica, e eventual imposição de sanções pode significar a sua derrocada, prejudicando, ainda mais, a prestação do objeto concedido. Não por outro motivo, em termos de teoria econômica, situações excepcionais — como a crise — podem aproximar as partes de tal forma a diminuir consideravelmente os custos de transação envolvidos nas medidas que serão adotadas.

É isso que se espera da relicitação, a aproximação entre as partes de modo a diminuir custos de transação para atingir resultados economicamente mais eficientes. Esse panorama, contudo, depende de que, na prática, as partes atuem de modo a colaborar uma com a outra, de forma a efetivamente diminuírem os custos envolvidos. Não foi isso o que ocorreu, por exemplo, no caso da concessão envolvendo o Aeroporto de Viracopos, em Campinas. Em 31 de julho de 2017, a concessionária, signatária do contrato nº 003/ANAC/2012, apresentou à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (contratante), pedido para que fosse estudada a sua qualificação no âmbito do PPI, para fins de submissão ao processo de relicitação⁴⁹². Tal provocação, todavia, não foi respondida pela Agência, que, em 09 de fevereiro de 2018, iniciou o procedimento para a decretação de caducidade do ajuste.

Veja-se que a contratante não está obrigada a entabular o acordo com o particular. Pode ser, por exemplo, que não se entenda que aquele projeto se qualifica no âmbito do PPI, ou ainda,

⁴⁹² Dados retirados do Mandado de Segurança nº 35661, impetrado por Aeroportos Brasil Viracopos com vistas a solicitar a análise do seu pedido de relicitação, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5446001>. Acesso em: 12 dez. 2018.

que o inadimplemento não decorra de uma inviabilidade superveniente, mas de uma formulação equivocada da proposta, a gerar sanção e não acordo. De toda forma, para que medidas como essa possam dar certo, a Administração precisa atuar da forma como se tem defendido nesse trabalho, menos voltada para a atuação verticalizada e mais dirigida a soluções negociadas. A resposta célere (ainda que negativa) à proposta de acordo seria reflexo disso. Afinal, os contratos públicos não são atos unilaterais e tampouco um fim em si mesmos.

De toda forma, o desenho trazido pela lei apresenta notas interessantes do novo instituto e do que ele representa ao Direito Administrativo contemporâneo. Em primeiro lugar, aproxima-o da análise econômica, tornando determinante a avaliação de custos e benefícios da ação estatal. Em segundo lugar, afasta-se da lógica sancionatória, que acompanha os institutos de rescisão contratual, admitindo-se a possibilidade de o contrato ter se tornado inexecutável sem que o parceiro privado tenha atuado culposamente nesse sentido. E, por último, mas não menos importante, representa o desenvolvimento de medidas alternativas, flexíveis e consensuais para lidar com a incompletude e dinamismo dos contratos de longo prazo.

Assim, se utilizada da forma como estruturada, a relicitação pode ser, sim, a opção mais eficiente em termos de custos de transação e resultados.

CONCLUSÃO

Os últimos anos têm se mostrado especialmente desafiadores no âmbito das parcerias complexas e de longo prazo, especialmente as que envolvem infraestrutura. Ao mesmo tempo que a Administração se vê diante da perda de investimentos em concessões firmadas há muitos anos, presencia a inviabilidade de contratos com menos de cinco anos de vigência.

A crise econômica traz para o centro do debate esses ajustes. Mais contratos serão firmados, em busca de fomento à economia, outros serão revistos, dada as alterações regulatórias exigidas pelo novo contexto, e o Poder Público terá que enfrentar a fragilidade econômica dos parceiros privados e a escassez dos seus próprios recursos. Coloca-se, assim, em evidência a postura da Administração perante as suas escolhas.

Diante dessa conjuntura, o Governo Federal editou as Medidas Provisórias nºs 727/2016 e 752/2016, posteriormente convertidas nas Leis nºs 13.334/2016 e 13.448/2017. A primeira, ao criar o Programa de Parceria de Investimentos – PPI, estabeleceu como diretrizes primordiais a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica dos ajustes submetidos ao novo regramento. A intenção é atrair investimentos e estreitar relações com a iniciativa privada. A segunda, traduziu esses objetivos e premissas em postulados práticos, ao tratar da prorrogação (antecipada e premial) e relicitação das parcerias. Ambos os institutos representam incentivo ao reconhecimento da consensualidade na atuação estatal.

Foi com base nessas constatações — crise, parcerias complexas, de longo prazo e reconhecimento de instrumentos consensuais — que o presente trabalhou investigou como a adoção da prorrogação antecipada e da relicitação podem representar uma necessária e gradativa mutação na teoria dos contratos públicos, quiçá no próprio Direito Administrativo brasileiro.

Mas como tratar dos contratos a partir de uma nova perspectiva, sem desconstruir alguns dogmas que lhes são praticamente inerentes? Partindo-se dessa premissa investigou-se as origens da teoria contratual pública para demonstrar que não foi a natureza intrínseca desses contratos que teria justificado a sua autonomia em relação aos contratos privados. A distinção original era meramente formal, visando separar os ajustes entre as jurisdições administrativa e comum. Somente após essa divisão pragmática, a literatura — notadamente a francesa — passou a introduzir a ideia de diferença

substancial entre os contratos, a qual acabou servindo para justificar, não apenas a submissão à jurisdição administrativa, mas a possibilidade de a Administração se valer da sua supremacia nas relações contratuais.

A partir dessa constatação, foi possível concluir que a ausência de uma condição intrínseca que faz desses ajustes contratos públicos, legitima a perspectiva estabelecida nesse trabalho de que as prerrogativas da Administração não são inerentes ao próprio contrato, não decorrem naturalmente do ajuste firmado com o particular. O que se tem, é a Administração como parte de uma relação contratual cuja característica “protetiva” aplicada a seu favor pode variar de intensidade.

E assim, considerando mais essa premissa teórica, pôde-se realizar a análise da afirmação de que os contratos administrativos não estão sujeitos a um regime jurídico único, o qual se aplica a todo e qualquer tipo de ajuste. De fato, como se pode constatar no estudo, há um regime jurídico geral de contratação pública estabelecido pela Lei nº 8.666/1993. Esse, contudo, não é o único regime e, principalmente, não deve ser aplicado indistintamente.

Os regimes convivem, mas é a racionalidade por detrás de cada ajuste que poderá definir qual arcabouço jurídico lhe será aplicado. A lógica do regime geral, por exemplo, é mais voltada para a imperatividade e atuação unilateral do Poder Público, o que não se compatibiliza com as parcerias de longo prazo e complexas, as quais demandam soluções mais flexíveis e adequadas a sua mutabilidade.

Diante do reconhecimento dos regimes especiais, buscou-se investigar se as Leis Federais nºs 13.334/2016 e 13.448/2017 representariam, assim, um novo regime jurídico no âmbito das contratações públicas. A conclusão foi no sentido de que os atos normativos não estabeleceram nova modalidade contratual para a Administração. Formam, de fato, um movimento importante na construção de um regime jurídico próprio para disciplinar relações distintas dos contratos regidos pelo regime geral. O novo regramento uniu ajustes com características semelhantes e trouxe regras capazes de estabelecer um norte para a interpretação e aplicação das suas disposições, representando, assim, um regime jurídico especial e experimental para as parcerias complexas, de longo prazo, do setor de infraestrutura. Formou-se um microssistema de regras próprias passíveis de serem posteriormente estendidas, caso verificada a sua efetividade prática.

Dessa análise, foi possível extrair que as novas regras não se configuram propriamente um regime jurídico para a crise, mas um regime decorrente da crise. Embora o contexto econômico tenha tornado possível essa iniciativa, restou demonstrado que os

institutos estabelecidos poderão ser utilizados ainda que não se esteja diante dos efeitos da crise, pois refletem, em boa medida, a mutação do Direito Administrativo e a tentativa de desenvolver soluções menos padronizadas, mais voltadas para a consensualidade e eficientes.

Para traçar as linhas iniciais dessa mudança de paradigma, foram apresentados os requisitos e as premissas legalmente exigidos quando da aplicação dos institutos unilaterais da encampação e caducidade, que possuem lógica distinta dos novos institutos. Com isso, foi possível estabelecer que a Administração, atualmente, possui mais alternativas para atuar diante dessas parcerias, o que demanda do Poder Público uma postura preocupada com os custos e resultados envolvidos na sua escolha.

Esse fato levou o estudo a analisar essas parcerias complexas e de longo prazo sob uma perspectiva não apenas jurídica, mas econômica. A relação de intercambialidade entre as ciências permitiu demonstrar a possibilidade de trazer mais elementos de racionalidade (econômica) à escolha jurídica, de modo a afastá-la de uma lógica de mera conformação legislativa e avocação de valores abstratos, para uma lógica de custos e resultados.

A primeira medida nesse sentido foi confirmar a afirmação de que os contratos administrativos são efetivamente contratos e não atos unilaterais. Dessa declaração decorreram três constatações distintas (mas complementares): uma de ordem histórica, outra interpretativa e a última de ordem prática. Historicamente, o tema foi enfrentado do ponto de vista das concessões. Embora legalmente já tenham sua natureza contratual reconhecida, muito já se discutiu se esses ajustes seriam atos unilaterais, contratos ou atos dos quais decorre um contrato. A posição adotada é a de que se tratam de contratos administrativos, que surgem da comunhão de vontade das partes — ainda que não se desconheça a possibilidade de se reconhecer, em determinados momentos, certo desequilíbrio a favor do Poder Público.

A abordagem interpretativa decorreu dessa afirmação contratual, de modo que fosse possível verificar se, na prática, a Administração atua como se estivesse em uma relação bilateral ou como mera prolatora de um ato administrativo unilateral. Nesse contexto, enfrentou-se a questão das cláusulas exorbitantes, de forma a demonstrar que sob uma perspectiva de consensualidade, negociação e eficiência, de um novo Direito Administrativo, o eixo do debate quanto às prerrogativas estatais deve ser deslocado do seu fundamento para a sua justificativa. É dizer, as cláusulas existem, mas é preciso

discutir como e quando utilizá-las. Transferiu-se, assim, a tônica das prerrogativas para a sua motivação.

Com isso, defendeu-se a impossibilidade de que tal justificativa estivesse restrita à menção genérica do interesse público. Afinal, toda escolha Administrativa tem um custo e a motivação baseada em fundamentos teóricos de difícil definição acaba por se traduzir em preço. Estabeleceu-se, assim, a ausência de espaço para o uso indiscriminado das prerrogativas estatais. Hoje, é preciso partir de um novo pressuposto, o de que o desequilíbrio entre o parceiro público e o privado não necessariamente se traduz em vantagem para a Administração. Daí a necessidade aproximação com a economia, para que, até mesmo quando forem utilizadas as cláusulas exorbitantes, possa ser justificada pelos custos de transação e resultados envolvidos.

Quanto ao aspecto prático, foi possível demonstrar a necessidade de se estabelecer uma verdadeira relação de parceria e colaboração com o parceiro privado, retirando-o da posição de submissão, que não cabe em um contrato. Essa perspectiva é ainda mais cara no âmbito dos contratos administrativos complexos e de longo prazo.

Isso porque, esses ajustes têm uma racionalidade própria e, como tal, devem ser interpretados e aplicados. O prazo diferido no tempo, que inclusive representa a equação econômica do ajuste, será determinante para se reconhecer uma necessária natureza mutável. Ao passar dos anos, outras necessidades vão surgir, ajustes regulatórios ficarão ultrapassados e os contratos precisarão ser revistos. A esse cenário, integra-se, ainda, a sua complexidade. Elemento que não tem apenas contornos financeiros, mas envolve o próprio alcance dos seus efeitos. São contratos que geram uma multiplicidade de interações, formando uma rede de relações jurídicas que gravitam em torno do ajuste inicial.

Essa complexidade estendida no tempo, por sua vez, torna muito difícil a celebração de contratos completos, nos quais as partes possuam todas as informações necessárias, dividam todos os riscos de forma objetiva — segundo aquele que melhor possa suportá-los —, e, ainda, não estejam sujeitas à fatores imprevistos (internos ou externos), capazes de alterar o seu equilíbrio inicial. Foi nesse ponto que se introduziu às parcerias administrativas a teoria econômica dos contratos incompletos.

A completude para esses ajustes é um ideal inatingível. Deve-se, contudo, buscar uma *completude ótima*, eficiente. Não se trata de admitir um inacabamento contratual resultante de uma insuficiente ou irregular alocação de risco. Mas de reconhecer a incompletude contratual decorrente de vultosos gastos com sua elaboração, como meio

de reconhecer-lhe flexibilidade para mudança e como forma de admitir futuras negociações.

Assim, estabeleceu-se que os contratos complexos e de longo prazo são incompletos, e como tal precisam ser flexíveis para admitir mudanças. No exercício dessa mutabilidade, a Administração precisa considerar os custos de transação e os resultados de suas escolhas.

Por isso, foram enfrentados, além do custo financeiro da medida, o custo de oportunidade, de tempo e de informação a serem enfrentados pela Administração. Nesse ponto, foram avaliadas as possíveis falhas decorrentes da assimetria informativa nos contratos públicos (como a seleção adversa, o risco moral e o *hold up*). E, diante da constatação de que esses custos são elevados e complexos, estabeleceu-se mais um passo para a escolha pública eficiente: a análise dos resultados práticos decorrentes da medida, ultrapassando a mera intuição, podendo ser posteriormente verificada e comprovada, trazendo segurança e estabilidade para a atuação estatal.

Ainda sob a perspectiva econômica, demonstrou-se que a Administração precisa estar preparada para lidar com as lacunas contratuais também de forma eficiente. Estabeleceu-se, assim, que o fato de ser conferida ao Poder Público a decisão residual para solucionar problemas decorrentes do inacabamento contratual, não afasta a possibilidade de serem desenvolvidos mecanismos de atuação para além da imposição da vontade estatal. Por isso, demonstrou-se a possibilidade de se utilizar, também nos contratos administrativos, outro instrumental fornecido pela teoria econômica, a abordagem relacional. A partir dessa concepção, promove-se um incentivo à mútua colaboração, sob a ótica da solidariedade, confiança e cooperação.

Assim, diante da impossibilidade da redução das incertezas e neutralização de todos os riscos, opta-se pelo desenvolvimento de práticas capazes de estabelecer uma relação flexível e consensual entre os participantes, a fim de solucionar eventuais questões por meio de um processo de negociação, com vistas a maximizar a eficiência e a própria racionalidade do contrato.

Sob esse prisma de aproximação entre as partes, demonstrou-se que a crise econômica pode funcionar como um fator importante em termos de desenvolvimento de uma cultura de consensualidade e negociação no âmbito dos contratos públicos. Isso porque, o cenário adverso é responsável por alterar todo o contexto de estruturação dos ajustes, provocando reflexos não previstos nessas relações. Os problemas daí decorrentes podem ser resolvidos de forma mais eficiente se, além da colaboração do contratado com

a Administração para atingir o interesse público, também se exija que o parceiro público atue de modo a colaborar com o privado, adotando medidas de gestão contratual que sejam adequadas para mitigar o risco de degradação da sua situação econômica.

Foi nessa conjuntura, como visto, que foram editadas as Leis nº 13.334/2016 e nº 13.448/2017. A partir da utilização do instrumental econômico anteriormente apontado, foi possível concluir que os novos diplomas representam um avanço em termos de contratação pública. A primeira trouxe a perspectiva da estabilidade e segurança jurídica das parcerias complexas e de longo prazo. A segunda, ao tratar de mecanismos como a prorrogação antecipada e a relicitação, trouxe expressamente para o âmbito da atuação administrativa a necessidade de se analisar custos e resultados das suas escolhas, além de criar incentivos para a cooperação e renegociação.

Essa constatação pode ser comprovada diante da análise, sob o ponto de vista econômico, realizada entre a prorrogação antecipada e a encampação, bem como entre a relicitação e a caducidade.

O primeiro instrumento enfrentado foi a prorrogação antecipada, quando se teve oportunidade de afirmar a sua legitimidade e diferenciá-lo dos outros tipos de prorrogação: a premial e a corretiva/reequilíbrio. Estabeleceu-se, ainda, os limites da sua aplicação, demonstrando-se que se trata de uma medida voltada à ampliação de investimentos — decorrentes de novas demandas regulatórias —, em contratos em vigor, que estejam sendo corretamente cumpridos pelo parceiro privado. De fato, a sua característica mais relevante é funcionar como um instrumento capaz de flexibilizar a estabilidade do contrato e admitir a sua adequação ao tempo presente e à constante mutação regulatória.

A partir dessa delimitação, foram descritos os requisitos legais exigidos para a sua implementação e realizado o exame comparativo em relação à encampação. Ao final, foi possível constatar que, considerando os custos de transação envolvidos e os resultados práticos perseguidos, a prorrogação antecipada é, de fato, mais eficiente do que a utilização unilateral da encampação.

Na sequência, foi apreciada a relicitação, que representa inovação trazida pela Lei nº 13.448/2017. Configura-se, como se teve oportunidade de observar, um importante instrumento de renegociação que leva à extinção do ajuste, admitindo no seu transcorrer a transferência organizada da parceria sem que haja prejuízos aos usuários e para a sociedade.

A delimitação do âmbito de aplicação da medida, é uma das conclusões mais relevantes retiradas do seu estudo. A relicitação não pode ser utilizada como forma de transferir ao parceiro público o risco do empreendedor. Será um instrumento eficiente quando for usada, sob a perspectiva do particular, como medida para sanar situações em que o inadimplemento decorre de fatos alheios ao seu controle e que o levem a uma situação de incapacidade comprovada de cumprimento. Sob o ponto de vista do poder público, por sua vez, será aplicável quando a situação de anormalidade que gera a inviabilidade contratual seja de tal monta que o faça alterar premissas e diretrizes regulatórias a serem aplicadas e a própria modelagem do ajuste a resultar em um novo contrato.

A eficiência mencionada, por sua vez, foi comprovada pela comparação entre a relicitação e a prerrogativa estatal de decretação da caducidade. A análise dos custos de transação e resultados de cada medida levou a conclusão que, de fato, é mais eficiente ao Poder Público, se verificadas as condições de aplicação da medida, reliciar.

O novo diploma e os instrumentos nele previstos refletem, assim, a mudança pela qual passa o Direito Administrativo: a busca por soluções flexíveis e consensuais que levem à Administração a ocupar outra posição nos contratos públicos. Transfere-se o eixo da verticalização, *per se*, das relações envolvendo o Poder Público, para o desenvolvimento de soluções acordadas entre as partes, que, efetivamente, sejam eficientes diante do interesse geral perseguido.

Portanto, por meio da adoção da prorrogação antecipada e da relicitação aproxima-se o Direito Administrativo da análise econômica, tornando determinante a avaliação de custos e resultados da ação estatal, bem como permite-se o desenvolvimento de medidas alternativas, flexíveis e consensuais para lidar com a incompletude e dinamismo dos contratos de longo prazo.

Não há dúvidas que os instrumentos representam, tal como antecipado, um importante passo na alteração das diretrizes clássicas do Direito Administrativo. A consensualidade, a negociação e a eficiência vão gradativamente ganhando o espaço da supremacia, imperatividade e unilateralidade.

REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. (Org.). **Cost-benefit analysis**: legal, economic, and philosophical perspectives. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *In: The Quarterly Journal of Economics*. v. 84, nº 3, p. 490, aug. 1970. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=00335533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>. Acesso em: 05. OUT. 2018..

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. t. I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contratos Administrativos. *In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AMARAL. Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos – novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/campinas>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/-noticias/2015/viracopos-tera-que-pagar-outorga-total-em-2015>. Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/-noticias/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Disponível em: http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/2018/portaria-no-2829-sia-11-09-2018/@@display-file/arquivo_norma/PA2018-2829.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

ANTT – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Disponível em: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/-America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Disponível em: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha_Paulista_SA.html. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Disponível em:
http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/America_Latina_Logistica_Malha-Paulista_SA.html. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Disponível em:
http://www.antt.gov.br/rodovias/Galvao_BR153/Concessionaria_de_Rodovias_Galvao_BR153.html. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Via_040/Index.html. Acesso em: 22 dez. 2017.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da eficiência. *In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*. 237, jul./set. 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____; FIDALGO, Carolina Barros. Regime Jurídico da autorização portuária no Brasil. *In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). A nova regulação de infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferroviários e rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina. Janeiro, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAJARI Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Adaptation Costs. *In: The American Economic Review*. v. 104, n. 4, abr. 2014.

_____; TADELIS, Steven. Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts. *In: The RAND Journal of Economics*. v. 32, nº 3, aut. 2001.

_____; _____. Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations in procurement. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006.

BANDEIRA, Paulo Greco. **Contrato Incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano. (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Alteração dos contratos de concessão rodoviárias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: v. 4, nº 15, jul./set. 2006.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *In*: A concessão de Serviços públicos e os contratos administrativos. **Revista de Direito Público- RDP**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 11, jan./mar. 1970.

BAZERMAN, Max H.; SAMUELSON, William F. **I won the auction but don't want the prize**. **Journal of Conflict Resolution**, v. 27, n. 4, 1983.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: a transformações políticas jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Bahia: nº 26, mai./jun./jul. 2001, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10. DEZ. 2018.

_____. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm. Acesso em: 10. DEZ. 2018.

_____. **Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm. Acesso em: 10. DEZ. 2018.

_____. **Parecer nº 00034/2015/DEPCONS/PGF/AGU**, da Advocacia Geral da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/pareceres>. Acesso em: 10. MAR. 2018.

_____. **Exposição de Motivos da MP nº 727/2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-727-16.pdf. Acesso em: 2 maio 2018.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** 9ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. t. I. Coimbra: Almedina, 1983.

_____. **Manual de direito administrativo.** t. II. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1970.

BRASIL DEBATE. Disponível em: http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/NotaCecon1_Choque-recessivo-2.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choice:** the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Relações Jurídicas Poligonais: ponderações ecológicas de bens e controlo judicial preventivo. In: **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente.** Lisboa: IDUAL, nº 1, jun./1994.

CARVALHO, Juliene Erthal de. A natureza jurídica da autorização para a exploração da infraestrutura portuária. In: CESAR PEREIRA, Rafael Wallbach Schwind (Coord.) **Direito portuário brasileiro:** lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

CASESSE, Sabino. **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI.** Belo Horizonte: Interesse Público, v. 5, n. 24, mar. 2004.

_____. **La globalización jurídica.** Madri: Marcial Pons, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro - parte especial**. 2ª ed, v. II, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. p.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 3, n. 12, out./dez., 2005.

_____. **O Estado Pós-moderno**. Tradutor Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *In: Economica*. v. 4, nov. 1937.

_____. The problem of social cost. *In: The economic structure of the law: the collected economic essays of Richard A. Posner; Francesco Parisi*. Cheltenham Edward Elgar. 2000.

COLLINS, Hugh. **Regulating contracts**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6th edition. Barkeley Law Books, Book 2. 2016. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 20 AGO. 2018.

_____; _____. **Law and economics**. 2ª Ed. reprinted with corrections. Massachusetts: Addison-Wesley, 1998.

CORREIA, Jorge Alves; LEITÃO, Ana Carolina da Costa. A regulação pública como limite à autonomia de vontade no direito contratual. **Revista Brasileira de Direito Público – RDP**. Belo Horizonte: a. 14, n. 52, jan./mar. 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

CORREIA, Manuel Sérvulo. Os princípios constitucionais da administração pública. *In: CORREIA, Manuel Sérvulo. Estudos vários*. v. 1. Estudo nº 7, publ. em: Estudos sobre a constituição, v. 3, 1979.

CRETELLA Jr., José. *In: As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. Revista de Direito Público- RDP*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 76. 1981.

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**. Chicago: v. 11, abr. 1968.

DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - PR. Disponível em: <http://www.der.pr.gov.br/-arquivos/File/contratoLote01.pdf>. Acesso em: 10. SET. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 11ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Atlas, 2017.

DURÇO, Fábio Ferreira. **A regulação do setor ferroviário brasileiro: Monopólio natural, concorrência e risco moral**. 2011. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Escola de Economia de São Paulo - EESP, 2011.

EIRÓ, Vera. Contratação Pública e crise. *In: A crise e o direito público*: VI Encontro dos professores portugueses de direito público. GONÇALVES, Pedro (Org.). Lisboa: ICJP-FDUL, 2013.

EPL – EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. Disponível em: <http://www.epl.gov.br/ferrovias2>. Acesso em: 08 maio 2018.

E-SIC. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/ConsultaPedido.aspx>. Acesso em: 25 set. 2018.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade administrativa de direito privado da Administração pública. Livraria Almedina: Coimbra, 1996.

_____. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade administrativa de direito privado da Administração pública. Livraria Almedina: Coimbra, 1996.

_____. **Direito Europeu dos Contratos Públicos**: um olhar português. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. (Org.). **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed., t. 4. São Paulo: Malheiros, 2004.

FEDERAL RESERVE. Disponível em: https://www.federalreservehistory.org/essays/subprime_mortgage_crisis. Acesso em: 02 maio 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano de Souza de Albuquerque. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração dos contratos de concessão. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 2, n. 8, out/dez. 2004.

FGV. Disponível em:

https://geisa.fgv.br/sites/geisa.fgv.br/files/u49/estudo_vantajosidade_final_grupo_de_economia_vf_limpa_.pdf. Acesso em: 14 jun. 2018.

FGV IBRE. Disponível em:

<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumaPageId=4028808126B9BC4C-0126BEA1779E6CAA>. Acesso em: 18 maio 2018.

FIUZA, Eduardo P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas.

In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil**: É tempo de rever regras? Rio de Janeiro: RJ, 1. v. 1, 2009.

FREITAS, Juarez. Direito da Regulação: avaliação de impactos de longo prazo. *In*: **Interesse Público**. v. 89, 2015.

FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. **Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF**. Belo Horizonte: a. 5, n. 10, jul./dez. 2016.

_____. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *In*: **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte: a. 15, n. 59, jul./set. 2017.

_____. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. O Regime Jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 50, abr./jun. 2015.

_____; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **O que a Análise Econômica do Direito tem a ver com os contratos administrativos?** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/o-que-a-analise-economica-do-direito-tem-a-ver-com-os-contratos-administrativos>. Acesso em: 11 ago. 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. A mutabilidade e a incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Belo Horizonte: a. 3, n. 5. mar./ago. 2014.

_____. Direito contratual em tempos de crise. **Revista Zênite ILC – informativo de licitações e contratos**. Curitiba: Zênite, n. 275, jan. 2017.

_____. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. Supremacia do Interesse público “versus” igualdade. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Obrigações**. BRITO, Edvaldo Pereira de. (Coord.). 18ª ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Pedro António P. Regulação Administrativa e contrato. *In*: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. MIRANDA, Jorge (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, v. II, 2010.

GONÇALVES, Pedro da Costa. Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato. *In*: **Cadernos de Justiça Administrativa**, nº 73, jan./fev., 2009.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Gestão de contratos públicos em tempo de crise**. GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GOVERNO DO BRASIL. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/-editoria/infraestrutura/2015/06/-expansao-ferroviaria-e-estrategica-para-retomada-do-crescimento>. Acesso em: 08 abr. 2018.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. *In: Journal of Political Economy*. 94, 1986.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Prorrogação das concessões no Setor Elétrico e seus impactos na reversão de bens e indenizações à luz da lei nº 12.783/2013. *In: Temas relevantes no direito de energia elétrica*. ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). 1ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

_____. Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In: GUERRA, Sérgio (Org.). Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

_____. Sociedade de riscos e incertezas: o controle judicial sobre as escolhas regulatórias. *In: Interesse Público*. Belo Horizonte: v. 18, n. 95, jan./fev. 2016.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. *In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, abr./jun. 2017.

_____. Fundamentos constitucionais para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *In: Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte: a. 3, nº 4, set. 2013/fev.2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para a recomposição. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HALL, David. **Economic crisis and public services**. Disponível em: <http://www.psiru.org/-/publications.html>. Acesso em: 19 mar. 2018.

HART, Oliver D. Incomplete contracts and control. *In: American Economic Review*. 2017.

_____; MOORE, John. Foundations of Incomplete. *In: Review of Economic Studies*. 66, p. 15-138, 1999.

_____; _____. **Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts.** American Economic Review. 1997.

_____; _____. Incomplete contracts and renegotiation. *In: Econometrica.* v. 56, n. 4, p. 755, jul. 1988.

_____; _____. Property Rights and the Nature of the Firm. **Journal of Political Economy.** 98, 1990.

_____; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons. *In: Quarterly Journal of Economics.* 112, 1997.

HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. The Law and Economics of Contracts. **Columbia Law and Economics Working Paper nº. 296.** Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=907678>. Acesso em: 12. AGO. 2018.

JÈZE, Gaston. **Les contrats administratifs:** de l'état, des départements, des communes et des établissements publics / Gaston Jèze. - Paris : Marcel Giard, 1932.

JUCÁ, Paulo Renato. A Lei nº 12.815/2013: veneno ou remédio? A regulação do setor portuário. *In: GUERRA, Sérgio. (Org.). Teoria do Estado Regulador.* v. III, 1ª ed., Curitiba: Juruá, v. 3, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In: Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). 2018.

_____. **Comentários às leis de licitação e contratos administrativos.** 17ª ed. rev. atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público.** São Paulo. Dialética, 2003.

_____. **Teoria Geral das concessões de serviços públicos.** São Paulo: Dialética, 2008.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Funções administrativas do Estado. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de Direito Administrativo.* v. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KLEIN, Benjamin. The Role of Incomplete Contracts in Self-Enforcing Relationships. *In: The economics of contracts: theories and applications*. Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant, eds., Inglaterra: Cambridge University Press, 2002.

LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 277, n. 2, maio/ago. 2018.

LAUBADÈRE, André de. **Direito público económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In: Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

LIMA, Eduardo da Costa. Prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário. *In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte: a. 15, n. 175, jul. 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução SZTAJN, Rachel. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and De Vos. *In: Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE). Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft*, v. 143, n. 2, 1987. Disponível em: www.jstor.org/stable/40750981. Acesso em: 15 set. 2018.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. *In: Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). São Paulo: Singular, 2006.

MARQUES JUNIOR, José Jair. **Prorrogação de concessões de serviços públicos**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e a sua superação. *In: Contratos Públicos e Direito Administrativo*. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Alteração em contrato de concessão rodoviária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 44/2002. maio/Jun. 2002.

_____. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 227: jan./mar. 2002.

_____. Cobrança pelo acesso a rodovias para exploração de atividade Econômica. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 43/2002. mar./abr. 2002.

_____. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____.; FREITAS, Rafael Vêras de. **A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opinio-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#ftn1>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____.; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário. **Revista de Direito Administrativo**. v. 231, 2003.

MARTINS, António. Project finance e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica. *In*: **Revista de contratos públicos**. Coimbra, 2011. nº 8, mai./ago. 2013.

_____. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) acionista: uma perspectiva econômica. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1933.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. Público-Privado. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias público privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. *In*: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. v. 2, 1951.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *In: Revista de Direito Público da Economia: RDPE*. Belo Horizonte: a. 12, n. 46, abr./jun. 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). 2018.

_____. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In: Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

_____. **Em defesa do consequenciachismo**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 10 out. 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A distinção entre “público” e “privado” aplicado aos contratos celebrados pela Administração. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela (Org.). Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Contratos Administrativos. *In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (Coord.). Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Direito Económico**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. *In: VI ENCONTRO DE PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO. A crise e o direito público*. GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, out. 2013.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n. 11.079/2004**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A inadimplência da Administração Pública e suas consequências: ensaio sobre a moralidade política e administrativa dos contratos. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. v. 47, 1994.

_____. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 231, jan./mar. 2003.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In: Direito administrativo e seus novos paradigmas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. A concessão de serviços públicos e os direitos reais administrativos. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. v. 5, nov. 2012.

_____. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. *In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). A nova regulação de infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferroviários e rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *In: Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: v. 7, n. 25, jan. 2009.

_____. Contratos Administrativos de longo prazo: a lógica do seu equilíbrio econômico-financeiro. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Contratos administrativos de longo prazo, sua invalidação e a segurança jurídica. *In: Revista de direito administrativo*. Lisboa: nº 2, 2018.

_____. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 46, 2007.

_____. **Direito das Concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo. *In: Revista Zênite – informativo de licitações e contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 240, fev. 2014.

_____. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. *In: Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1, jan./jun. 2017. p. 173-159.

_____. O contrato administrativo como instrumento de governo. *In: Direito Administrativo: transformações e tendências*. MARRARA, Thiago (Org.). São Paulo: Almedina, 2014.

_____. Porque precisamos pensar seriamente na sua Prorrogação. **Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e contratos**. Curitiba: Zênite. nº 288, fev. 2018.

_____. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *In: Revista dos Tribunais*. v. 906/2011, abr. 2011.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. 6ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2016.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. *In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Ana Paula Cazarini Ribas de. Pacta sunt servanda. *In: Revista dos Tribunais*. v. 905/2011. mar/ 2011.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate. **Contratos administrativos de longo prazo: entre a incompletude e a certeza da mudança, uma proposta regulatória**. GUERRA, Sergio (Org.). Teoria do estado regulador. Curitiba: Juruá, 2017.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. *In: Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 3, n. 1, 2016. Disponível em: www.revistas-usp.br/rdda. Acesso em: 17 abr. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____; FREITAS, Rafael Vêras de. A prorrogação dos contratos de concessão de aeroportos. *In: Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: v. 17, n. 93, set./out. 2015.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Vol. 4: Parte especial: las obligaciones especiales - 2ª ed. inalt. - Buenos Aires: Depalma, 1982.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da administração pública. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 179-180: 68-91, jan./jun. 1990.

PEREIRA, Pedro Matias. Gestão do Contrato Administrativo: a aplicação de sanções. *In: Revista de Contratos Públicos*. Coimbra: nº 10, jan./abr. 2014.

_____; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *In: Revista de Contratos Públicos*. Coimbra. nº 5, maio/ago. 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança Jurídica, crescimento e exportações. *In: Revista do IPEA*. 2005. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/-td_1125.pdf. Acesso em: 15 DEZ. 2017.

_____; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das Ferrovias**. Rio de Janeiro: Editora FGV/IBRE, v. 1, 2017.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Análise econômica da função social dos contratos: Críticas e aprofundamentos. **Revista Economic Analysis of Law Review**. v. 1, n. 2, jul./dez. 2010.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6th ed. New York: Aspen, 2003.

_____. **How judges think**. London: Harvard University Press, 2010.

_____. **The Law and Economics of Contract Interpretation**. 83 Tex. L. Rev.1582, 2005.

PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS – PPI. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/index.php>. Acesso em: 10 abril de 2018.

_____. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/-31-novos-projetos-foram-qualificados-hoje-na-5-reuniao-do-conselho-do-ppi->. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/-crescer-um-ano-de-reformas-resultados-e-retomada>. Acesso em: 30 nov. 2017.

_____. Disponível em: <http://www.avancarparcerias.gov.br/rumo-malha-paulista-sa>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/cronograma-dos-projetos>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/rumo-malha-paulista-as>. Acesso em: 20 nov. 2018.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAIMUNDO, Miguel Assis. 1980. **A formação dos contratos públicos**: uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **A Medida Provisória nº 752/16 e os setores rodoviário e aeroportuário**: Seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/mp-para-reestruturar-contratos7.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade da decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/caducidade-de-concessoes-e-ppps-notas-sobre-a-conveniencia-e-oportunidade-da-decisao-para-instauracao-do-processo-e-sobre-as-formalidades-para-tanto/>. Acesso em: 26 dez. 2017.

RODRIGO, Delia. **Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for developing countries**. OECD, 2005.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**: uma introdução. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito e o novo direito administrativo. In: **Regulação Econômica e Democracia**. O debate norte-americano. MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. **Regulação e concorrência**: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. In: **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Edição Especial)**: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Valec e as novas concessões de infraestrutura ferroviárias. *In*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____; BARBOZA, Júlio César Moreira. Levando a sério a remuneração dos contratos públicos de longo prazo. *In*: **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHWARTZ, Alan. Incomplete contracts. *In*: **The new Palgrave dictionary of economics and the law**. v. 2. Peter Newman. Londres: Macmillan Reference, 1998.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e suas implicações no setor portuário**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 111, maio de 2016, Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). **Direito portuário brasileiro**: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____; NIEBUHR, Karlin Olbertz. Considerações críticas sobre a movimentação mínima contratual (MMC) em arrendamentos portuários. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**. 2ª ed. rev., amp. e atu. de acordo com o Decreto nº 9.048. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SEBRAE. Disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RJ/Menu%20Institucional/SinteseSebrae_45_2017%20final.pdf. Acesso em: 11 maio 2018.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?-dm=5278031&disposition=inline>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5278031&disposition=inline>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SHAVELL, Steven. Contracts, Hold up and legal intervention. *In*: **Journal of Legal Studies**. v. 36, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 209, p. 53-54, jul./set. 1997.

SILVA, Vasco Pereira da. **1961. Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

SIMON, Herbert A., A behavioral model of rational choice. *Quarterly Journal of Economics*. 69, 1955.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Prorrogação de concessões no setor elétrico e licitação. *In: Jam- Jurídica*. a. XV, nº 9, set. 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, Cláusula de Barreira e Pluralismo Político: Uma Crítica Consequencialista à decisão do STF na ADIN 3658. *In: Interesse Público*. Porto Alegre: a. 8, n. 37, maio/jun. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. *In: Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. GUERRA, Sérgio (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2014.

_____. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) Parcerias Público-Privadas*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O direito administrativo entre clips e negócios. *In: Direito administrativo e seus novos paradigmas*. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Princípio é Preguiça? *In: Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. *In: Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos públicos*. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte: a. 11, n. 41, jan./mar. 2013.

_____; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *In: Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José

Vicente Santos de (Org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

_____; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. *In: Contratações públicas e seu controle*. SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Malheiros. 2013.

_____; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, nº 53, jan./mar. 2016. p. 9-49. p. 11.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 20 out. 2018.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. *In: Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Elsevier, 6ª reimpressão, 2005.

TÁCITO, Caio. Contencioso administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forum. 133, jul./set., 1978.

_____. Direito administrativo participativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 209, jul./set. 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula “to the best knowledge of the sellers”. *In: TEPEDINO, Gustavo. Relações obrigacionais e contratos*. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

THALER, Richard H. **The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life**. Nova York: The Free Press, 1992.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *In: Revista de contratos públicos*. Coimbra: nº 1, p. 220, jan./abr. 2011.

URYN, André. **O limite do de Valor da Alteração Qualitativa do Contrato de Obra Pública**: regulação e instrumentalização às exigências da economia. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VERA, José Bermejo. Privatización y El nuevo ejercicio de función pública por particular. *In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIRACOPOS. Disponível em: <http://www.viracopos.com/-institucional/imprensa/28-07-2017-nota-a-imprensa.html>. Acesso em: 30 jul. 2017.

VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th ed. Londres: MIT, 2005.

WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, t. V, p. 430, 2006.

ZANCHIN, Kleber Luiz. **Contratos públicos e direito privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016.