DANIEL DE ANDRADE OLIVEIRA BARRAL

A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO REGULADOR A PARTIR DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E CONSENSUAL: um estudo de caso dos acordos integrativos no contexto do pedido de reequilíbrio dos contratos de concessão impactados pela Covid-19

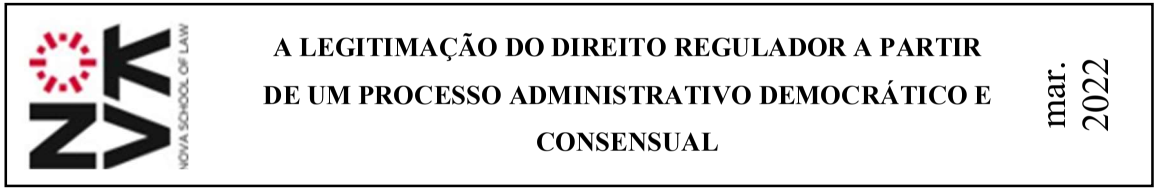
LISBOA
2022

DANIEL DE ANDRADE OLIVEIRA BARRAL

A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO REGULADOR A PARTIR DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E CONSENSUAL: um estudo de caso dos acordos integrativos no contexto do pedido de reequilíbrio dos contratos de concessão impactados pela Covid-19

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público, pela Universidade Nova de Lisboa, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade Direito Público, sob a orientação da Professora Doutora Soraya Nour Sckell.

LISBOA
2022


NOVA SCHOOL OF LAW
A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO REGULADOR A PARTIR
DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E
CONSENSUAL
mar.
2022

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra, que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Brasília, 14, de março de 2022.

Daniel de Andrade Oliveira Barral

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES

Declaro para os devidos fins que o corpo da dissertação que apresento, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199.466 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e sessenta e seis) caracteres.

Brasília, 14 de março de 2022.

Daniel de Andrade Oliveira Barral

AGRADECIMENTOS

Agradecer é um ato de humildade e, neste contexto, é admitir a importância de tantas pessoas que contribuíram decisivamente para a conclusão deste projeto pessoal tão caro para mim.

Em primeiro lugar, agradeço aos professores do Programa de Mestrado de Direito Público da Universidade Nova de Lisboa, pela generosidade nas lições e na condução deste aluno de uma maneira que jamais esquecerei!

Contei com a atenciosa, paciente e dedicada orientação da Professora Soraya Nour Sckell, cuja amplitude intelectual incentivou-me a quebrar barreiras autoimpostas e a perseguir um tema verdadeiramente instigante e desafiador. Seu entusiasmo, inteligência e criatividade me fizeram ousar mais, pesquisar mais e, verdadeiramente, desafiar-me nesta jornada acadêmica que ora inicio.

Também devo muito ao meu Coorientador e amigo Marco Aurélio Barcelos. As sessões de discussão com ele eram tão agradáveis e, sendo ele tão modesto como é, que, às vezes, acabava me esquecendo que ele lidera uma geração transformadora do Direito Público brasileiro. A partir de suas lições procurei apresentar uma contribuição para este movimento em direção a um direito administrativo mais conectado com a realidade.

Agradeço aos colegas da turma de 2020, o ano que não acabou! Turma formada por jovens talentosos que pensam o Direito "fora da caixa" e que pretendo não perder de vista, nem que seja para vibrar de longe pelas conquistas que certamente virão!

Manifesto também minha gratidão à Advocacia-Geral da União, instituição que, além de me proporcionar tantos aprendizados e experiências, me mostrou que o Brasil é enorme, desigual e que precisa de um Estado atento às necessidades dos mais pobres.

Minha Mãe, tão fundamental, tão amiga e amorosa, que se doou para os filhos. Sem ela eu nada seria.

Tici, Fábio, conexão Brasil-Canadá de amores distantes que precisamos nutrir sempre.

Meu Pai, desbravador e inventivo, continua meu exemplo.

Aos meus avós, Affonso e Jayra, que sempre me incentivaram, seja pelo exemplo de dedicação aos estudos, ou pela presença constante em minha vida; vieram comigo até aqui, tenho certeza!

À minha companheira de vida, meu amor de da vida toda, Rachel, com quem aprendo tanto e sempre, agradeço tudo e muito, e nunca será bastante. Construímos uma vida juntos e, por isso, sou muito grato.

Ao Miguel, em quem deposito as esperanças de uma vida, agradeço por ressignificar a minha, me dando todo o orgulho e amor que um pai pode desejar.

Sem vocês nada disso teria sentido, nem razão, nem mérito. Muito obrigado!

A presente dissertação foi desenvolvida no âmbito do projeto *Cosmopolitismo: Justiça, Democracia e Cidadania sem fronteiras* (PTDC/FER-FIL/30686/2017, FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P, Portugal). URL: https://cosmopolites.wixsite.com/cosmopolitanism

No âmbito das atividades promovidas pelo projeto, o escopo da presente dissertação foi apresentado nas reuniões semanais do "Permanent Seminar on Cosmopolitanism".

URL: < https://cosmopolites.wixsite.com/cosmopolitanism >

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

1. As citações de obras serão feitas com o nome integral do autor no corpo do texto e a referência nota de rodapé indicará o sobrenome do autor a o ano de publicação da obra, sendo que a indicação é feita por ordem numérica. As referências completas das obras também podem ser vistas na seção *Bibliografia*.

2. As citações de documentos de autoria institucional ou decisões judiciais serão feitas na nota de rodapé, a indicação é feita por ordem numérica. As referências completas das obras também podem ser vistas na seção *Bibliografia*.

3. Em razão de economia textual, os recursos bibliográficos obtidos através da internet e os artigos publicados em revistas eletrônicas serão citados mencionando-se apenas o autor (ou entidade responsável), data da publicação e paginação, feitas na nota de rodapé, a indicação é feita por ordem numérica. As referências completas das obras também podem ser vistas na seção *Bibliografia*.

4. A menção das obras e documentos na seção *Bibliografia* segue as regras do disposto nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Como a presente dissertação trata de um tema brasileiro e dado que já há perspectiva de publicação da obra no Brasil, é mais conveniente que se use a norma brasileira.

5. As obras mencionadas na seção *Bibliografia* com título em língua inglesa, e citação direta no corpo do texto da dissertação, serão traduzidas em língua portuguesa, assumindo o autor a exclusiva responsabilidade pela tradução.

6. A seção *Bibliografia* irá ser organizada em: referências bibliográficas, relatórios e estatísticas, notícias e internet, referências legislativas e referências jurisprudenciais.

7. A utilização de aspas servirá para destacar uma determinada expressão. Os estrangeirismos, as terminologias específicas e as terminologias de nossa autoria surgem destacadas em itálico.

8. A presente dissertação respeita o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35 2008, de 29 de julho.

SUMÁRIO

1. Introdução 10

2. Pela construção da legitimação do Direito regulador a partir de um processo administrativo democrático e consensual 17

2.1. Da insuficiência do princípio da legalidade para orientar a atuação da Administração Pública e a edificação do consenso como novo instrumento legitimador do Estado contemporâneo 22

2.1.1. Da centralidade do consenso na legitimação do Estado contemporâneo 26

2.2. Do novo modelo de gestão inaugurado a partir do advento das agências reguladoras: a expressão mais candente de um movimento de mutação do modo de atuação da Administração Pública 31

2.3. Da falência do atual modelo de controle das agências reguladoras 36

3. Do controle da escolha pública no ambiente regulatório pelo processo administrativo democrático e plural 42

3.1. Da tipologia dos instrumentos consensuais no direito brasileiro 48

4. Do procedimento de reequilíbrio do contrato de concessão como *locus* privilegiado para implementação de um processo heterárquico e consensual 54

4.1. Conceito e elementos essenciais do contrato de concessão 55

4.2. Aspectos jurídicos do equilíbrio econômico-financeiro da concessão 57

4.3. Teoria da imprevisão e insuficiência do postulado jurídico tradicional 62

5. Considerações finais 76

Bibliografia 85

Referências bibliográficas 85

Referências legislativas 104

Notícias e internet 106

RESUMO

O objetivo deste trabalho é propor um modelo de legitimação da escolha pública das agências reguladoras brasileiras, a partir do incremento do caráter democrático e consensual do processo administrativo. Para isso, analisarei o contexto fático-jurídico relacionado aos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público impactados pela crise econômica decorrente da emergência de saúde pública provocada pelo coronavírus no Brasil. Dentro desse contexto, pressuponho que o objetivo principal do contrato de concessão não seja a satisfação dos objetivos imediatamente estabelecidos na relação contratual, mas sim, a preservação da convergência de interesses públicos e privados que instrumentalizam a promoção da finalidade pública da delegação que é o desenvolvimento econômico e social do país por meio da exploração associada de infraestruturas. Neste sentido, a partir de uma análise das evoluções do direito administrativo, proporei um modelo de análise dos pedidos de reequilibrio dos contratos de concessão de serviço público, a partir de elementos de legitimação da escolha pública em ambientes jurídicos complexos que privilegiem a processualização da atividade administrativa. De início, demonstrarei que a estruturação jurídica e a implementação de infraestruturas públicas no Brasil, no contexto da Constituição Federal de 1988, têm enfrentado importantes dificuldades, impedindo ou atrasando a concretização de objetivos econômicos e sociais da atual ordem constitucional. No centro desse problema encontram-se a escassez de recursos públicos para investimentos, a necessidade de colaboração entre o Poder Público e a iniciativa privada, e a fragmentação organizacional e decisória do direito administrativo brasileiro. Diante deste cenário, defenderei a necessidade de reforço da capacidade decisória das agências reguladoras, a partir de um processo administrativo aberto, dialógico e plural de tomada de decisão, e utilizaremos os pedidos de revisão da matriz de riscos de contratos de concessão impactados pela COVID-19 como um exemplo de aplicação prática que poderia se beneficiar deste acréscimo de legitimidade decisória. Para isso, apoiado em revisão bibliográfica, demonstrarei que as técnicas de análise do reequilibrio dos contratos de concessão são imperfeitas e que em razão disso se beneficiariam da legitimidade conferida a partir da adoção de acordos integrativos celebrados com os potenciais afetados pela decisão administrativa concessiva do pedido de revisão contratual.

Palavras-chave: agências reguladoras; consensualidade; Administração Pública; acordos integrativos.

ABSTRACT

This work`s objective is to propose a legitimization model of the public choice for Brazilian regulatory agencies from the increase of the democratic and consensual character of the administrative process. To this end, I will analyze the technical-legal context related to the requests for economic and financial rebalancing of public service concession contracts impacted by the economic crisis resulting from the public health emergency due to coronavirus in Brazil. Within this context I assume that the main objective of the concession contract is not to meet the objectives immediately established in the contractual relationship. Adversely, the objective is to preserve the convergence of public and private interests that instrumentalize the promotion of the public purpose of the delegation that is the economic and social development of the country through the associated exploitation of infrastructures. In this sense, from an analysis of the transformations of administrative law we will propose a model of analysis of requests for rebalancing of public service concession contracts based on elements of legitimization of public choice in complex legal environments that favor procedural administrative activity. At first we will demonstrate the legal structuring and implementation of public infrastructure in Brazil, in the context of the Federal Constitution of 1988, which has faced important difficulties, preventing or delaying the achievement of economic and social objectives of the current constitutional order. At the heart of this problem is the scarcity of public resources for investments, the need for collaboration between public power and private initiative and the organizational and decision-making fragmentation of Brazilian administrative law. In this context, we will advocate the need to strengthen the decision-making capacity of regulatory agencies from an open, dialogical and plural administrative process of decision-making regarding requests for review of the risk matrix of concession contracts. To this end, supported by a literature review, we will demonstrate that administrative contracts have always been characterized by the trait of mutability and that in long-term contracts – such as public service concessions – this mutability presents itself with greater intensity and complexity. Thus, supported by a bibliographic review, I will demonstrate that the techniques for analyzing the rebalancing of concession contracts are imperfect, and as a result, they would benefit from the legitimacy conferred from the adoption of integrative agreements celebrated with the potential affected by the administrative decision that may grant the request. of contractual review.

Keywords: regulatory agencies; consensuality; public administration; integrative agreements.

1. INTRODUÇÃO

O investimento em infraestrutura[1] é medida decisiva para o desenvolvimento econômico de uma Nação[2] ao permitir ao respectivo país competitividade internacional e desenvolvimento humano digno e condizente com os fundamentos elencados no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB[3].

Evidência desta importância é extraída do ranking elaborado pelo *World Economic Fórum*, que tem na análise do estágio de desenvolvimento da infraestrutura nacional um dos pilares para a avaliação do desenvolvimento de cada nação, sendo que neste quesito o Brasil ostenta colocação tímida: a septuagésima primeira posição num total de cento e quarenta países (71/140), enquanto que se analisarmos sob a perspectiva da infraestrutura, o resultado é ainda pior, ocupando a septuagésima oitava posição (78/140) do ranking global.[4]

Partindo da premissa fundamental de que o Estado desempenha papel crítico no desenvolvimento econômico e social[5] por meio de planejamento, investimento, provisão, manutenção, operação e fiscalização das infraestruturas, aliado à compreensão de que o investimento nessas atividades, como visto, é decisivo para o desenvolvimento econômico e social das Nações, propusemos a estudar nesta dissertação a viabilidade da adoção de acordos integrativos entre a Administração Pública e os interessados, como forma de superar a paralisia decisória que acomete os atores públicos para a tomada de decisão em questões complexas.

Esta questão assume relevância a partir do diagnóstico de que a aplicação do Direito Público tem se tornado incrementalmente contenciosa, em grande parte em razão do aumento de complexidade da sociedade contemporânea. Conforme pretenderei expor,

---

1 O termo infraestrutura não possui conceituação precisa no direito brasileiro, de modo que, para os fins desta dissertação, utilizaremos o termo infraestrutura como sinônimo de obra, conforme conceitua o art. 6°, XII da Lei n° 14.133, de 1º de abril de 2021. Para maiores desdobramentos a respeito da conceituação do termo, confira: (DAL POZZO, 2020, P. 18)

2 Nesse sentido: (GOMIDE; PEREIRA, 2018, p. 13), (DAL POZZO, 2020, P. 15) e (CRUZ; SARMENTO, 2020, p. 36)

3 O Art. 170 da CRFB de 1988 elenca os princípios da ordem econômica brasileira e impõem uma atuação Estatal no domínio econômico orientada para a defesa e implementação de valores humanos e sociais. Esta atuação pública voltada para a redução das desigualdades sociais e valorização do princípio da dignidade da pessoa humana assume destaque na eleição do tema desta dissertação, dado que é a partir deste dever prestacional que extraídos os fundamentos jurídicos para a construção de uma solução negociada para o reequilibrio do contratos de concessão em um contexto de variação econômica abrupta como forma de preservação de um programa longevo de exploração associada de serviços e infraestruturas públicas.

4 Disponível em: https://www.weforum.org/reports/how-to-end-a-decade-of-lost-productivity-growth#who-s-the-best-in-class Acesso em 03/06/2021, às 17:57

5 Para um desdobramento destas ideias ver: (MAZZUCATO, 2014)

a realidade social regida pelo Direito Administrativo é hoje caracterizada pela dispersão de interesses heterogêneos dos variados segmentos constituintes de uma dada sociedade o que exige do Estado o estabelecimento de estruturas decisórias que sejam capazes de captar, processar e atender, tanto quanto possível, estas necessidades sociais de maneira satisfativa.

Para isso, este estudo partirá da revisão da crise do modelo Estatal oitocentista e do positivismo a ele associado, oportunidade em que destacaremos o processo de reformulação das premissas teóricas do Direito Administrativo como resposta à essa crise de legitimação das decisões administrativas para ao final do primeiro capítulo comprovar a persistência da insuficiência do atual Direito Administrativo para a legitimação dessa nova conformação do Estado que passa a assumir, primacialmente, a tarefa de mediador de conflitos.

A partir desse contexto fático-histórico, iremos demonstrar que o Direito Administrativo reclama o estabelecimento de um novo modelo de legitimidade da decisão administrativa que admita, de maneira adequada, a participação do indivíduo no processo administrativo como estratégia de legitimação da decisão pública. Assim, conforme defenderemos, o movimento em direção ao consenso deve ser considerado como um reflexo da crescente conexão entre os interesses das sociedades contemporâneas.

Segundo entendemos, a legitimidade por meio da participação dos diversos estamentos sociais assume papel mais relevante para o caso concreto objeto de nossa análise, pois pretenderemos demonstrar não só a legalidade como também a conveniência procedimental associada à adoção de acordos integrativos pelas agências reguladoras brasileiras de maneira antecedente à análise dos pedidos de reequilíbrio dos contratos de concessão de serviço público impactados pela pandemia da Covid-19. Ora, como sabido, as agências reguladoras, para se manterem equidistantes dos participantes do jogo regulatório (governo, usuários e concessionário), são constituídas com estruturas que garantam a independência técnica de suas decisões, consistente pela ausência de subordinação hierárquica com os centros políticos, o que tem por consequência a perda da legitimidade democrática que poderia ser a elas conferidas, se estas agências fossem subordinadas aos representantes eleitos do Poder Executivo.

Com efeito, a estratégia do insulamento político adotado nas agências reguladoras a exemplo da forma de seleção e duração dos mandatos de seus dirigentes bem como a respeito do modo como as agências reguladoras organizaram internamente seu processo decisório privilegiou o aspecto tecnocrático da administração pública, pressupondo que a

existência de "ilhas de excelência" dentro da Administração Pública seriam capazes de garantir a eficiência técnica reclamada pela sociedade na condução do jogo regulatório de setores econômicos estruturantes.

Entretanto, a partir de uma análise das vicissitudes do processo de implementação do modelo norte-americano de regulação por agências independentes no ordenamento jurídico brasileiro, iremos propor que a atual quadra da história reclama do Estado um modo de funcionamento que seja mais ajustado à realidade complexa e dinâmica da sociedade contemporânea nacional.

Assim, sustentamos que o Estado Regulador deve se legitimar a partir de um processo administrativo que ultrapasse a concepção clássica de sucessão de atos tendentes à decisão final para ostentar a função de uma estrutura de integração de interesses.[6] Deste modo, a legitimação da decisão administrativa em casos complexos advirá da adoção de processos administrativos que respeitem em igual medida a eficiência técnica mas também que propiciem o diálogo constante com todos os interessados, como forma de garantir que a implementação de políticas públicas seja ressonante com o projeto transformador constitucional e com os valores democráticos de nossa sociedade.

Procuraremos demonstrar que o novo modelo de conformação estatal inaugurado a partir da inserção de agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu uma nova forma de interação entre o público e o privado, com traços de maior horizontalidade e colaboração, como resposta à crescente complexidade dessas relações. A partir desses aportes, e considerando as agências reguladoras como uma expressão da nova Administração Pública multipolar,[7] organizada em rede e calcada na contratualização de suas atividades, sustentaremos que o processo administrativo regulatório deve, igualmente, assumir múltiplas funções,[8] como matriz formativa e conformadora que é da manifestação administrativa em quaisquer dessas múltiplas atividades desempenhadas pela Administração Pública mas também como espaço privilegiado para a expressão democrática dos destinatários da norma ou da decisão administrativa.

---

6 (DUARTE, 1996, p. 105.)

7 Trata-se de expressão consagrada na obra de Sabino Cassese, que guarda correlação com o conceito de Massimo Severo Giannini a propósito do surgimento da sociedade pluriclasse. Para estes autores, a Administração contemporânea deixa de centrar sua atuação em uma relação bilateral, com efeitos restritos aos sujeitos de uma controvérsia jurídica, para privilegiar intervenções que impactam toda a coletividade. (CASSESE, 2003, P. 159). Iremos abordar estes conceitos no curso deste trabalho.

8 (SCHMIDT-AβMANN, 2008)

Dentro desse grande tema, iremos demonstrar, como já dito anteriormente, a aplicabilidade da adoção de acordos integrativos como elemento preparatório da decisão final da agência reguladora voltada à análise dos pedidos de reequilíbrio dos contratos de concessão de serviço público impactados pela pandemia da Covid-19. Com efeito, a questão é atualmente regulamentados no art. 26 no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, alterada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu uma autorização geral para celebração de acordos tanto substitutivos quanto integrativos pela Administração Pública, com o objetivo, diz a lei, "de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público", desde que "presentes razões de relevante interesse geral".

Com efeito, os acordos integrativos são espécie de acordo administrativo que antecedem a decisão administrativa final, sem, contudo, a substituir, o que permite que a autoridade competente admita a participação cidadã no processo de formação da decisão administrativa sem renunciar à sua competencia decisória. Nosso objetivo é propor um mecanismo auxiliar à decisão final administrativa, voltado à solução de casos complexos a partir da adoção de acordos endoprocessuais com todos os potenciais interessados. Assim, o que anima esta pesquisa é, a partir da constatação do fenômeno da Administração consensual, propor a utilização dos acordos integrativos como mecanismo de suporte legitimador para a decisão administrativa voltada à análise e deferimento (ou indeferimento) dos pedidos de reequilíbrio dos contratos de concessão de serviço público impactados pela pandemia da Covid-19.

É importante pontuar que a utilização de instrumentos consensuais já foi largamente enfrentada quanto à viabilidade de adoção de acordo substitutivo da sanção administrativa, a exemplo do trabalho de Juliana Palma[9], de Mônica Bandeira De Mello Lefèvre[10] ou estudos que abordem a questão de maneira mais ampla[11]. Com efeito, os acordos substitutivos constituem outra espécie de acordo processual e se diferenciam dos acordos integrativos pois, ao contrário destes, substituem a decisão final administrativa e põem fim ao processo administrativo em que sejam celebrados. Esta espécie de instrumento consensual não será objeto de análise desta dissertação por entendermos que a utilidades destes acordos está melhor associada à solução de questões que possam ser

[9] (PALMA, 2015.)
[10] (LEFÈVRE, 2019, p. 263-279)
[11] A exemplo dos estudos de (MOREIRA NETO, 2003, p. 129-156), (OLIVEIRA, SCHWANKA; 2008), (MENEZES DE ALMEIDA, 2017) e de outros autores que serão referenciados ao longo desta dissertação.

solucionadas a partir da tomada de compromissos dos interessados, o que não é compatível com as características do processo de tomada de decisão a respeito do pedido de reequilibrio de contrato de concessão.

Nestes casos o que está em discussão não é o ajustamento de uma conduta ou a reparação de um dano, mas sim a tomada de uma decisão pública que não irá conseguir atender as expectativas de todos os interessados em razão da essencial divergência de desejos entre os usuários do serviço público concedido e o concessionário; enquanto os primeiros desejam a modicidade tarifária, o que seria melhor atendida pela negativa de qualquer pedido de reequilibrio contratual, os concessionários de serviço público tem por interesse primário maximizar seus lucros, como qualquer empresa privada.

Para além deste antagonismo natural entre os grupos de interessados, o tema assume relevância a partir da constatação de forte dissenso doutrinário[12] a respeito da possibilidade de revisão da matriz de riscos em tais situações, que, em regra, já possuem tratamento expresso no contrato e já estariam precificadas pelo contratado. Neste cenário, sustentam alguns que seria inadequado pretender reequilibrar o contrato de concessão e, com isso, onerar toda a sociedade, pois caberia ao concessionário de serviço público arcar com o custo da materialização do caso fortuito naquela relação contratual. Em contrapartida, sustentam outros que fatores excessivamente onerosos, ainda que previstos contratualmente, deveriam ser objeto de concertação entre o Estado e o contratado, com o objetivo de se recompor o interesse público associado à boa exploração da infraestrutura concedida e à preservação de um espaço sadio de gestão compartilhada dessas infraestruturas.

Neste contexto é importante ter presente que por serem contratos de longo prazo, os contratos de concessão reclamam a implementação de técnicas de adaptação dos compromissos regulatórios neles celebrados para que a legítima expectativa depositada pelas partes contratantes no momento da celebração seja preservada. Assim, e considerando que a intensidade da utilização de mecanismos de intervenção contratual irá depender, fundamentalmente, de quão difícil é negociar e fazer cumprir um contrato de longo prazo em um determinado regime jurídico[13] e considerando que o histórico recente das concessões no Brasil é marcado por impactos macroeconômicos e políticos[14], acreditamos que a pesquisa de mecanismos de legitimação democrática de instrumentos

12 Um resumo do estado da arte da discussão pode ser encontrado em: (GONÇALVES; BANDEIRA, 2020)
13 (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2003, Locais do Kindle 93-94)
14 (GUASCH, 2004, pgs. 40 e ss.) e (CRUZ; SARMENTO, 2020, P. 477 e ss.)

de renegociação de contratos de concessão assumem grande relevo prático e potencial de aplicação em um grande números de hipóteses semelhantes.

Assim, constatada a ausência de análises a respeito da possibilidade de celebração de acordos endoprocessuais para estabilizar e legitimar a decisão administrativa em um processo administrativo regulatório em que subjaza uma questão fática e jurídica contenciosa, como é o caso dos pedidos de reequilibrio dos contratos de concessão, iremos estudar e propor os requisitos para a celebração destes acordos. Para tanto, nossa proposta é estudar a viabilidade de adoção de uma alternativa consensual para a governança dos contratos de concessão em execução no Brasil que foram impactados pela pandemia de Covid-19 e tiveram o fluxo de receitas abalado pela queda na utilização dos serviços ofertados, durante o período pandêmico, pela população brasileira.

A partir deste contexto de análise pretendemos demonstrar que, a despeito da dificuldade de conceder o reequilíbrio em questão, especialmente em razão da costumeira alocação de riscos adotada pelo Poder Concedente em contratos de concessão, que atribui ao concessionário o risco integral da flutuação da demanda, a ocorrência de fatores desestabilizadores da base objetiva do negócio jurídico deve ser objeto de revisão, em atenção ao interesse público de manter um programa longevo de concessão de infraestruturas à iniciativa privada.

Assim, se a preservação desses contratos assume importância a partir da constatação de que a implantação de um programa de concessão de serviços públicos, se aderente aos princípios reitores da função pública, tem a potencialidade de promover os investimentos necessários ao desenvolvimento nacional, também é verdade que a decisão pública pelo reequilíbrio desses contratos impacta toda a coletividade, devendo a tomada de decisão, portanto, ser lastreada por um processo democrático e participativo. Trata-se, à evidência, de um exemplo dentre tantos outros que poderiamos utilizar para evidenciar a compatibilidade da adoção de instrumentos consensuais para o acréscimo de legitimação da ação estatal, mas a escolha desta hipótese prática de aplicação foi objeto de nossa eleição por três principais motivos.

Primeiro, por se tratar de matéria pouco explorada na doutrina brasileira a utilização dos acordos integrativos regulamentados pelo art. 26 da LINDB como mecanismo de acréscimo de legitimidade à decisão final das agências reguladoras no processo de análise e deferimento destes pedidos de reequilíbrios contratuais. Segundo, a questão é interessante por desafiar o entendimento que refuta a necessidade de outras

intervenções regulatórias para além da mera aplicação das disposições contratuais[15]. De acordo com este pensamento, não se faria necessário nenhum ajuste para além daquilo que restou originalmente pactuado. Entretanto, conforme teremos oportunidade de demonstrar em nosso estudo, esta concepção pressupõe a existência de uma completa capacidade de regulação do vínculo existente entre as partes contratantes a partir da simples aplicação das disposições contratuais, o que pode, em determinadas circunstâncias fáticas, se mostrar insuficiente para reger as condições futuras desta relação.

Em terceiro lugar, apoiado em revisão bibliográfica[16], irei demonstrar que o atual modelo de controle da análise do equilíbrio dos contratos de concessão encontra-se calcado um postulado jurídico tradicional insatisfatório para acomodar todas as sujeições imprevistas advindas de um cenário econômico complexo, dado que pressupõe uma regulação contratual autossuficiente e, portanto, incapaz de adequadamente refletir as possíveis intercorrências do negócio juridico relacional em que consiste o contrato concessão, que reclama, também, a invocação de uma regulação discricionária em caráter complementar às disposições contratuais.

Portanto, tendo presente a insuficiência das disposições contratuais para regular a relação de longo prazo de um contrato de concessão e a insegurança para a tomada de decisão a respeito de qual método deve ser utilizado para repactuar as bases do negócio jurídico, para além do disposto na matriz de riscos originalmente estabelecida, iremos de demonstrar que a solução para os complexos problemas experimentados pelos contratos de concessão impactados pela covid-19 deve tanto se apoiar na institucionalidade técnica das agências reguladoras, como também valer-se de instrumentos consensuais e participativos para legitimar a eleição de parâmetros técnicos a serem adotados para a definição de novas bases do negócio contratual.

[15] A defesa da complementariedade da regulação discricionária realizada pelas agências reguladoras em contratos de concessão é analisada por Flávio Amaral Garcia em pelo menos dois trabalhos: (GARCIA, 2017) sendo posteriormente aprofundado em tese de doutoramento: (GARCIA, 2019)

[16] Ver: (ARAGÃO, 2019, p. 48 e ss), (GARCIA, 2019) e (LOUREIRO; NOBREGA, 2020)

2. PELA CONSTRUÇÃO DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO REGULADOR A PARTIR DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E CONSENSUAL

A ordem social costuma ser descrita, alternativamente, a partir de duas alegorias: para uns, ela é um relógio; para outros, uma balança. A primeira imagem procura representar um Estado perfeito, harmônico e coerente, cujas engrenagens bem lubrificadas permitem a manutenção da ordem social em *moto* perpétuo. A balança, por sua vez, representa o movimento de oscilação das forças que procuram o equilíbrio a partir do encontro de múltiplos interesses existentes em uma dada sociedade.[17]

É possível afirmar que a implantação das agências reguladoras no Brasil constitui uma representação da segunda imagem, que, a partir dos movimentos de reforma do Estado ocorridos na década de 1990, introduziu um novo modo de atuação do Estado na economia, que pressupõe a retirada do protagonismo Estatal na prestação direta dos serviços públicos à população e, em seu lugar, promove o equilíbrio das forças sociais por meio de técnicas regulatórias e, em especial para o tema que nos interessa discutir, por meio do contrato de concessão de serviços públicos.

Esse movimento de transição do modelo de Estado prestador exclusivo dos serviços públicos rumo a um Estado Regulador se insere em um contexto mais amplo e complexo de transformações que marcaram de maneira acentuada a própria existência da Administração Pública.[18] Dentre essas diversas transformações testemunhadas pelo Direito Administrativo[19], aquela que de fato nos interessa para o presente está associada ao surgimento do Estado Regulador,[20] que proscreveu o Estado prestacional e, antes deste, o Estado Liberal,[21] e que importou na reconfiguração da Administração Pública de maneira a instrumentalizá-la para o efetivo exercício do plexo de atribuições encartadas no novel conceito de regulação, que não se limita à regulamentação de matérias em atos

---

17 Yuval Noah Harari recorre à expressão "*perpetuum mobile*" para descrever o movimento de aceleração das transformações sociais na modernidade, o que acabou por proscrever a concepção renascentista de evolução da ordem social de maneira incremental que preservasse a estabilidade da ordem constituída. (HARARI, 2020, pp. 506-507)

18 Como aponta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, [d]esde o princípio da Administração, a sua reforma foi, é, e seguirá sendo uma questão que acompanha inexoravelmente sua existência. (RODRIGUEZ, 2012, p. 21)

19 Para um aprofundamento deste estudo, Eurico Bitencourt Neto apresenta um extenso rol de transformações experimentadas pela Administração Pública e pelo Direito Administrativo. (BITENCOURT NETO, 2017)

20 Para uma definição atualizada e abrangente do que seja regulação no contexto brasileiro, ver: (COUTINHO, 2014, p. 39)

21 Para uma abordagem aprofundada destas transições: (ESTORNINHO, 2009)

normativos infralegais, mas abrange também as atividades necessárias ao equilíbrio da relação com os recém admitidos parceiros privados, envolvendo as atividades de fiscalização, de ordenação, de sanção e de incentivos.

Desse modo, o estudo contemporâneo da atuação do Estado no domínio econômico reclama o enfrentamento de três questões preliminares. A uma, o delineamento da crise do modelo Estatal oitocentista; a duas a revisão histórica do processo da reformulação das premissas teóricas do Direito Administrativo como resposta a essa crise de legitimação e por fim, em terceiro lugar, a partir da constatação da persistência da inexistência de mecanismos no atual Direito Administrativo aptos a conferir, adequadamente, a legitimação democrática reclamada por essa nova conformação do Estado que modernamente passa a assumir, primacialmente, a tarefa de mediador de conflitos, buscaremos propor um modelo complementar de legitimação da tomada de decisão em questões complexas.

Dentro deste contexto, nos propomos a utilizar como exemplo de aplicação prática deste mecanismo auxiliar de legitimação de decisões administrativas em ambientes complexos a questão associada aos pedidos de reequilibrio dos contratos de concessão de serviço público impactados pela covid-19 e como a adoção de mecanismos consensuais podem conferir maior legitimidade à decisão administrativa num contexto base de situação contenciosa na aplicação do Direito Público. Trata-se, à evidência, de um exemplo dentre tantos outros que poderiamos utilizar neste contexto, para demonstrar a compatibilidade da adoção de instrumentos consensuais para o acréscimo de legitimação da ação estatal, mas que foi objeto de nossa eleição por dois principais motivos.

De um lado, por se tratar de matéria inédita na doutrina brasileira a questão da adoção dos acordos integrativos regulamentados pelo art. 26 da LINDB como forma de conferir maior legitimidade à decisão final das agências reguladoras no processo de análise e deferimento destes pedidos de reequilíbrios contratuais. Por outro lado, a questão é interessante por desafiar o lugar comum a respeito da desnecessidade de outras intervenções regulatórias para além da mera aplicação das disposições contratuais, não se fazendo necessário nenhum ajuste para além daquilo que restou originalmente pactuado. Conforme teremos oportunidade de demonstrar em nosso estudo, esta concepção pressupõe a existência de uma completa capacidade de regulação do vínculo existente entre as partes contratantes a partir da simples aplicação das disposições contratuais, o que pode, em determinadas circunstâncias fáticas, se mostrar insuficiente para reger as condições futuras desta relação.

Por agora o que nos interessa demonstrar é que a evolução do Estado em direção ao consenso parte da premissa de que não é possível compreender, juridicamente, a legitimidade da atuação dos agentes reguladores a partir das bases tradicionais do Direito Administrativo, em razão da fundamental divergência entre o postulado tradicional, que se legitima pelo exercício do poder extravagante do Estado na relação com o particular, e o direito da regulação, que estabelece seus alicerces em um contexto de busca do consenso e da legitimidade técnica especializada como forma de atender os anseios de uma sociedade mais complexa e plural.

É que, como sabido, em sua origem mais remota, o Direito Administrativo refutava qualquer atividade de natureza consensual. Prevalecia a compreensão de que a vontade geral fixada em lei deveria ser executada objetivamente pelo Estado, afastada de qualquer negociação ou ajuste com o súdito, "sob pena de desnaturalização de sua objetividade e ruptura do papel da Lei*"*.[22] Esse foi o momento de primazia exclusiva do ato administrativo, a instrumentalizar uma Administração unilateral que recusava a possibilidade de celebrar qualquer tipo de acordo com o particular. É que o próprio conceito de Estado, conforme anota Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, "tinha por função resolver o problema político da dispersão do poder, típico da Idade Média, através da criação de uma entidade que concentrava e unificava em si todos os poderes da sociedade, encarnada na pessoa do príncipe."[23]

Encontramos na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[24] a análise de que a desagregação que se seguiu após esse período inicial de exercício do poder estatal concentrado no soberano foi produto das três revoluções, a inglesa, americana e francesa[25], e que seria da formulação francesa, principalmente, que a vertente liberal do princípio da legalidade extrairia a ideia de que a atuação do agente público dependeria de prévia habilitação legislativa.[26]

Dentro dessa concepção clássica do Estado liberal, a Administração Pública seria organizada de maneira hierarquizada, à semelhança de uma pirâmide, e sua atividade seria baseada em leis supostamente exaustivas e que levariam tudo em conta, programando e

---

22 (ALFONSO, 1995, p. 165 apud BAPTISTA, 2018, p. 180)

23 (SILVA, 1996, p. 13)

24 (MOREIRA NETO, 2003, p. 129-156)

25 Segundo o autor a inglesa teria consolidado o parlamento como sede autônoma do exercício da função legislativa; a americana, criado um sistema judiciário com garantia de autonomia para o exercício da função judicial; e a francesa, transferido do Rei para uma burocracia autônoma o exercício da função administrativa". Idem

26 Como exemplo deste pensamento: (MEIRELLES, 2000, P. 82) no mesmo sentido: (CHEVALLIER, 2013, p. 14)

direcionando todas as ações administrativas, até o menor detalhe. O proceder dessa burocracia consistiria no manejo de procedimentos apenas como ferramentas para aplicar a lei, como parte de um processo regulatório centralizado de cima para baixo.

Contudo, essa noção é fortemente relativizada a partir do movimento de constitucionalização do Direito,[27] iniciado pelo neoconstitucionalismo[28] e pelo pós-positivismo que ganhou relevo no período pós Segunda Guerra Mundial, o qual propugna analisar a legitimidade da ação estatal não apenas mediante o respeito à lei formal, mas também diante do ordenamento jurídico (princípio da juridicidade[29]), inserindo-se neste contexto de análise os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

Nesta quadra histórica exsurge um constitucionalismo requalificado, que assume lastro principal nos direitos fundamentais e, como mandamento nuclear do sistema jurídico, o ser humano.[30] Essa migração de bases reclama da Administração Pública, dentro desse novo Estado de Direito qualificado pelos valores democráticos e plurais, o dever de observância ao "*bloc de la légalité",*[31] o que tem tornado mais complexa a atividade de gestão da coisa pública.

Um dos motivos dessa crescente complexidade na aplicação do Direito Público pode ser encontrado na também crescente complexidade da sociedade contemporânea, que pressiona o Direito Administrativo a atender demandas que não constavam no horizonte de preocupações de sua concepção clássica. Por todos, transcrevo síntese de Othon de Azevedo Lopes,[32] que registra de maneira sintética a sobredita mudança:

> A emergência da regulação como fenômeno de destaque nas instituições jurídicas, políticas e na burocracia lança inequivocamente desafios para o Estado Democrático de Direito. O volume de produção normativa estatal e seu crescente deslocamento para âmbitos da Administração assinalam a necessidade da revisão e da ressignificação não só do aparato jurídico-administrativo, mas principalmente do saber jurídico.

---

27 (BARROSO, 2005, p. 4)

28 (BARROSO, 2007, P. 20)

29 Segundo a lição de Paulo Otero a juridicidade administrativa conformaria uma legalidade ampliada, na medida em que o poder público não estaria apenas submetido à observância do Direito positivado, mas também estaria vinculado ao atendimento de princípios cuja força vinculante não se limitariam à Lei, mas ao Direito. (OTERO, 2003, P. 15)

30 Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Para pôr em destaque a instituição do Estado, com essas forma e natureza, há uma inversão retórica da ordem lógica, pois que a pessoa humana, como criadora, logicamente, precede a todas as instituições, pois que suas criações. Assim, a pessoa humana, com sua conatural e indisponível qualificação, que é a sua dignidade, é, coerentemente, a primeira e fundamentalíssima afirmação axiológica, da qual partem não apenas os fundamentos que foram explicitados, como todos os demais elencados em toda a Carta, como, por exemplo, destacadamente, os do inciso IV e os enumerados adiante, no art. 5º". (MOREIRA NETO, 2013, p. 701-714)

31 Segundo Paulo Otero, esta expressão de Maurice Hauriou sintetiza o conjunto das fontes de Direito limitativas da atividade desenvolvida pela Administração Pública. (OTERO, 2003, P. 16)

32 (LOPES, 2011)

2. Pela construção da legitimação do Direito regulador a partir de um processo administrativo democrático e consensual

> A legalidade, na sua configuração clássica oriunda do Estado de Direito, mostra como garantia constitucional seu esgarçamento, principalmente quando defrontada com a regulação. A soberania popular que se manifesta precipuamente pelos parlamentos, formando um eixo de conexão entre a vontade dos cidadãos e a vontade estatal – vazada em leis formais, abstratas, genéricas, impessoais e oriundas do processo legislativo – revela-se acanhada para o controle da atividade regulatória.
> Em outras palavras, o controle procedimental e formal ínsito à legalidade e à proeminência da lei não são adequados para frear, moldar e justificar a volúpia regulatória oriunda de uma sociedade complexa que clama às instituições jurídico-políticas por constantes prestações de normalização. A tarefa empreendida a partir desses pressupostos é semelhante a verter o conteúdo de um oceano numa piscina.

Parece-nos que, dentro deste contexto, exsurge evidente a correlação entre o surgimento do direito regulatório e a proscrição do modelo clássico do Estado de Direito positivista, na medida em que o proceder da nova burocracia não se satisfaz apenas pela segurança jurídica advinda da aplicação da lei, mas pressupõe a edição de regulamentos e produção de decisões em questões complexas que exigem a aplicação de conhecimentos técnicos e científicos altamente especializados, objetivando o atendimento adequado do projeto social constante na Constituição.

É neste cenário de crescente complexidade das relações sociais que se insere o direito regulatório, que, ao mesmo tempo em que pretende ser uma resposta de legitimação do Direito, ao torná-lo mais responsivo às demandas sociais, a partir do descortinar de uma nova forma de relacionamento do Estado com setores econômicos específicos, acaba também por desafiar os próprios alicerces do Estado de Direito que pretende legitimar, ao propor modelos que não se amoldam à definição clássica de Estado e à divisão de Poderes proposta por Montesquieu.[33]

Assim, a partir desta ordem de questões entendemos necessário revisitar o caminho que levou o Estado a buscar legitimação para além do respeito adstrito ao direto positivado. Para isso, é essencial reter desde já que a evolução das instituições ao longo do tempo reclamou a criação de instrumentos jurídicos e técnicas decisórias compatíveis com os postulados jurídicos correlatos aos respectivos momentos históricos, e segundo defenderei, existe uma umbilical correlação entre estas transições de modelos decisórios e os motivos que ensejaram a busca de uma forma alternativa de intervenção no domínio econômico, o que irá nos permitir compreender como os mecanismos existentes de

[33] Bruce Ackerman, professor de direito e ciência política na Universidade de Yale, aborda no texto *Good-Bye Montesquieu*, a inadequação do modelo tripartite de poderes proposta por Montesquieu no contexto atual de sociedades complexas e de instituições independentes, que apresentam uma conformação orgânica bem diferente daquele arranjo de poderes originalmente proposto pelo modelo francês. (ACKERMAN, 2014, p. 13-23)

atuação do Estado na sociedade contemporânea podem apoiar o regular e legitimo desempenho da função administrativa.

2.1. Da insuficiência do princípio da legalidade para orientar a atuação da Administração Pública e a edificação do consenso como novo instrumento legitimador do Estado contemporâneo

Como sabemos, a essência do Direito Administrativo está situada na delimitação dos limites e no controle da função administrativa. É o ramo voltado à definição das competências administrativas e às respectivas finalidades públicas ao encargo dos três Poderes, simultaneamente criando meios de fiscalização do seu exercício. Em verdade, registra Márcio Iorio[34], a limitação do poder do Estado se confundiria com o próprio surgimento do Estado de Direito. Neste contexto, caberia ao Direito Público a função não só de disciplinar o modo de exercício do poder estatal, a partir do regulamento do funcionamento das instituições, como também lhe é atribuída a função de regular o modo e a intensidade da sujeição do administrado ao bem comum, a partir da disciplina do poder ordenador da vida em sociedade.

Partindo para a análise deste último aspecto do Direito Administrativo, que se refere à intromissão nas esferas jurídicas estranhas à própria Administração, faz-se importante perceber, desde a partida, como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto,[35] que o Estado sempre interviu na economia e nas relações econômicas, seja editando leis que disciplinam a ação dos agentes privados, seja exercendo o poder de polícia ou mesmo executando ele próprio alguma atividade de relevância social, a qual se elevaria à condição de serviço público em razão desse fato.

Contudo, o Direito Regulador não se confinou nestes limites e, devido a sucessivas mutações, passou a utilizar outras técnicas interventivas, fortemente calcado na necessidade de evidenciação técnica da maior eficiência da decisão administrativa como novo modelo de legitimação decisória, diante da insuficiência do modelo legalista anterior. O estudo dessas transformações, como já mencionamos, é ponto de partida para compreensão dos contornos do Estado Regulador e, mais importante, para evidenciar a importância do estabelecimento de um novo modelo de legitimidade da decisão administrativa.

---

34 (ARANHA, 2019, P. 9)
35 (MARQUES NETO, 2009, p. 85-93)

Focalizando a dimensão da legitimação do poder, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[36] registra a existência de uma dupla tipologia de dinâmica no exercício de poder; de um lado a cooperação e de outro o antagonismo. Enquanto a última, diz o autor, teria na competição sua força motriz, à custa de valores éticos, a cooperação poderia contribuir para desenvolver a tolerância e a confiança nas relações sociais, o que possibilitaria o ajuste de vontades e o surgimento do consenso[37].

Ainda que escape ao objetivo deste estudo a inventariança do processo evolutivo histórico do Direito Administrativo,[38] o que importa registrar como premissa para as nossas investigações, e com suporte no pensamento de Norberto Bobbio, é que "o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império".[39]

A legitimação desta mudança na relação com o particular pode ser extraída do princípio da eficiência, como consequência lógica do Estado racional. Se o Estado não é mais obra divina, nem o império do mais forte, então surge como escolha dos cidadãos zelar por valores gerais e executar tarefas em concurso com o poder público como forma de gestão compartilhada dos objetivos fundamentais de qualquer Estado-nação. Assim, a razão para esse movimento em direção ao consenso advém da constatação de que o interesse público será mais bem implementado quando prestigie uma solução harmônica e compatível com a satisfação de interesses privados.

Um *caveat* importante a se registrar neste momento é que não se ignora a crítica de importantes autores a respeito da "euforia da participação", os quais veem nesta discussão um excesso de retórica sem efetiva transformação das práticas administrativas, a exemplo dos estudos de Alfonso Pérez Moreno,[40] do qual extraímos a seguinte admoestação:

> Si adelantamos una síntesis de los resultados de la observación, a nuestro juicio hay que concluir en que la Constitución se ha desarrollado escasamente todavía en la regulación de la participación ciudadana; se han interpretado desigualmente sus preceptos sobre dicha materia, y en la praxis social no se manifiesta predominante un impulso de los poderes públicos para facilitar la participación ni un estímulo ciudadano para crear un tejido institucional social con fines participativos.

---

36 (MOREIRA NETO, 2003)

37 Idem

38 Remetemos o leitor que queira aprofundar o estudo da evolução histórica do Direito Administrativo para o levantamento histórico elaborado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014)

39 (BOBBIO, 1987, P. 26) em igual sentido: (MOREIRA NETO, 2003b)

40 (MORENO, 1989)

Trata-se de importante crítica que deve servir de alerta a todos os estudiosos do tema. Sem dúvida o entusiasmo que animou a elaboração dos primeiros estudos acerca do tema da consensualidade no Direito Administrativo só pode ser comparado com a ausência de efeitos práticos que estes institutos tiveram para produzir uma mudança significativa no modo de aplicação do Direito Público Brasileiro, tanto sob a perspectiva do administrado como também pela perspectiva da Administração.

Como explica Patrícia Baptista, (2018, p. 117 e s) o cidadão, isoladamente considerado, tem uma grande dificuldade em participar ativamente dos processos decisórios da Administração, seja por lhe faltar a adequada compreensão das questões envolvidas na discussão pública, seja também pelo seu baixo interesse nas discussões mais afastadas dos seus interesses mais imediatos e egoísticos. Conforme sustenta a autora, em um cenário como esse, o cidadão comum vislumbra pouca utilidade em sua participação nesse processo, o que conduz ao absenteísmo de sua participação em consultas e audiências públicas.

Realmente um dos grandes desafios para a Administração condutora do procedimento de participação popular é encontrar meios de fomentar a adequada participação de uma pluralidade de interessados, de modo que o processo não seja capturado por setores com maior capacidade de mobilização, a exemplo de sindicados de trabalhadores, associações de operadores econômicos e demais entidades assemelhadas com o consequente afastamento do cidadão comum deste processo. De outro lado, a Administração Pública deve orientar a participação dos diversos atores deste processo em um sentido frutífero e construtivo, impedindo que a participação popular se traduza em mera tentativa de interdição de projetos estratégicos de longo prazo que reclamam dos atuais interessados investimentos imediatos, seja por meio de aumento de tarifas ou sacrifício de direitos e bens. Estes temas serão objeto de novos apontamentos quando estivermos falando sobre o caso dos acordos integrativos no contexto dos pedidos de reequilibrio dos contratos de concessão.

Já sob a perspectiva da Administração Pública, a ideia mais comumente aventada seria a de que a participação popular se traduziria em mais uma etapa burocrática a ser vencida pelo Poder Público, consistindo em um comprometimento da eficiência administrativa (Baptista, 2018, 113). Trata-se, em verdade de uma visão unidimensional do instituto, apenas focalizando-se no alargamento do tempo necessário para a tomada de decisão. Entretanto, conforme iremos demonstrar, o tempo utilizado na construção da

solução a ser adotada pela Administração Pública pode significar a redução da litigiosidade durante a concretização dos efeitos práticos da decisão administrativa, menor incidência de cautelares judiciais e administrativas e maior nível da pacificação social.

Deste modo, nosso estudo dos instrumentos consensuais encontra-se lastreado em duas premissas de análise: de um lado tomamos como inafastável o direito do interessado à participação no processo administrativo de formação da decisão administrativa, tratando-se de elemento necessário à própria regularidade do processo administrativo brasileiro;[41] enquanto que em uma segunda vertente é de se destacar que o nosso estudo se concentrará na primeira das três funções da participação procedimental, conforme classificação elaborada por David Duarte,[42] a saber, a legitimidade administrativa a partir da participação, e mais ainda, do consenso.

Com efeito, não pode passar despercebido desde já que que a inclusão do cidadão nas decisões públicas tem sido reconhecida como uma das modernas estratégias de aprimoramento da governança pública, ao lado da implementação de um governo eletrônico (*e-government*), atuação estatal em rede, bem como ampliação da transparência, governo aberto e responsabilização (*accountability*)[43]. Trata-se, portanto, de um movimento permanente de aproximação dos responsáveis pela formulação das políticas públicas com o cidadão comum, agora potencialidade pelas pontes estabelecidas pelos recursos tecnológicos e pela demanda da sociedade por mais transparência das ações estatais e evidenciação de resultados práticos, eficiência, da condução dos negócios estatais. Assim, diante da permanência das condições que importaram na inserção, em 1998, do dever da Administração Pública de ordenar a participação cidadã nos atos públicos[44], nomeadamente a crise da lei e o déficit democrático da Administração,

41 Conforme disposto no art. 3º, III, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o administrado tem o direito de participação do administrado no processo administrativo federal brasileiro. Além disso, é importante destacar que a legitimidade do interessado no processo administrativo brasileiro é ampla, admitindo à participação tanto os titulares de direitos individuais, aqueles que podem ser afetados pela decisão e os titulares de interesses difusos e coletivos, conforme dispõe o art. 9o da mesma Lei geral de Processo administrativo.

42 Referido autor estabelece três funções da participação procedimental, a saber: a Legitimação administrativa, a função compensatória da participação e o fornecimento de informação e proteção jurídica. (DUARTE, 1996, p. 159 e ss)

43 (CAVALCANTE; LOTTA; OLIVEIRA, 2018)

44 CRFB Art. 37. (...)
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

entendemos necessária uma revalorização da participação cidadã no processo de formação da escolha pública, tendo em conta o benefício advindo do incremento da segurança jurídica que este instituto confere ao processo de tomada de decisão em questões complexas, tema que iremos aprofundar na sequência.

2.1.1. Da centralidade do consenso na legitimação do Estado contemporâneo

A transformação do Estado clássico para a Democracia retratada na história do Direito Público exigiu a ampliação dos modos de controle da atividade do Estado, a partir do primado da supremacia da Constituição, presente, em especial, no princípio da legalidade e da universalidade da jurisdição, respeitando sempre os direitos fundamentais e a soberania popular.[45] Este novo Estado Democrático de Direito é conceituado a partir do preenchimento de três elementos constitutivos necessários. Para Wolfgang Abendroth, juridicidade, democracia e socialidade; para Paulo Otero, juridicidade, pluralismo e bem-estar; e para Jorge Reis Novais, segurança jurídica, autodeterminação democrática e obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado.[46]

Apesar das variações em torno do mesmo tema, é de se reconhecer a centralidade do princípio democrático, ao lado do princípio do Estado de Direito, como elemento constitutivo e organizativo do Estado Democrático. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho,[47] trata-se de princípio jurídico com dimensões tanto materiais quanto organizativo-procedimentais. Na acepção que nos interessa para o presente estudo, o princípio democrático responde normativamente ao problema da *legitimidade-legitimação* da ordem jurídico-constitucional, na medida em que condiciona a *legitimidade* do domínio político à persecução de determinadas finalidades e à realização de determinados valores e na dimensão processual atrela a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos.

A partir das lições do mestre português, é possível constatar que o princípio democrático no constitucionalismo contemporâneo não se limita a regular apenas o processo de escolha dos governantes, mas também se constitui em um "impulso dirigente

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

45 (JUSTEN FILHO, 2017)
46 Levantamento doutrinário realizado por (BITENCOURT NETO, 2017)
47 (CANOTILHO, 2003, p. 288)

de uma sociedade"[48] que espraia seu âmbito de incidência para a atividade interna da Administração Pública, edificando uma teoria da participação administrativa.[49]

A força motriz a promover a transformação da Administração Pública "boca da lei" advém da constatação da insuficiência do Estado prestacional e exigiu a constituição de mecanismos participativos do indivíduo na escolha pública, como forma de legitimar o exercício harmônico de duas grandes atribuições estatais que frequentemente entram em rota de colisão quando da aplicação do direito: de um lado, o exercício do poder ordenador da vida em sociedade, por intermédio de restrições às liberdades individuais através de atos de poder extroverso, e de outro, especialmente no contexto de desigualdade socioeconômica do Brasil[50] promover a modificação da realidade existente, visando à efetivação dos direitos fundamentais.

O equilíbrio desses interesses reclama da Administração moderna o arbitramento entre os diversos interesses estatais,[51] por meio do consenso e da razoabilidade no exercício de sua autoridade. Dentro desse novo arranjo de forças, a consensualidade administrativa confere ao ato administrativo a legitimidade possível em uma sociedade plural que busca, para além da manutenção da organização social e do respeito às liberdades individuais, o efetivo cumprimento da promessa de concretização de direitos fundamentais que o Estado prestacional não conseguiu cumprir.

O indivíduo, dentro desse contexto, deve ser visto como protagonista no exercício legítimo de implementação de políticas públicas pela Administração Pública, na medida em que figura como principal receptor das consequências dos atos da Administração. Neste sentido, não pode o Estado agir com total autonomia, devendo levar em consideração o fator humano, tendo presente que a função estatal não existe sem o concurso necessário dos particulares para ser efetivada.

Neste exato sentido, o eventual conflito entre interesses públicos e particulares não pode mais ser arbitrado pela mera prevalência do interesse público abstratamente considerado, dado que os particulares são também sujeitos de direito reconhecidos pela Constituição. A propósito desta questão, e com suporte no pensamento de José Eduardo Faria é necessário reconhecer a insuficiência da compreensão do interesse público como um mero somatório das vontades individuais dos integrantes de uma dada sociedade

48 Idem
49 (BAPTISTA, 2018, p. 90)
50 (VILHENA, 2007, pp. 29 – 52)
51 (MARQUES NETO, 2017)

complexa, na medida em que os interesses individuais dos diversos segmentos desta sociedade não podem ser reconduzidos a uma única unidade harmônica.[52]

À toda evidência, conclui o autor não ser possível obter uma definição concreta do "interesse público", sem que haja uma ponderação não apenas quantitativa, mas também qualitativa de todos os interesses individuais potencialmente impactados por uma ação Estatal e uma filtragem prévia a partir da burocracia responsável pela elaboração das políticas públicas, calcada na compreensão de que o interesse público não pode ser reduzido à média aritmética total dos interesses privados, na medida em que esta operação:

> [s]ubestima tanto as contradições sociais, as diferenças culturais e as privações de grupos economicamente marginalizados, quanto a própria tendência histórica dos homens de se aglutinarem em grupos cada vez mais organizados a partir de sua posição econômica numa formação social concreta – um fenômeno que, ganhando especial importância na transição do "capitalismo concorrencial" para o "capitalismo organizado", leva a sociedade a ser crescentemente atravessada por conflitos coletivos diante dos quais o Estado, antes de atuar como detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania, passa a desenvolver funções potencialmente contraditórias de mediação e negociação, acumulação e legitimação, por meio de seus sistemas hierarquizados de filtros, barreiras, instâncias de transformação e tratamento das reivindicações políticas.[53]

Neste sentido, a concretização do projeto constitucional reclama, necessariamente, a consideração da voz ativa do cidadão na subsunção da norma ao caso concreto, preenchendo o conceito de interesse público a partir do processo dialético decorrente da construção coletiva da escolha pública e, a partir dos aportes do gestor público, da sociedade, dos órgãos de controle e dos demais legitimados.[54] É um processo de construção coletiva e multisetorial, que não dispensa a devida e preliminar instrução técnica da Administração Pública, que deve orientar a instrução processual para o atendimento da finalidade pública, que agora precisa levar em consideração os instrumentos de participação cidadã.

A propósito desta discussão, Odete Medauar evidencia que em uma sociedade pluriclasse,[55] a concepção monolítica de interesse público deve ceder espaço para a

---

52 (FARIA, 2013)

53 *Idem*.

54 (NEVES; FILHO, 2018, p. 63-84)

55 Expressão consagrada no direito administrativo brasileiro a partir dos aportes doutrinários italianos encontrou nas palavras de Vitor Rhein Schirato elucidativa explanação: "Massimo Severo Giannini, com a percuciência de sempre, adverte que o advento do Estado pluriclasse (aquele no qual diversas forças políticas têm direito de expressão na formação da vontade estatal) pôs em choque a noção de interesse público, na medida em que o consenso na formação das leis determinadoras de tal interesse passou a ser

confluência de anseios dos mais diversos legitimados, na medida em que a crescente incerteza na determinação unilateral do conceito poderia produzir uma crise de objetividade da atuação estatal.[56] Assim, se antes o Direito Administrativo rejeitava toda e qualquer possibilidade de consensualidade em suas ações, sob o receio da deslegitimação do ato administrativo, hoje a decisão estatal somente será efetiva se a Administração buscar mecanismos legitimadores que superem o unilateralismo que costumeiramente permeia o Direito Administrativo tradicional.[57]

Ou seja, com suporte no pensamento de Vitor Rhein Schirato, em um estado democrático no qual o poder é exercido a partir da confluência dos mais variados aportes de diferentes parcelas da sociedade na formação da vontade estatal, não haveria como se conceber a existência de um interesse público único e indiviso, mas sim de uma pluralidade de interesses legítimos e que precisam ser ponderados e sopesados no processo de tomada de decisão pública, sempre diante das condicionante do caso concreto e não de maneira apriorística.[58] Esse processo engloba a união dos esforços comuns em prol da realização de tarefas públicas, de modo que deve ser traduzida como o direito participativo, no qual o cidadão participa, quando possível, das decisões tomadas pela Administração Pública. Como pensa Othon de Azevedo Lopes:

> Uma teoria jurídica apoiada em discursos hierarquizantes e verificações de validade, preocupada com definições de pertinência formal ao ordenamento jurídico, está com a sua capacidade de rendimento esgotada em face dos difíceis problemas de validação e posicionamento normativo dos atos editados pelos entes reguladores, que não raro se situam numa zona cinzenta de conformação material aos limites legais.[59]

Antes de se tratar de mera liberalidade estatal, o movimento em direção ao consenso deve ser considerado como reflexo da crescente conexão entre os interesses da sociedade moderna, que criam espaços híbridos entre o público e o privado, sem que isso

cada vez mais dificultoso, havendo a emergência de diversos interesses públicos e não apenas um". (SCHIRATO, 2012, p. 141)

56 (MEDAUAR, 2003, p. 190-191)

57 Segundo a concepção mais tradicional do direito administrativo, assumia-se como válida a premissa de que o conjunto de interesses dos indivíduos enquanto partes de uma sociedade resultaria em um único interesse público, que poderá ser traduzido na lei e que, portanto, poderia ser captado pelo direito positivo ou mesmo pelo administrador no processo de subsunção do fato à norma. Refutamos esta compreensão a partir da compreensão da existência de um conjunto de interesses heterogêneos e igualmente legítimos que devem ser considerados na deliberação Estatal.

58. (SCHIRATO, 2010)

59 (LOPES, 2011)

signifique o estreitamento do espaço do público, mas o reforço da vontade e dos meios empregados pelo Estado para o concurso de esforços em prol da sociedade convergente.[60]

Essa necessidade de reformulação dos instrumentos regulamentadores do Estado[61] se traduziu, em grande medida, na instrumentalização do Direito com tecnologias cujo objetivo central é conferir equilíbrio ou igualdade ao sistema regulado.[62] Assim, a partir do advento das agências reguladoras, a vontade popular manifestada pela eleição de representantes perde relevo para tolerar a atuação de um poder administrativo-burocrático alheio a essa forma de manifestação popular.

Portanto, diante do distanciamento democrático do processo de indicação dos dirigentes das agências reguladoras, o Estado Regulador deve se legitimar a partir de outra base. Segundo defendemos, esta virá a partir de um processo decisório que respeite, em igual medida, a eficiência técnica, de um lado; e o diálogo constante com todos os interessados, de outro.[63] Trata-se de uma forma de garantir a implementação de políticas públicas que sejam ressonantes com o projeto transformador constitucional, mas também, e como sintetiza Jacques Chevallier[64], que respeitem o novo papel do Estado como árbitro do jogo econômico - ou seja, com a função primordial de reduzir tensões nas relações existentes entre os atores regulados, exsurgindo daí a importância qualificada da composição de interesses em conflito, a partir de um processo administrativo tendente ao consenso.

Dada a atribuição de persecução de múltiplas finalidades materiais ao Estado, este deixa de ser mero executor da vontade do legislador para figurar como garantidor da efetivação de um longo rol de direitos fundamentais, atividade para o qual não encontrará no direito legislado pauta segura de concretização. Do quanto exposto percebe-se que o Direito Regulatório representa uma face mais aguda de um processo amplo de migração das bases de legitimidade do Direito Administrativo, baseado na constatação da insuficiência do arquétipo próprio do modelo clássico que preconiza um balizamento estrito da conduta administrativa a partir da Lei.

---

60 (SOUTO, 2002, pp. 1-16)

61 Para uma análise do impacto da globalização, (CASSESE, 2010)

62 (ARANHA, 2019, p. 9)

63 Alexandre Santos de Aragão reconhece na institucionalização da participação dos titulares de interesses coletivos ou difusos um mecanismo de legitimação da Administração Pública. Segundo o autor, a manifestação de opiniões perante a Administração contribui para o controle de legalidade e efetividade dos atos administrativos, tornando as decisões estatais mais equânimes e eficientes. (ARAGÃO, 2006, p. 1 e ss.)

64 (CHEVALLIER, 2009, p. 73)

2.2. Do novo modelo de gestão inaugurado a partir do advento das agências reguladoras: a expressão mais candente de um movimento de mutação do modo de atuação da Administração Pública

Até as reformas implementadas na década de 90, vigorava no Brasil um modelo de intervenção direta do Estado na economia, majoritariamente por meio de entes criados para o fim de garantir o atendimento dos interesses públicos. Essa atuação Estatal na economia tinha por pressuposto a persecução do interesse público geral e abstrato, enunciado de maneira genérica nos objetivos de desenvolvimento nacional, interesse estratégico, segurança nacional, encartados nos princípios ordenadores da ordem econômica da CRFB. Esse pensamento centralizador, como comenta Floriano de Azevedo Marques Neto,[65] remonta a uma concepção ideológica antiga, baseada na visão de que os interesses públicos relacionados com a exploração dos serviços públicos seriam de tamanha importância, que se faria necessário interditar a sua exploração ao mercado, sob o pressuposto lógico de que a exploração Direta por parte do Estado seria o melhor modo de oferta dos serviços público à população.[66].

Esse modelo excessivamente instável, pois dependente da decisão política que poderia mudar a depender da linha ideológica do governo de ocasião, produzia forte desincentivo à atividade econômica, dado que havia nem segurança jurídica, nem previsibilidade adequadas para a realização de investimentos de longo prazo, diagnose que, apesar de ser crônica há bastante tempo, agravou-se na década de 90 diante da escassez de recursos públicos disponíveis para a implementação pública de projetos de infraestrutura necessários ao desenvolvimento nacional.

Neste trilhar de ideias, e sob o prisma das reformas do Estado da década de 90 é relevante destacar que esse movimento não implicou a adoção, no Brasil, do Estado liberal do tipo *laissez faire*[67], ou do capitalismo desregulado do século XIX da Europa e dos Estados Unidos.[68] Manteve-se o papel da regulação da economia, agora com outra pauta de atuação: setores propensos às "falhas de mercado", doravante abertos à concorrência, reclamavam da regulação uma atuação positiva na colmatação de ditas falhas. Já naqueles mercados em que a concorrência não fosse possível (monopólio

65 (MARQUES NETO, 2002)
66 Idem
67 (MOREIRA NETO, 1994)
68 Para uma análise do processo de recepção do instituto norte americano e as correspondentes adaptações ao contexto jurídico brasileiro, ver: (OLIVEIRA, 2009)

natural), fazia-se necessário a aplicação de outras técnicas, como o *unbundling* das indústrias de rede, além de se mostrar necessária a proteção e a promoção de outros valores não econômicos (justiça social, pluralismo informativo, consensualidade e legitimidade decisória, entre outros).

Tal transição de modelos interventivos é captada por Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem o novo modelo de atuação estatal haveria de ser pautado por uma intensa atividade de mediação de interesses entre o Estado e os agentes econômicos produzindo-se um deslocamento da "da proteção do indefinido 'interesse público' para a defesa da sociedade – sob um aspecto de proteção de direitos coletivos".[69]

Neste sentido, Vital Moreira[70] registra que essa mudança no modo de atuação do Estado com a economia seria marcada pela revalorização do mercado, que assume a primazia, sendo a atuação do Estado marcada pela subsidiariedade[71] na correção das falhas mercadológicas e na promoção dos objetivos constitucionais. Neste ponto é importante repisar que a regulação é regida pelo princípio da subsidiariedade e somente terá espaço legítimo de atuação se restar demonstrado, no caso concreto de incidência, forte interesse público apto a derrogar a liberdade de iniciativa na atividade econômica, insculpida na Constituição como princípio fundamental da República (art. 1º, IV, da CRFB) e como princípio da ordem econômica (art., 170, *caput* da CRFB).[72]

Assim, o princípio da subsidiariedade assume papel ordenador da intervenção do Estado na economia, presente tanto na Constituição Federal, como já visto, mas também na lei de liberdade econômica, que o alçou à condição de princípio[73] e tem por efeito atribuir um caráter excepcional à *publicatio*[74] de modo que a qualificação de uma atividade econômica como serviço público somente seria constitucional em razão da incapacidade de sua oferta pela iniciativa privada.[75]

---

69 (MARQUES NETO, 2009)

70 (MOREIRA, 2013)

71 Para um aprofundamento do tema, sugiro consultar: (CUNHA, 2013)

72 Esta afirmação é refutada por parcela da doutrina que nega a consagração constitucional do princípio da subsidiariedade. Para estes autores, a defensa da existência do princípio da subsidiariedade na CRFB seria mera "captura ideológica do texto". Nesse sentido: (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2007)

73 Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019
Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:
(...)
III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas.

74 Termo que sintetiza a ideia de transferência da titularidade de atividades das mãos privadas para o Estado e que assumiu papel predominante na história administrativa brasileira no início do século XX, de nítida tradição francesa.

75 Neste sentido: (MENDONÇA, 2017)

Esta transição do modelo de Estado prestador exclusivo da quase totalidade dos serviços públicos rumo ao Estado Regulador exigiu a reconfiguração da Administração Pública para o efetivo exercício do plexo de atribuições encartadas no conceito de regulação, que não se limita à regulamentação de matérias em atos normativos infralegais, abrangendo também as atividades necessárias ao equilíbrio da relação com os recém admitidos parceiros privados, envolvendo com isso, as atividades de fiscalização, ordenação, sanção e incentivos. É no contexto de superação desse modelo de intervenção direta para a construção do papel regulador do Estado que surgem as Agências Reguladoras, constituídas sob a forma jurídica de autarquias de regime especial e dotadas de expertise técnica e independência financeira e administrativa do Poder Político.

Essas entidades independentes, defendiam seus próceres, trariam a segurança jurídica e previsibilidade necessárias à realização de investimentos pelos investidores nacionais e estrangeiros para a exploração dos referidos ativos regulatórios. Essa nova forma de intervenção é marcada pela substituição do Poder Estatal em favor do consenso e da participação do administrado na solução administrativa. Para o exercício dessa atividade, o reformador da década de 90 buscou inspiração no modelo regulatório norte-americano. Patrícia Batista[76] observa que a escolha de tal modelo pretendeu, além de garantir autonomia técnica e decisória,

> [s]inalizar para o investidor privado com uma maior estabilidade das regras decorrentes do insulamento do poder político central. Com esse aparato, pretendia-se conferir maior garantia aos investimentos privados que viessem a ser aportados nas privatizações. Buscava-se, assim, reduzir o risco de repetição de experiências frustradas do passado, quando a excessiva intervenção política e a instabilidade de regras que daí deflui puseram a pique quase todas as experiências de assunção de serviços públicos por particulares vivenciadas entre o final do século XIX e o início do século XX (ferrovias, eletricidade, transportes urbanos etc.).

Ocorre que a adoção deste modelo alienígena demanda dos aplicadores e intérpretes da lei o concomitante esforço de construção de uma teoria da regulação estatal da ordem econômica que não mais se confinaria nos estritos limites da discussão do serviço público ou do exercício do poder de polícia sobre as atividades econômicas.[77] Tal necessidade surge do diagnóstico da inadequação do modelo teórico americano para a realidade brasileira. Segundo o pensamento dominante norte-americano, a intervenção do Estado na economia deve, em linhas bem gerais, limitar-se à correção das falhas de

[76] (BAPTISTA, 2015)
[77] (MARQUES NETO, 2003)

mercado,[78] com a finalidade de permitir o funcionamento mais livre e ideal deste, fato que, isoladamente, seria capaz de produzir riqueza social e desenvolvimento.[79] Entretanto, é majoritário o pensamento na doutrina brasileira de que esse modelo é insuficiente para atender a realidade nacional que, para além da simples técnica alocativa de recursos, impõe a adoção de técnicas redistributivas para redução das desigualdades internas.[80]

Segundo essa visão, a regulação não se limitaria à preservação do mercado, compreendendo, para além disso, uma atuação marcante do Estado na condução dos fatores de produção do processo econômico como mecanismo necessário para a implementação dos objetivos fundamentais elencados no artigo 170 da CRFB, nomeadamente a soberania nacional, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político.[81] Ademais, essas mesmas funções devem ser exercidas de acordo com os objetivos do Estado plasmados no art. 3º da CRFB.

> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
> (...)
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A outro giro, também é importante destacar que a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado, mecanismo preferencial de intervenção Estatal na econômica antes das reformas de 90, constitui a forma de intervenção mais agravada nas atividades econômicas. Assim, partindo do âmbito daquelas atividades econômicas

---

78 Esta escola de pensamento, conhecida como Escola de Chicago ou econômica ou neoclássica, identifica ao menos quatro categorias de falhas de mercado, quais sejam: o monopólio e poder de mercado, as externalidades, os bens coletivos e a assimetria de informações. Para mais desdobramentos, cf.: (ARANHA, 2019, p. 91)

79 (BAPTISTA, 2015)

80 Patrícia Batista, com suporte no pensamento de Calixto Salomão Filho, registra que a teoria econômica da regulação, de matriz anglo saxônica, se mostra insuficiente para resolver os problemas econômicos desenvolvimentistas. Apenas o aumento da riqueza social não seria capaz de gerar, por si só, a sua redistribuição. Assim, para o autor, ao lado da concepção regulatória tradicional, é necessário também considerar a regulação sob a ótica da teoria do desenvolvimento, para a qual os processos de desenvolvimento dependem substancialmente de instituições e de valores voltados a esse fim. (BAPTISTA, 2015 apud SALOMÃO FILHO, 2011. p. 29-63)

81 (GUERRA, 2017, p. 61-71)

exercidas antes pelo Estado em modo de prestação direta, a regulação representa clara redução da intensidade da intervenção estatal, sem que isso possa ser entendido como uma abstenção integral do Estado, que continuará a atuar para garantir o atingimento das finalidades constitucionais.

Uma parte deste movimento de redução da intervenção estatal pode ser explicada pela gradual eliminação das diferenças de entre o serviço público e a atividade econômica regulada, na medida em que o serviço Público perde o atributo da exclusividade, admitindo-se a concorrência pelo mercado entre ambos os modelos de exploração econômica,[82] ao passo em que a atividade econômica privada passa a sofrer interferências de ordem pública, a exemplo da intensa regulação das autorizações de serviço público,[83] que passam gradualmente a obedecer à regulação estatal.

Estas aproximações de modelos de exploração de atividades econômicas evidenciam o aspecto transversal da regulação, que deve incidir tanto em uma relação jurídica contratual, atraindo-se uma correspondente regulação contratual, assim como também as atividades econômicas se submetem à regulação discricionária. Este aspecto de incidência linear da regulação aliado à inexistência de uma definição do conceito de serviço público no texto constitucional, bem como a crise de legitimidade do Direito produzida pela realidade complexa e plural da modernidade exige que o Direito Regulatório transcenda a mera força e coerção do Direito Administrativo tradicional.

Surge para o Estado o dever primacial de mediar conflitos a partir da promoção de um ambiente democrático que não se confina no espaço tradicional da política, como forma de obtenção de uma base de legitimação de suas decisões, por meio da ampliação do aspecto democrático do processo administrativo[84]

Tais considerações nos permitem concluir que a regulação tem por finalidade precípua oferecer às atividades econômicas as condições necessárias para que possam não só funcionar de modo mais eficiente, mas que também possam contribuir para a edificação de uma sociedade mais digna e mais justa. Para o exercício adequado dessas missões institucionais, parece-nos inafastável concluir que a partir do arranjo que exsurge

---

82 Para um aprofundamento destas questões, cf.: (SILVA, 2020)

83 (MODESTO, 2005). Ver também (SUNDFELD, 2009, p. 83.)

84 Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka bem evidenciam o papel construtivo do consenso na determinação do interesse público ao destacarem competir ao Estado mediador não só estabelecer, de maneira eficaz canais de interlocução com os diversos interessados, sendo dele exigida também o dever de fomentar o estabelecimento de "vínculos robustos e duradouros". Segundo os autores, a principal tarefa da Administração mediadora passaria a ser o de envolver o cidadão no processo de determinação e densificação do interesse público, como elemento indissociável da ação estatal. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009)

do advento das agências reguladoras, o adequado exercício desse plexo de atribuições reclama destas o estabelecimento de um contínuo jogo entre reguladores e regulados, com o objetivo de equalizar as diferentes entradas de objetos regulados e os interesses de grupos de interessados.[85] Assim, essa nova forma de atuação administrativa requer da agência reguladora a utilização balanceada de diversas estratégias de intervenção, valendo-se de igual modo do poder sancionador quando necessário, mas também, incorporando técnica colaborativas com os particulares, como estratégias de negociação e diálogo para solucionar um caso complexo. Este novo modo de atuação administrativa traz, portanto, uma nova pauta de controle dos atos administrativos, que será objeto de debate na sequência.

2.3. Da falência do atual modelo de controle das agências reguladoras

Como vimos defendendo, o contexto de criação das agências reguladoras está umbilicalmente ligado ao surgimento do fenômeno de democratização da atuação administrativa,[86] necessário à legitimação da Administração Pública neste novo contexto fático-jurídico. Segundo Moreira Neto, a regulação seria uma realidade irreversível no contexto mundial, mas estaria longe de se apresentar como um conceito acabado, devendo "amadurecer" em direção a temas como "democracia material, da consensualidade, da subsidiariedade e da participação."[87]

Segundo o modelo eleito pelo legislador, as agências reguladoras devem ser dotadas de autonomia reforçada, nos âmbitos administrativo, financeiro e técnico, e especialização – ligada ao princípio da eficiência –, e teriam como função básica intervir na liberdade privada, ponderando interesses em tensão. A autonomia de tais entidades exsurgiria como uma característica intrínseca à sua própria razão de existência, com o objetivo de se alcançar a desgovernamentalização da regulação, partindo-se do pressuposto de que o adequado arbitramento dos diversos interesses antagônicos implicaria o distanciamento do decisor técnico do centro de poder político.

---

85 (LOPES, 2018, p. 67.)

86 Neste sentido, as lições de (MEDAUAR, 2003, p. 219) e de (MOREIRA NETO, 2003c, p. 12), tendo a primeira cunhado a expressão "democracia administrativa" para ilustrar o papel central da alteração da relação entre Administração e administrados, a partir do advento das agências reguladoras no contexto brasileiro e do império do consenso na formação do conceito de regulação.

87 (MOREIRA NETO, 2003c, p. 208, 209)

A ideia de insulamento político das decisões técnicas das agências encontra no pensamento do sociólogo Fernando Henrique Cardoso um importante contributo.[88] Segundo ele, a apatia da "sociedade civil" no processo de planejamento da atividade econômica, associada ao autoritarismo legitimado por políticas populistas foram incorporados na base do sistema político, favorecendo o aparecimento de uma estrutura estatal marcada pela existência de "anéis burocráticos".

Segundo FHC, ao contrário de outros países, em que o processo de constituição da burocracia estatal se deu a partir de embates públicos entre forças políticas[89], no Brasil, a burocracia estatal teria sido formada no próprio Estado e nas forças que nele se articularam. Este processo formativo da burocracia estatal teria contribuído, segundo o autor, para a formação de um Estado autoritário, na medida em que aqueles diretamente vinculados ao grupo político que está no poder teria interlocução com os responsáveis pela formulação das políticas públicas.[90] Deste modo o insulamento político das agências reguladoras seria necessário para interromper o pernicioso envolvimento entre política, burocracia e interesses de grupos econômicos privilegiados (problema da captura).

Entretanto, a reforma do Estado da década de 90 não foi suficiente para a instituição de um modelo de agência reguladora absolutamente equidistante em relação aos interessados na regulação (Governo, explorador de serviço público e usuário/sociedade), na medida em que a experiência tem demonstrado a renitência do debate a respeito da separação das questões técnicas e das escolhas políticas, linha divisória em muitos casos tênue naquelas situações em que a resposta regulatória pode decorrer de uma escolha de política pública.[91] De mais a mais, hoje o debate a respeito do insulamento político da burocracia no contexto brasileiro tem se notabilizado pela necessidade de complementação deste com mecanismos de participação social[92], inaugurando um momento de complementariedade entre a instância técnica e a participação popular que propicia a ampliação do debate a respeito da necessidade de democratização da atividade de elaboração da política pública.

Adicionado a isso, a Administração Pública contemporânea é marcada por sua complexidade, estando os seus atos submetidos aos mais diversos mecanismos e intensidades de controle estatal e não estatal. Nessa conjuntura, é importante perceber que

88 Conforme análise constante em: (MATTOS, 2017, p. 29 e ss)
89 Idem
90 (MATTOS, 2017, p. 33)
91 Conforme adverte (GALVÃO, 2018).
92 (CAVALCANTE; LOTTA; OLIVEIRA, 2018)

as ações administrativas, além de envolverem conteúdo progressivamente complexo, avançam em direção à coexistência de uma pluralidade de centros decisórios na Administração Pública.[93]

Quanto ao primeiro aspecto, projetos complexos como os de concessão têm efetivamente desafiado a organização administrativa brasileira, que em razão da necessidade de implementação de um amplo rol de princípios e mandamentos constitucionais, tem demandado do Estado um esforço de atualização da atuação administrativa. Esse processo se dá progressivamente, em cumprimento a legislações e normatizações cada vez mais extensas e não necessariamente coerentes, tais como: Lei de Licitações[94], Lei de Improbidade[95], Lei de Concessões[96], Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP)[97], Lei de Acesso à Informação[98], Lei de Conflitos de Interesses[99]. Muito embora seja necessário destacar a relevância desse processo e das inovações legislativas para a concretização do projeto constitucional de 1988, o que se tem visto, recentemente, é a hipótese de essa transformação ter acarretado ônus desnecessários ou excessivos, com o risco de acirramento da burocratização.[100]

Tal fenômeno decorre essencialmente da intensificação do uso de conceitos jurídicos indeterminados, a partir da constatação de que essa técnica está em sintonia com o diagnóstico de que o intenso recurso a regras legais excessivamente prescritivas constitui medida incompatível com a necessidade de munir a administração com mecanismos aptos a responder a uma realidade rapidamente cambiante.[101] Assim, é fácil constatar que em razão da crescente inflação do direito positivo aliada ao intenso recurso dos mencionados conceitos jurídicos indeterminados, também cresce a indeterminação, e com ela a insegurança do trabalho do intérprete para a subsunção do caso concreto ao Direito. Essa vagueza dos comandos legais tem provocado o fenômeno descrito como

---

93 A propósito da existência de uma complexidade advinda de múltiplos centros decisórios, destacamos a recente Lei nº 14.210, de 30 de setembro de 2021, que introduziu na Lei de processo administrativo federal a possibilidade de tomada de decisões coordenadas, quando a decisão administrativa exigir a participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades, e que essa decisão conjunta for justificada pela relevância da matéria ou se a discordância possa prejudicar a celeridade do processo administrativo decisório.

94 Lei Nº 8.666, De 21 De Junho De 1993 que em breve será substituída pela Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021.

95 Lei Nº 8.429, De 2 De Junho De 1992

96 Lei Nº 8.987, De 13 De Fevereiro De 1995.

97 Lei Nº 11.079, De 30 De Dezembro De 2004

98 Lei Nº 12.527, De 18 De Novembro De 2011.

99 Lei Nº 12.813, De 16 De Maio De 2013.

100 (GALVÃO, 2018 p. 43)

101 (MOREIRA; PEREIRA, 2018)

paralisia decisória,[102] que induz o gestor público à inação pelo receio de ser responsabilizado pessoalmente em razão da existência de um entendimento diverso do dos órgãos de controle,[103] ambos possíveis diante do texto legal pouco eloquente. Esse fenômeno foi registrado por Juliana Bonacorsi de Palma, para quem o trabalho de aplicação da norma no contexto do Direito Público Brasileiro é marcado pela necessidade de prévia definição do conteúdo de leis "prenhes de indeterminação jurídica".[104]

Tendo presente este estado de coisas, oportunas são as considerações de Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, que vislumbram, a partir do estudo dos casos concretos de aplicação das normas de Direito Público, uma verdadeira substituição do gestor pelo controlador no processo de tomada de decisão administrativa, que tem por resultado reduzir o espaço de inovação e protagonismo da Administração Pública, relegando-a ao papel de mero expectador das decisões do controlador.[105]

A partir da constatação dessa tendência é possível verificar que recentemente o ordenamento jurídico nacional tem sido dotado de mecanismos destinados a contrabalancear o rigorismo procedimental e conceitual na aplicação do Direito Público, voltados a dotar a Administração Pública de flexibilidade suficiente para fazer frente aos desafios de gestão de problemas complexos. Dentre tantos outros, um desses mecanismos é o movimento legislativo em direção ao pragmatismo jurídico[106] concebido como mecanismo de superação da "ossificação"[107] da Administração, entendida esta como a já aludida disfunção administrativa decorrente do excesso de controle externo que paralisa a tomada de decisão e submete o gestor público ao aval decisório dos órgãos de controle.

---

[102] Esta expressão cunhada por Rodrigo Valgas dos Santos é produto do que ficou conhecido no Direito brasileiro como "direito administrativo do medo". Referido autor alude à definição de Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara, para quem a expressão exsurgiria no contexto de excesso de controle das ações do administrado, de modo que este, mesmo quando atua com responsabilidade e denodo, tem o receio de uma injusta condenação. (SANTOS, 2020)

[103] Uma crítica à hipertrofia do controle externo no Brasil pode ser encontrada em: (DUTRA; REIS, 2020)

[104] (PALMA, 2019, p. 8)

[105] (MARQUES NETO; PALMA, 2017)

[106] Segundo grande parcela dos autores brasileiros, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, conhecida como Lei da segurança jurídica, inaugurou no direito brasileiro o dever de ponderação das consequências práticas das decisões calcadas em preceitos jurídicos abstratos. Com efeito, como esclarece José Vicente Santos de Mendonça: "O pragmatismo é uma filosofia das consequências, da experiência e da ação, mas é também, e, principalmente, uma filosofia da transformação. Nada mais distante do pragmatismo filosófico do que uma postura de tibieza diante da realidade e do conformismo, "render-se aos fatos". (MENDONÇA, 2014, p. 42) Adicionalmente, fazemos alusão aos ensinamentos de Eduardo Jordão para que o art. 22 teria consagrado um dever de empatia na atuação do controlador em relação ao administrador. (JORDÃO, 2018, p. 69-70) Para um apanhado histórico da evolução do consequencialismo no Brasil: (GABARDO; SOUZA, 2020)

[107] (MARQUES NETO; FREITAS, 2018)

Contudo, tal movimento não pode significar uma proscrição dos modelos anteriores de controle da Administração Pública, dado que esta precisa e precisará, sempre, evidenciar a adequação da eleição, dentre as opções técnicas disponíveis, daquela que melhor se amolde à promoção dos fundamentos constitucionais e mais sintonizada com os princípios reitores da Administração pública.

Deste modo, em razão do potencial desvio de finalidade da ação administrativa que, ao eleger uma opção técnica que também atenda uma prévia avaliação política, dado que nem sempre é possível separar completamente o que é técnico do que é político, faz-se necessário reconhecer o dever de adequada demonstração da correção da decisão administrativa. É certo que nem todos os casos tratados pela Administração Pública se apresentam de tal modo em que a eleição da melhor escolha administrativa seja evidente, e é justamente nestes casos, segundo entendemos, em que o processo formativo da decisão administrativa pode contribuir de maneira decisiva para a legitimação da escolha final eleita pelo gestor público.

É por essas razões que os controles estatal e popular constituem garantias institucionais destinadas a preservar a própria legitimidade da atuação do Regulador, bem como estabelecer uma relação de plúrima responsabilidade na implementação de políticas públicas, dentre as quais se situam os projetos de infraestruturas públicas. Resta, portanto, evidente, que a autonomia reforçada das agências não só deve admitir e se amoldar aos controles exercidos pelo Executivo, pelo Legislativo e pela sociedade, como também extrai desses controles importantes parâmetros de atuação e de legitimação das decisões regulatórias[108].

Tais mecanismos são fundamentais para minorar o risco de captura da agência reguladora, o que pode ser compreendido no contexto ora estudado como a instrumentalização do Poder Público para a realização dos interesses egoísticos de uma pequena parcela de entes privados submetidos à regulação e que, em razão do seu poder econômico, passam a ditar os rumos da regulação, mazela que apenas o insulamento político e a criação de "ilhas de excelência" no serviço público não foram suficientes para resolver.

Assim, diante da verificação da inadequação do atual modelo de controle calcado em juízos abstratos de legalidade da atuação de uma Administração Pública complexa e pluriclasse e, por outro lado, da constatação da necessidade de existência de um controle

[108] (ARAGÃO, 2002, p. 355 e 357)

que confira legitimidade à decisão administrativa, faz-se necessário propor um modelo de funcionamento estatal que garanta eficiência à atuação administrativa diante do novo arranjo institucional inaugurado a partir das agências reguladoras no ambiente institucional brasileiro.

É que, se por um lado, a submissão dos atos do Poder Público aos controles democráticos traduz importante concretização do princípio republicano, por outro, o excesso de controle (*accountability overload*) produz reflexos negativos tanto na esfera de direitos dos gestores públicos quanto na esfera da própria Administração Pública, pois, como hodiernamente percebido, o medo de decidir paralisa a gestão da coisa pública e impede ou limita a adoção de soluções inovadoras ou audaciosas.[109] Assim, como passaremos a defender, o aumento do grau de legitimidade democrática da função regulatória pressupõe a adoção de um processo administrativo que garanta a todos os interessados, sejam eles diretamente submetidos à regulação ou não, o direito de participação no processo formativo de decisão estatal.

[109] Neste sentido, (DIONÍSIO, 2019, p. 12). Para uma análise empírica das mazelas do sistema de controle externo no contexto das agências reguladoras, cf. (PEREIRA, 2019)

3. DO CONTROLE DA ESCOLHA PÚBLICA NO AMBIENTE REGULATÓRIO PELO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMOCRÁTICO E PLURAL

Como demonstrado, a instituição das agências reguladoras no Brasil tem sido marcada por dificuldades de acomodação dessa nova forma de atuação com o regime jurídico pré-estabelecido, marcado que era por uma lógica hierarquizante, unitária e centrada na ideia da coerção. É certo que tal tarefa não é simples, dado que o Brasil, tradicionalmente, estruturou o Estado sob os influxos da divisão tripartite de poderes. Entretanto, como anota Sérgio Guerra, a realidade atual é muito mais complexa que aquela experimentada por Montesquieu[110]. Urge, portanto, reposicionar as bases do sistema administrativo nacional, que já há muito perdeu a lógica piramidal, e passar a conceber o ordenamento a partir dos novos ditames aportados pelo *New Public Management*[111] e sua estrutura de governança em rede.[112]

Neste contexto é que se deve assumir a insuficiência do processo administrativo tradicional, amparado em decisões calcadas unicamente no impreciso conceito de discricionariedade técnica[113] titularizada pelas agências reguladoras para solução de casos difíceis ou que comportem múltiplas soluções viáveis, de acordo com o direito positivo. Este modelo de implementação decisória de conceitos jurídico indeterminados ou de solução de casos difíceis mostrou-se parcialmente falho como único mecanismo de integração de decisões diante dos múltiplos problemas da sociedade complexa e plural deste século.

Para além disso, o Estado de Direito atualmente reconhecido como Pluriclasse deve não apenas arbitrar os diversos conflitos de interesses como também se organizar

---

110 (GUERRA, 2021, p. 194)

111 Movimento do fim da década de 1980 com o objetivo de difundir o gerencialismo no setor público, no contexto de busca por eficiência da atuação estatal. Tendo presente a multiplicada de interesses em jogo nas complexas sociedades contemporâneas, surge para o gestor público o dever de evidenciação da qualidade da atuação administrativa como meio legítimo de atendimento dos anseios sociais, garantido a aceitação dos cidadãos e, por conseguinte, a obtenção da legitimação democrática. (CHEVALLIER, 2009, p. 86).

112 Nas palavras de Chevallier: "a figura pós-moderna de rede tende, a partir daí, a se substituir àquela da pirâmide" (CHEVALLIER, 2009, p. 99)

113 O termo "discricionariedade técnica" é objeto de intenso debate na doutrina. Sérgio Guerra registra que a discricionariedade técnica consistiria na margem de subjetividade admitida no processo de definição da solução de um determinado caso concreto; isto é, discricionariedade técnica estaria presente, segundo o autor, quando os critérios técnicos seriam suficientes para permitir a identificação da única solução correta para o caso. Contudo, após fazer uma revisão da doutrina a respeito do tema, o autor critica a ausência de sistematização do instituto e reconhece nesta construção apenas uma tentativa de limitação do controle jurisdicional. Ver: GUERRA, 2021b, p. 203 e ss). Neste mesmo sentido é a crítica de (MEDAUAR, 1996, p. 42). Contudo, em sentido diverso: (ROMAN, 2017)

para perseguir a implementação de uma diversidade de interesses públicos, que são de difícil recondução a um único núcleo indiviso, tornado proscrita a concepção unitária de interesse público.[114]

A partir do advento do paradigma do Estado Regulador, a insuficiência do processo administrativo clássico é evidenciada como maior clareza[115], pois como sustenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto[116] a regulação representa o terceiro movimento de desgarramento da ação administrativa pública da estrita vinculação à lei,[117] qualificado a partir da evidenciação de dois movimentos síncronos, pois se de um lado seria marcado pela ampliação do espaço de escolha da Administração a respeito da melhor forma de atuar em cada caso, por outro se notabilizaria pela ampliação da participação democrática dos regulados na atuação Estatal[118].

Neste sentido, o referido autor destaca que o movimento regulatório, ao admitir a multifuncionalidade participativa na Administração Pública, a partir da integração de funções normativas, executivas e judicantes no seio das agências reguladoras, teria flexibilizado as opções postas à disposição da Administração e, ao mesmo tempo, expandido os canais de diálogo construtivo entre o poder público e os setores interessados, reduzindo o tempo de tomada de decisão e o de suas retificações.[119]

Entretanto, o exercício válido dessas funções por parte das agências reguladoras deve estar calcado não só em escolhas tecnicamente justificadas, conforme preconizado pelo paradigma da eficiência burocrática, mas também que estejam compatíveis com um modelo de governança democrática, de modo a legitimar a adoção de soluções "para problemas cuja complexidade, tecnicidade, mutabilidade e necessidade de participação dos administrados já não seriam superados com uma opção política, nem tampouco com o mero emprego da discricionariedade".[120]

---

114 (BITENCOURT NETO, 2017)
115 (GUERRA, 2021b, p. 120)
116 (MOREIRA NETO, 2010)
117 Antecedida daquela proporcionada pela aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados e também pela proporcionada pela discricionariedade administrativa, que não são substituídas a partir do advento da regulação, mas complementadas por ela, como uma nova resposta administrativa ao mesmo problema mirado pelos movimentos anteriores, qual seja, o da regulamentação da ação administrativa além do direito positivado. Dentro deste contexto o autor defende que a regulação se apresentaria como a mais rica integração de abertura decisional da administração pública, por se beneficiar de todas os aportes das diferentes eras evolutivas do direito administrativo. Assim, se a primeira abertura espelhava o primado da lei e o segundo representava o promado do interesse público, este terceiro estágio representaria o primado dos direito humanos, como a mais nova síntese dos fins do Estado. *Idem*.
118 Idem
119 Idem.
120 Ibidem.

Com efeito, é importante perceber, desde logo, que o exercício da função regulatória não encerra uma mera aplicação ampliada da discricionariedade administrativa, dado que referida construção teórica buscava responder aos problemas de uma administração associada à superação do "Estado decimonónico",[121] que em muito se distanciam dos problemas vivenciados pelo ambiente pluralista e pós-moderno subjacente às escolhas regulatórias.

Neste sentido, Moreira Neto situa a criação das agências reguladoras como a resposta institucional voltada à condução de processos decisórios orientados para a solução de problemas para os quais o processo decisório anterior mostrou-se insuficiente.[122] Neste novo contexto histórico, defende o autor, o Estado passa a ressignificar a função dos direitos fundamentais, deixando de figurar unicamente como limite à ação estatal, para se converter em sua própria finalidade, de modo que o critério de legitimação estatal passa a se orientar pelo extrato das ações públicas que estejam efetivamente orientadas para o atendimento destes comandos de implementação de direitos fundamentais.[123]

Como resposta a esse cenário pós-moderno,[124] o Estado admite, de maneira crescente, a edição de atos menos imperativos e estáveis que os atos administrativos tradicionais, para favorecer o recurso a técnicas de arbitramento de conflitos que reclamam uma postura mais integrativa e menos impositiva por parte do Estado, a partir da constatação de que as práticas sociais estão em constante construção, verificação e reconstrução,[125] e também pela verificação da insuficiência do padrão decisório unilateral do passado em relação à lógica de funcionamento da sociedade contemporânea.

Se como já visto o exercício da atividade do ente regulador pressupõe a busca da equidistância entre os destinatários da regulação (Estado, privado regulado e usuário/sociedade), é fácil constatar que o Estado Regulador se vê obrigado a tomar decisões incrementalmente complexas em razão do próprio desenvolvimento e da sofisticação do conhecimento humano empregado no setor econômico objeto da

---

[121] Expressão que procura retratar o Estado Liberal do século XIX calcaldo em uma concepção monista da lei como única fonte do direito. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 21 e ss apud GUERRA, 2021b, 117)

[122] Idem.

[123] Idem.

[124] Sérgio Guerra destaca que a "Pós-modernidade" é um conceito envolto em polêmicas doutrinárias, tanto em relação ao rompimento da modernidade, que é refutado por alguns autores, como também em relação à adequada terminologia. Para uma abordagem das diferentes correntes de pensamento a respeito do emprego da referida terminologia, remetemos o leitor a (GUERRA, 2021b, p. 122 e ss)

[125] Anthony Giddens destaca o caráter reflexivo e provisório do conhecimento na sociedade moderna, aspecto que nos parece relevante para destacar a importância da construção dialogada das decisões administrativas em casos complexos. (GIDDENS, 1991, p. 46)

regulação, agravado pela necessidade de persecução do constante equilíbrio do setor por ele regulado. Isso se traduz na edição de legislações cada vez mais herméticas, ou na edição de atos para os quais sua compreensão e operação demandam, igualmente, conhecimentos multidisciplinares provenientes do setor objeto de normatização.

Essa excessiva verticalização do conhecimento necessário para aplicação do direito é um fator adicional de insegurança jurídica, na medida em que a cognoscibilidade do direito, chamada por Humberto Ávila de "segurança de conteúdo pela inteligibilidade normativa" [126], constituiu elemento intrínseco à pacificação social, dado que o direito só serviria de mecanismo de definição de condutas se o destinatário conseguisse compreender e se comportar de acordo com as prescrições normativas previstas em lei.

Essas características contemporâneas da atuação administrativa aumentam a importância de um processo administrativo que reúna os elementos constitutivos identificados por Javier Barnes[127] nos processos de terceira geração, ou seja, aqueles que são dotados de instrumentos necessários para a regular direção da atuação administrativa no desempenho das funções e não mais como um mero modo de aplicação do Direito. Diogo de Figueiredo Moreira Neto concorda com esta transformação procedimental a partir do consenso. Segundo o autor este movimento estaria amparado em premissas sólidas por ele listadas e vinculadas ao aumento da governança moderna e ao aumento da aceitabilidade social do atuar administrativo.[128]

Ora, se como visto, a Administração Pública contemporânea deve perseguir múltiplos interesses públicos, o processo administrativo deve necessariamente se adaptar de modo a admitir uma atuação aberta e participativa dos distintos valores e interesses potencialmente atingidos pela decisão administrativa. Segundo Eurico Neto Bitencourt, já abandonamos o momento de entender o processo como apenas um iter procedimental ou como um modo de conferir o contraditório em face de uma lide administrativa,[129] para nele reconhecer um mecanismo voltado a conferir à Administração os recursos necessários ao legítimo exercício de suas novas funções de direção, regulação, fomento ou de obtenção de informação.[130]

---

[126] (ÁVILA, 2014, p. 334 e ss)
[127] (BARNES, 2012, p. 251-377)
[128] (MOREIRA NETO, 2003d, p. 110
[129] (BITENCOURT NETO, 2017b)
[130] Segundo Javier Barnes: "El concepto de procedimiento administrativo no se detiene ya, como antaño, en la exclusiva idea de procedimiento como proceso decisorio, seguido o impulsado de oficio por una administración de carácter imperativo para concluir en un acto, sino que asimismo comprende, además de otros procesos decisorios basados en la colaboración interadministrativa y público-privada, la obtención y

Dentro da classificação proposta por Javier Barnes, em contrataste com as gerações anteriores, que seriam os de primeira geração, que se traduzem naqueles voltados à mera aplicação do direito,[131] e os de segunda geração,[132] que reúnem os processos voltados à edição de normas administrativas infralegais, os processos de terceira geração constituiriam a resposta estatal a esse ambiente de incerteza advinda da complexidade que vimos a referir. Nesta quadra, esta nova classe de processo surge marcado pelo incremento da governança a partir do diálogo e do consenso, como modo de complementar as inevitáveis lacunas no lastro fático, técnico e jurídico existentes na solução de casos complexos e cuja colmatação prévia são necessárias para a tomada de decisão em questões de alta complexidade.

Segundo o autor, o advento de um processo administrativo de terceira geração tem por finalidade municiar o Estado de mecanismos que não se limitem a balizar a correta aplicação da lei material, nem tampouco simplesmente controlar a discrição administrativa em um sentido defensivo ou *ex post,* mas servir de espaço de criação e inovação jurídica, buscando soluções por meio de uma "*estructura flexible, reticular o abierta, y no sólo lineal*".[133]

O processo neste contexto deixa de ser compreendido como uma sucessão de atos processuais, previamente definidos em lei e tendente à decisão administrativa, para comportar variadas formas, a depender da natureza do bem jurídico envolvido, por meio das quais, e em um processo contínuo, a regra ou o critério condutor é estabelecido, as consequências são monitoradas e supervisionadas e a regra é modificada ou revisada dependendo do resultado desejado.[134]

---

el intercambio de información y, más ampliamente, el código básico de las relaciones entre la Administración y el ciudadano". (BARNES, 2012)

131 Segundo o autor, os processos administrativos de primeira geração são marcados por quatro características básicas: a) são um mero instrumento ou mecanismo para a correta aplicação da Lei, especialmente concebido para a expedição de atos administrativos singulares (decisões unilaterais); b) o procedimento cumpriria uma função adjetiva, acessória ou subordinada ao direito material, ou seja, função instrumental ou a serviço da melhor aplicação da lei: o que interessaria ao final é que a decisão adotada seja correta em termos legais. Se a decisão da Administração estiver de acordo com a lei, as infrações processuais, a menos que causem impotência, normalmente não adquirem significado invalidante (se a negação de uma licença for correta, uma infração formal ou processual pode ser irrelevante); c) o procedimento administrativo estruturar-se-ia segundo uma visão processual, que tudo permeia: as fases em que se articula, a impulsão oficial do processo, a prova, as formas de encerramento etc.; e, por fim, d) constituiria, em suma, um processo decisório, visto que, como já referimos, serve para ditar atos, aprovar normas, celebrar contratos, elaborar normas, traçar planos e elaborar projetos. (BARNES, 2012).

132 Os processos de segunda geração deveriam ser construídos à imagem do processo legislativo, contudo, diante da escassez de normas que regulam a elaboração de leis, o autor registra que na realidade este procedimento depende em grande parte do modelo do processo judicial. Trata-se, em qualquer caso, de um processo de tomada de decisão. (BARNES, 2012)

133 *Idem*.

134 *Idem*.

Aplicando-se ao processo regulatório, que é concebido como um ciclo constante de interações entre regulador e regulado, conformando o "jogo regulatório", esse processo de terceira geração deixa de centrar atenção unicamente à decisão final, assumindo importância equivalente a já comentada conformação de uma estrutura de integração de interesses.[135]

Segundo Eurico Bitencourt Neto,[136] este processo administrativo que, sem deixar de observar as garantias ínsitas ao devido processo legal, conforma uma estrutura de participação e concretização de direitos fundamentais, poderia ser sintetizado na fórmula do "devido procedimento equitativo", construído pela junção das expressões devido procedimento, decorrente de *due process* do direito norte americano e procedimento equitativo (mencionada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 41, nº 1).

A partir desses aportes, e considerando as agências reguladoras como uma expressão da nova Administração Pública multipolar,[137] organizada em redes e calcada na contratualização de suas atividades, é possível entender que o processo administrativo deve, igualmente, assumir múltiplas funções,[138] como matriz formativa e conformadora que é da manifestação administrativa em quaisquer dessas múltiplas atividades desempenhadas pela Administração Pública mas também como espaço privilegiado para a expressão democrática dos destinatários da norma ou da decisão administrativa.

Assim, o incremento da participação democrática na própria construção das etapas do processo administrativo voltado à decisão pública, advinda dessa adaptabilidade do processo administrativo às diversas atividades desenvolvidas pela Administração multipolar, preenche, quando menos, duas importantes lacunas do processo de escolha pública das agências reguladoras.

De um lado, a participação dos interessados atribui legitimidade ao processo decisório das agências reguladoras que, por se tratar de poderes neutrais[139], ou seja, centros decisórios não submetidos à hierarquia direta do Poder executivo eleito, em razão

---

135 (DUARTE, 1996, p. 105)

136 O autor atribui a autoria desta expressão a José Manuel Sérvulo Correia, na nota nº 17 do seu texto (BITENCOURT NETO, 2020)

137 (CASSESE, 2003, p. 159)

138 (SCHMIDT-AβMANN, 2008)

139 A partir desse descolamento das agências reguladoras da estrutura hierárquica direta do Poder Executivo, Alexandre Santos de Aragão cunha a expressão "poderes neutrais" para a elas se referir, dentro de um contexto de outras instituições igualmente dotadas de elevado grau de autonomia. Segundo o autor, referidas entidades teriam sido concebidas para que, distantes do círculo político-eleitoral, pudessem controlar as relações de poder com o declarado objetivo de assegurar o atendimento dos interesses de longo prazo de uma sociedade. (ARAGÃO, 2002, p. 441-442).

da busca de equidistância da tríade de interessados na decisão regulatória (governo, empresariado e cidadãos), deve ser acompanhada de igual modo do incremento de mecanismos de participação popular.[140]

De outro lado, e esta é a segunda importante contribuição que a participação popular oferta ao processo de escolha pública na Administração Pública multipolar, a adoção de instrumentos consensuais tem a potencialidade de melhor atender ao interesse público a partir do acréscimo de legitimidade conferida à decisão pública por meio da oitiva atenta e criteriosa das opiniões divergentes, seguido do adequado arbitramento das opiniões contrapostas. Na sequência iremos abordar a tipologia de instrumentos existentes no direito brasileiro para a manifestação do consenso no contexto de aplicação do processo administrativo.

3.1. Da tipologia dos instrumentos consensuais no direito brasileiro

Desse trilhar de ideias, passaremos em breve revista às classificações doutrinárias propostas para os instrumentos consensuais no direito brasileiro e, em seguida, centraremos nosso estudo em uma dessas figuras, o negócio endoprocessual previsto no art. 26 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Com efeito, a diversidade de aplicação de instrumentos consensuais na atividade administrativa, aliada à baixa densidade normativa dos institutos, têm reclamado da doutrina um esforço de classificação. Um dos precursores no trato do tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[141], formulou uma tipologia da consensualidade associada ao respectivos *loci* de aplicação, a uma no processo de produção de normas, a duas na administração de interesses públicos e em um terceiro emprego como mecanismo de solução de controvérsias.[142]

Desde esta primeira aproximação, o estudo da consensualidade tem recebido uma diversidade de denominações,[143] as quais são voltadas à definição deste novo contexto de administração participativa, em que o Poder Público instrumentaliza a solução de questões de interesse geral para, tendencialmente, a formação de um acordo substitutivo da decisão unilateral. Para Patrícia Baptista,[144] não haveria utilidade prática na

[140] (BINENBOJM, 2008, p. 296) e (ARAGÃO, 2002, p. 442
[141] (MOREIRA NETO, 2003, p. 153)
[142] Idem.
[143] Confira inventário de expressões realizado por (BAPTISTA, 2018, p. 187.)
[144] *Idem*.

diferenciação entre todas essas expressões. Segundo ela sustenta, todas poderiam ser utilizadas para descrever o mesmo contexto fenomênico. Por outro lado, Thiago Marrara sustenta a segregação dos conceitos, a depender do termo empregado. Para o referido autor, consentimento deveria ser entendido como aceitação recíproca entre partes de um acordo, consensualidade, voltado a descrever o grau de consenso na gestão pública, enquanto a consensualização se voltaria para descrever o movimento de busca de novas técnicas administrativas de promoção da consensualidade.[145]

Para ele, não deveria se confundir consensualidade com consensualização, na medida em que o primeiro deveria significar o resultado do debate do Estado com os interessados e o segundo corresponderia a um movimento de aumento da adoção de mecanismos de gestão consensuais da coisa pública[146].

Neste sentido, a contratualização figuraria como uma espécie do gênero consensualização, que abrangeria ao largo daquela, mecanismos pró-consensuais de caráter orgânico (como a participação de cidadãos em conselhos, conferências públicas etc.) e mecanismos de caráter procedimental, obrigatórios ou não (como as audiências e consultas públicas).

Já a partir da taxinomia dos institutos, elaborada por Juliana Bonacorsi de Palma,[147] podemos compreender a consensualidade em sentido amplíssimo, amplo ou restrito. Na primeira categoria poderíamos enquadrar qualquer aproximação entre particulares e Administração Pública, independentemente da formalização contratual.

Interessaria para este conceito a participação administrativa de maneira ampla, abrangendo tanto os instrumentos de consensualidade em sentido amplo (acordos intragovernamentais, contratos administrativos, acordos mediados, ajustes de conduta e acordos para fins de controle), quanto outros próprios da práxis administrativa, como as comentadas audiência e consulta públicas.

Já a consensualidade em sentido amplo, segundo Julia Palma, poderia ser entendida como o acordo entre a Administração Pública e os interessados, manifestado por meio de contratos ou demais negócios jurídicos. Segundo a autora, esse seria o critério mais adotado, para quem "a consensualidade é, de modo geral, apresentada no contexto

[145] (MARRARA, 2014.)
[146] Idem
[147] PALMA, 2015, p. 241)

de aumento do emprego de mecanismos privados pela Administração para satisfação do interesse público, sendo a contratualização sua forma mais evidente"[148].

Já em sentido estrito, a consensualidade seria composta a partir de dois institutos: os acordos integrativos e os acordos substitutivos. Os primeiros poderiam ser entendidos por acordos administrativos que antecedem a decisão administrativa final, mas que não tem o condão de a substituir, podendo também ser denominados como acordos endoprocedimentais ou acordos preliminares.[149] Segundo a autora, estes acordos integrativos corresponderiam a ajustes firmados com o objeto de conformar o ato final, de modo que, sem que se subtraia a competência decisória da Administração, abrir-se-ia um espaço de diálogo e construção coletiva do conteúdo discricionário que seria levado em consideração na decisão final administrativa. Já os acordos substitutivos, por exclusão, seriam aqueles que provocariam a substituição da decisão administrativa no processo administrativo em que são celebrados e provocariam a terminação do processo administrativo em que forem firmados.

A celebração de acordos dessa natureza, seja integrativo ou substitutivo, amolda-se ao antigo modo de exercício da atuação unilateral pela Administração Pública, de modo que seu exercício não afasta por inteiro a prerrogativa estatal. O que ocorre, na realidade, é que o ajuste realizado entre o Estado e o interessado teria por finalidade ordenar o modo de exercício da autoridade estatal.

A partir dessas considerações, é interessante observar que desde a edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril 2018, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) passou a contar com um permissivo genérico para a celebração de acordos pela Administração Pública.

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
> § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
> I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
> II – (VETADO);
> III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

[148] Idem
[149] Ibidem

> IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
> § 2º (VETADO).

Decorre desse comando legal autorização genérica para que qualquer órgão ou ente administrativo possa celebrar acordos integrativos ou substitutivos, dispensando-se a edição de qualquer regulamentação interna, até porque o compromisso oriundo da autorização legal veiculada no art. 26 da LINDB encontra no referido comando normativo balizamento próprio e suficiente para orientar a sua constituição, não reclamando prévia regulamentação interna.[150] Resta, assim, inteiramente superada a discussão anterior a respeito da necessidade de existência de autorização legal para o exercício da atividade consensual em sentido estrito.[151]

De outro giro, a norma é louvavelmente ampla ao autorizar a celebração do acordo por qualquer autoridade pública e permitir que as suas disposições versem sobre qualquer prerrogativa pública, seja ela de natureza sancionatória, fiscalizatória ou adjudicatória.

Presente este quadro normativo, deixa de se fazer necessário o prévio enfrentamento aos limites da (in)disponibilidade do interesse público, a partir da compreensão de que o compromisso regulamentado pela norma é autorizado a partir da potencialidade deste para "eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito", de modo que deixa de se fazer necessário avaliar qual o objeto do ajuste, tendo em vista que a mera potencialidade de redução da insegurança jurídica já autoriza a celebração de acordos administrativos.[152]

É digno de nota que a celebração deste tipo de acordo integrativo tende a ser mais eficiente que a adoção de ato administrativo unilateral, seja porque os seus destinatários tendem a ser mais deferentes aos seus termos, porquanto oriundos de um ato forjado pelo consenso, seja porque a consensualidade dispensa longas contendas administrativas e judiciais. Daí porque tal modalidade de acordo, no caso concreto, pode melhor atender ao interesse público, ao substituir a incerteza do cumprimento de uma decisão administrativa por uma decisão pactuada pelas partes interessadas.[153]

---

[150] Neste sentido é o entendimento de (GUERRA; PALMA, 2018).

[151] Também Fernando Dias Menezes de Almeida já sustentava que estaria implícito "no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão". (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 302).

[152] Pensam neste sentido MARQUES NETO e FREITAS, que sustentam que tal argumentação de interdição à celebração de acordos pelo Poder Público seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza expressamente a celebração de pactos negociais envolvendo o Poder Público. (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

[153] SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 144.)

Se tradicionalmente a doutrina tem se debruçado sobre o estudo da substituição do processo sancionador estatal pelo acordo, é de se destacar que o art. 26 da LINDB não se confina nestes estreitos limites, e, dentre as possibilidades de acionamento do mencionado dispositivo legal, aquela que nos interessa para os fins deste estudo diz respeito aos compromissos endoprocessuais para eliminação de situação contenciosa, também conhecida como acordos substitutivos regulatórios ou integrativos, no contexto de análise de pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão.

É de se registrar que o art. 26 da LINDB, ao aludir à possibilidade de celebração de compromisso com "interessados", em vez de utilizar o termo "partes", admite, expressamente, a possibilidade de acordo em relações administrativas multipolares,[154] elemento essencial para nossa investigação a respeito da aplicabilidade dos acordos integrativos aos pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão. De mais a mais, a partir da normatividade inaugurada pelo art. 26, § 1º, I da LINDB, a definição da solução jurídica que exsurgirá do referido acordo deverá guardar proporcionalidade, equidade, eficiência e compatibilidade com os interesses gerais, conceitos jurídicos indeterminados que anseiam por uma processualidade adequada e lhes confira estrutura compatível com as expectativas que são esperadas dos acordos celebrados com fundamento no referido permissivo legal.

Por outro lado, a transigibilidade[155] nesta matéria constitui, inclusive por força de reconhecimento legal expresso, tema passível de acordo entre a Administração e os interessados, conforme dispõe o art. 32, §5º da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015,[156] que admite a autocomposição de conflitos envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, e o art. 31, §4º, I, da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017,[157]

---

[154] Este é o pensamento de (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 109), que, com suporte no pensamento de Hamut Maurer, veem neste dispositivo autorização para a celebração de acordos de complementação que se caracterizam por permitir a ampliação do espectro de abrangência do acordo para todos os interessados que possam ter seus direitos afetados pela situação jurídica contenciosa.

[155] (VALLE, 2011)

[156] LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.
Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
(...)
§5º **Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares**. (grifos nossos)

[157] LEI Nº 13.448, DE 5 DE JUNHO DE 2017.
Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

que expressamente estabelece a arbitrabilidade objetiva das controvérsias envolvendo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.

Entretanto, se por um lado o legislador tem incentivado a adoção tanto de soluções autocompositivas quanto heterocompositivas, por outro a Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013 estabeleceu em seu art. 5º, inciso IV, "g" que constitui ato lesivo à administração pública a manipulação ou fraude do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com pelas empresas privadas com a administração pública, sujeitando-as a pesadas sanções dispostas nos arts. 6° da mesma lei, o que demonstra a necessidade de estabelecimento de parâmetros claros de análise destes pedidos de reequilibrio dos contratos de concessão não só como medida de acréscimo de segurança juridica para o gestor público como também para a própria empresa contratada.

Assim, a partir destas pontuações a respeito dos acordos de integração, que como visto complementam o rol de instrumentos jurídicos à disposição da Administração Pública para a gestão pública consensual, passaremos a expor as questões jurídicas controvertidas associadas à análise de pedidos de reequilibrio de contratos de concessão, que guardam forte correlação com o contexto de atuação das agências reguladoras, além de demonstrar de que modo a atuação estatal poderia se beneficiar em termos de legitimidade democrática a partir do emprego destes acordos como elemento preliminar à decisão administrativa de deferimento ou indeferimento dos referidos pleitos de recomposição contratual.

(...)
§4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:
I - **as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos**;
II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. (grifos nossos)

4. DO PROCEDIMENTO DE REEQUILÍBRIO DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMO *LOCUS* PRIVILEGIADO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROCESSO HETERÁRQUICO E CONSENSUAL

Apresentadas as bases de legitimação da atuação das agências reguladoras – tomadas aqui como um exemplo mais agudo de um processo transformador da Administração Pública – e tendo sustentado a necessidade de ampliação da utilização de soluções consensuais como forma de legitimação da escolha pública em cenários complexos, passaremos a propor a adequação da adoção de acordos de integração nos processos de análise de reequilíbrio de contratos de concessão. Faremos isso, por entendermos que esses pleitos de revisão contratual envolvem a tomada de decisão em um ambiente de incerteza jurídica e também porque os contratos de concessão são institutos jurídicos multipolares – dado que tais contratos funcionam como espaço privilegiado de implementação de direitos fundamentais para uma ampla gama de usuários e parcela da sociedade.

Para o correto encadeamento desses assuntos, devemos inicialmente recordar que a contratualização no âmbito da Administração Pública é, em si mesma, uma expressão da administração consensual, podendo sua importância ser medida tanto pelo aumento de previsão normativa de contratos administrativos, quanto pelo maior uso, por parte da Administração, dos contratos para implementação de políticas públicas. Embora tenham surgido, no final do século XIX, algumas hesitações quanto ao papel do contrato no Direito Administrativo, hoje ele se mostra um instrumento essencial para atuação da Administração Pública.[158]

Pedro Costa Gonçalves[159] destaca que no movimento de incremento da importância dos contratos para o Direito Administrativo, já no século XIX, a Administração Pública passou a servir-se – para além das "compras públicas" já usuais na altura – da figura jurídica do contrato como instrumento jurídico hábil à constituição de relações de colaboração entre si e a iniciativa privada a quem competirá a construção e gestão de infraestruturas públicas.[160] Dentro desse panorama, os contratos de concessão

[158] (GONÇALVES, 2018, P. 12), no mesmo sentido: (MORAND-DEVILLER, 2012)
[159] (GONÇALVES, 2018, P. 12 e ss)
[160] Segundo o autor, "a partir dos anos 80 do século XX, o contrato surge como um motor do processo de privatização e converte-se numa ferramenta decisiva para enquadrar a transferência para mãos privadas da gestão de serviços públicos e de estabelecimentos públicos, bem como do encargo de financiamento de infraestruturas públicas". *Idem*, p. 13.

se apresentam como instrumentos privilegiados de mitigação do antagonismo da relação bilateral entre a Administração e o particular, pois, para além do tensionamento natural da relação jurídica entre as partes contratantes, subsiste para a Administração o dever de equacionamento das legítimas expectativas advindas da regular e efetiva prestação do serviço público concedido à população usuária.

Neste contexto de múltiplas dimensões da relação contratual concessória, cumpre recordar que a exploração pela iniciativa privada de atividades enquadradas como serviço público atrai a incidência de um amplo rol de princípios vinculados à relação conformada entre o Estado, o concessionário e os usuários do serviço público, o que animou parcela da doutrina[161] a aludir aos efeitos trilaterais do contrato de concessão como forma de destacar os aspectos multipolares do instituto jurídico em comento. Assim, a atual conformação do instituto da concessão é tributária da própria concepção do Estado[162] e, em especial, do seu papel constitucionalmente definido na economia, de maneira que deve ser reconhecida a titularidade de interesses jurídicos da sociedade[163] nestes contratos de exploração associada de serviços e infraestruturas pública.

4.1. Conceito e elementos essenciais do contrato de concessão

O contrato de concessão de serviço público, como visto, é conatural a uma multiplicidade de questões políticas fundamentais, não sendo surpreendente constatar que as soluções jurídicas nele previstas ou as decisões públicas dele advindas sejam influenciadas por temas de diversas naturezas, todos de grande impacto social e econômico. Assim, no contexto do contrato de concessão, acabam sendo tratadas questões fundamentais relacionadas à organização da sociedade e do Estado.[164] Partindo dessa premissa, cumpre aqui recordar que a doutrina majoritária tem a tendência de conceituar

[161] (JUSTEN FILHO, 2003, p. 58-59)

[162] Idem

[163] Tal asserção, defende Marçal Justen Filho, se funda em razões de ordem jurídica – e não apenas político-ideológicas. Segundo o autor seria preciso reconhecer que a ordem constitucional de 1988 impôs a observância de uma pluralidade de princípios e subordinou a atividade pública e privada a limites anteriormente inexistentes. Segundo sustenta, teria ocorrido na CRFB a tutela não apenas a interesses individuais, mas também a interesses coletivos e difusos, além de se ter funcionalizado a atividade econômica privada. Deste modo, ocorreu significativa redução do espaço de discricionariedade administrativa na interpretação do contrato de concessão, que agora deve estar orientado para o implementação de direitos fundamentais tanto individuais quanto coletivos. (JUSTEN FILHO, 2003).

[164] Marçal Justen Filho destaca o caráter multipolar da concessão ao destacar que ela busca, ao tutelar o interesse privado, garantir em igual medida o atendimento do interesse público. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 11)

a concessão de serviço público a partir do tratamento normativo conferido pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ao instituto, de modo que entende-se o contrato de concessão como espécie do gênero contrato administrativo, por meio do qual se atribui a alguém o exercício de um serviço público, para que o explore por sua conta e risco, sendo remunerado, na maior parte das vezes pela cobrança de tarifas recolhidas dos usuários do próprio serviço concedido.[165]

Tal definição, em nosso sentir, e com suporte nas críticas de grande parcela da doutrina nacional,[166] mereceria uma atualização, haja vista a edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu as parcerias público-privadas, figuras que passaram a admitir formas de remuneração custeadas - integralmente ou parcialmente - pelo Estado, e, mais, admitiram concessões cujos serviços viriam a ser fruídos pelo Próprio Estado (como ocorre no caso da concessão administrativa).

Mas, para além da necessidade de admitir a ampliação dos diversos modos de arranjos entre o público e o privado dentro do instituto concessório, a crítica que nos interessa fazer, neste momento, sobre a definição clássica do instituto é que a pretensão uniformizante do contrato de concessão centrou atenção excessiva ao aspecto comutativo da relação negocial (entre o Estado e concessionário), não tendo captado de maneira adequada que a concepção e estruturação de um projeto concessório deve evidenciar não apenas na forma como se dará a relação entre o Estado e a iniciativa privada econômica, mas também (e primordialmente) no modo de relacionamento entre os diversos centros de interesses existentes em uma dada sociedade.

Desse modo, para além do estabelecimento de um conceito para o instituto, o ponto essencial desta análise é reconhecer o caráter colaborativo que o contrato de concessão deve ostentar para cumprir adequadamente as finalidades públicas dele reclamadas. O interesse público nesses contratos é, de acordo com o pensamento de Sérvulo Correa, "prosseguido mais através dos direitos conferidos ao contratante particular do que das obrigações que assume".[167]

Neste contexto, a representação concreta do interesse público, refletida no contrato de concessão, exsurge a partir da confluência, de um lado, da imposição pelo Estado dos requisitos técnicos para trespasse da responsabilidade da oferta do serviço

[165] Nesse sentido, cf. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p.709-710). No mesmo sentido: (DI PIETRO, 2020, p. 297)

[166] Neste sentido são as posições de (GUIMARÃES, 2014, p. 27 e ss), (MONTEIRO, 2009), (PINTO JR, 2006) e (JUSTEN FILHO, 2003, p. 50)

[167] (SÉRVULO CORREIA, 2020, p. 421 e 422)

público ao concessionário, e, por outro, pela conjunção da exploração do serviço público de maneira harmônica com um projeto mais amplo de concretização dos objetivos constitucionais, seja pelas obrigações contratuais associadas à oferta e ampliação do acesso adequado aos serviços públicos pelo público usuário, seja pela modicidade tarifária.

Isso, contudo, não deve significar o menosprezo dos interesses da iniciativa privada, merecedores de proteção jurídica, dado que a referida técnica de exploração associada das infraestruturas públicas pressupõe o atendimento equilibrado das expectativas dos diversos setores envolvidos no contrato de concessão, como instrumento de amortecimento das inevitáveis tensões que aflorarão desta relação negocial, como forma de conferir estabilidade e longevidade ao programa de concessões de serviços públicos.

É a partir desse equilíbrio dinâmico[168] que se torna possível amalgamar os interesses dos usuários, da iniciativa privada e os da própria Administração, sendo o contrato de concessão um *locus* de otimização simultânea do uso de bens e direitos de titularidade estatal, mas também funcionando como um instrumento de exercício da função regulatória do Estado, necessária para determinação e materialização do interesse geral ao longo de todo o período de vida da relação contratual. O desafio de controle, condução e recondução desse equilíbrio dinâmico a um nível aceitável para todas as partes envolvidas (usuários, Estado e concessionário) demanda uma decisão pública complexa e, muitas vezes, insatisfatória, como iremos expor em sequência, de maneira que a legitimação desta decisão complexa, segundo entendemos, se beneficiaria da condução de soluções negociadas que admitam a participação de todos os interessados.

4.2. Aspectos jurídicos do equilíbrio econômico-financeiro da concessão

Em uma primeira aproximação ao tema, é possível destacar que a doutrina tradicional entende, em sua maioria, que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão estaria fundamentado no art. 37, XXI da CRFB,[169] devendo este ser entendido como a

[168] O conceito de equilíbrio dinâmico nos contratos de concessão, que será objeto de detalhamento posterior, é hoje o conceito mais aceito na doutrina brasileira para descrever a forma de distribuição interna de riscos entre o Poder Concedente e o Concessionário e tem por objetivo superar a lógica anterior de equilíbrio estático de repartição de riscos, de base exclusivamente legal. Para um apanhado histórico desta evolução recomendamos ver (ARAGÃO, 2013)

[169] Art. 37 (...).

relação que é formada, por um lado, pelas obrigações assumidas pelo concessionário e, por outro, pela remuneração que lhe competirá em virtude da prestação do serviço.[170]

Nos contratos de concessão comum, a remuneração advém, predominantemente, da cobrança de tarifas por parte dos usuários, que tem seus valores fixados a partir da apresentação da proposta vencedora da licitação, momento a partir do qual a sua expressão monetária deve ser preservada de acordo com as disposições contratuais regentes dos mecanismos de recomposição do equilíbrio inicialmente estabelecido. Tradicionalmente, a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é vista como o antídoto para os efeitos das alterações que impactarão negativamente a relação estabelecida entre as partes no momento da celebração do contrato.

Do ponto de vista normativo a questão é tratada de maneira bastante sintética. Ou o risco da exploração é do parceiro privado e por ele deve ser suportada, por força do art. 2º, II, da Lei 8.987, de 1995[171], conforme já aludido anteriormente, ou, a partir da extensão conceitual operada pelo advento da Lei das PPP`s a distribuição destes riscos está disciplinada no próprio contrato de concessão, em atendimento ao art. 5º, III, da Lei 11.079, de 2004[172][173]. Assim, salvo disposição contratual em sentido contrário, o risco do negócio seria de responsabilidade do concessionário, excluindo-se apenas os eventos extraordinários ou as alterações unilaterais do contrato determinadas pelo Poder Concedente, hipóteses nas quais o privado teria o direito à recomposição do equilíbrio

---

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se).

[170] (ARAGÃO, 2017, p. 480). Em igual sentido: (DI PIETRO, 2020, pp. 315-316)

171 LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.

Art. 2o Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

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

172 LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

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

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

[173] Alexandre Santos de Aragão diverge do entendimento de que a repartição de riscos em um contrato de concessão precisaria se valer das disposição da Lei das PPP`s. Para o autor, tanto o art. 37, XXI, CF, como o art. 9, § 2 , Lei no 8.987 de 1995 autorizariam modelagem de riscos contratuais dentro do marco normativo próprio da Lei geral de concessões. (ARAGÃO, 2013, P. 54). Independentemente desta divergência, fato certo é que a doutrina admite previsão contratual de repartição de riscos no âmbito de empreendimentos concessórios.

econômico-financeiro, seja de acordo com o art. 10 da Lei n. 8.987, de 1995[174] no primeiro caso ou com fundamento no art. 9º, § 4º[175] da mesma lei em relação ao segundo caso.

Entretanto o enquadramento de determinado evento nas categorias de ordinário ou extraordinário no momento de sua concretização, durante a execução do ajuste, é um exercício tanto impreciso quanto litigioso[176], de modo que os contratos passaram a definir *ex ante* as correspondentes responsabilidades contratuais. De acordo com esse novo paradigma, seria a modelagem contratual que deveria proceder a adequada distribuição de riscos entre as partes de acordo com uma lógica de eficiência, na medida em que se orientaria pela maximização da governança da regulação da rede complexa de relações que exsurge de um contrato de concessão.

É importante perceber que a adequada regulação dos riscos, técnica originalmente prevista na legislação de PPPs e paulatinamente adaptada às concessões comuns, afasta a execução do contrato de concessão da visão tradicional e estática da equivalência entre um conjunto de obrigações remuneradas pela tarifa, e passa para um modelo que tende a reduzir os conflitos associados à execução contratual, permitindo que o contrato possa ser executado com menos custos transacionais.

Contudo, os contratos de concessão apresentam um desafio adicional para a adequada repartição dos riscos contratuais, por ser ainda mais difícil estabelecer, no momento em que são firmados, uma previsão de equilíbrio adequada para toda a duração do acordo, que perdurará por décadas[177], e é passível de ser impactado por variados riscos, como por exemplo, avanços tecnológicos, novas formas de prestação de serviço ou modelos de negócios disruptivos que possam vir a com ele competir pelo mercado, entre

174 LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.
Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

175 LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.
Art. 9o A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.
(...)
§ 4o Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

176 Nas palavras de Egon Bockmann Moreira: "A dúvida quanto a quem é o titular deste ou daquele risco apenas incrementa o respectivo custo: definir amigavelmente hoje custa muito menos do que descobrir litigiosamente amanhã". (MOREIRA, 2007) Em igual sentido, Marçal Justen Filho destaca a imprestabilidade dos conceitos doutrinários elaborados para diferenciar álea ordinária e extraordinária, os quais classifica como circulares e tautológicos (JUSTEN FILHO, 2003, P. 400)

177 Marçal Justen Filho registra que imaginar ser possível ao Estado prever, de modo completo e satisfatório, eventos futuros que poderão ocorrer dez ou quinze anos depois do momento da celebração do ajuste equivale a exigir dons sobre-humanos dos responsáveis pela construção da matriz de riscos (JUSTEN FILHO, 2013, p. 401-402).

outros fatores de incertezas, sendo da sua própria essência a precariedade e incompletude de suas disposições[178].

Esta dificuldade adicional de se estabelecer o equilíbrio de uma relação contratual duradoura e sujeita a flutuações levou parcela da doutrina a sustentar a insuficiência da teoria das áleas para os contratos de concessão, tendo sido apresentado o conceito de equilíbrio dinâmico a ser estabelecido entre o Poder Concedente e o concessionário, em substituição à repartição fixa dos riscos em tais contratos.[179]

Por outro lado, é importante não perder de vista que os contratos concessionais são contratos incompletos ou relacionais,[180] e por isso sua técnica redacional não deve pressupor a capacidade de regulação de todos os aspectos do vínculo contratual, em razão da própria relação estabelecida entre as partes, marcada por sua longa duração e sujeição a interferências supervenientes. Assim, faz-se necessário que a regulação incida no contrato para admitir intervenções pontuais que induzam o equacionamento das contingências que, inevitavelmente, surgirão durante a sua execução.

Dadas, ainda assim, as particularidades da relação concessionária, bastante apartada de um contrato administrativo comum (e sabidamente mais complexa), o contrato de concessão traduz dificuldades adicionais à aplicação do comando constitucional da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, as quais fizeram parcela da doutrina criticar o pensamento tradicional que procura situar a raiz do equilíbrio dos contratos de concessão exclusivamente em sede legal ou em disposições contratuais contemporâneas à formação do ajuste, tema que será objeto de análise em momento posterior.

Entretanto, com intuito de contrastar a doutrina majoritária[181] com o pensamento que acompanhamos, iremos inicialmente apresentar os contornos gerais desta primeira corrente de pensamento, segundo a qual a aferição do desequilíbrio em uma concessão

---

[178] Neste sentido notabilizou-se a sentença de Egon Bockmann Moreira para quem: "nestes tempos pós-modernos é adequado afirmar que a segurança contratual advém da certeza da mudança" (MOREIRA, 2013, P. 17)

[179] (GARCIA, 2019)

[180] O conceito de contratos incompletos (também classificados como *Regulatory contracts*) é tributado à escola de pensamento conhecida como *Law and economics* e tem por signo distintivo o reconhecimento da impossibilidade de fixação *ex ante* de comandos contratuais que regulem todas as contingências possíveis de ocorrer naquela relação jurídica. Por outro lado, o conceito de contratos relacionais busca apresentar uma resposta eficiente às questões apresentadas pela teoria dos contratos incompletos a partir da implementação de uma tecnologia contratual que implemente uma execução contratual dinâmica e mutável como forma de adaptação à natureza também mutável das relações jurídicas existentes entre o poder público e o concessionário. Para maiores aprofundamentos ver: (MACNEIL, 1988). No Brasil, cf.: (MACEDO JR, 2007)

[181] Aqui apresentada a partir das lições de (MARQUES NETO. 2015, p. 191 e ss)

envolveria a investigação de quatro momentos, a saber: de início, reclamar-se-ia a constatação de ocorrência de um evento desequilibrante; posteriormente, o poder concedente deveria proceder à verificação das disposições do contrato de concessão, para constatar a quem competiria arcar com o risco associado ao evento ocorrido; em seguida, deveria proceder à avaliação do impacto, tomando-se como parâmetro o critério eleito contratualmente, para ao final escolher, tecnicamente, a medida mais adequada e eficiente para a recomposição do equilíbrio contratual.

Dentro desse quadro geral de análise, é importante especificar que entre a multiplicidade de eventos desestabilizadores do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, aquele que nos interessa e que consiste no evento de maior repercussão prática para aferição de receitas pela concessionária, inclusive recentemente em razão da pandemia mundial provocada pela Covid-19, consiste na flutuação da demanda projetada para exploração do serviço concedido. Ocorre que a constatação da existência de um desses fatores de desequilíbrio não é, *per si*, suficiente para ensejar a recomposição da relação negocial. Isso porque, além dessa verificação, deve-se, como já aludido, levar em consideração a matriz de riscos do contrato, ou seja, deve ser considerada, também, a relação entre o evento desequilibrante e o disposto no contrato no que diz respeito à distribuição de riscos.

No plano dos parâmetros contratuais, o aspecto mais relevante – afirma a doutrina majoritária – envolveria os critérios para aferição do ponto de equilíbrio, o que pode ser conhecido pela expressão "crivo de equilíbrio",[182] tema que se liga diretamente a um parâmetro de aferição estático e imutável e que poderia ser conhecido, de maneira apriorística, pelas próprias escolhas contratuais. Segundo Marques Neto, a experiência apresentaria uma contraposição de um destes dois critérios de recomposição: taxa de retorno ou fluxo de caixa marginal.[183]

Pelo primeiro critério, o crivo do equilíbrio é dado pela margem de rentabilidade definida no momento do pacto, em regra, tomando por base a taxa de retorno que o concessionário declara na sua proposta. Na recomposição exclusivamente pela taxa de retorno, qualquer alteração havida no projeto e que impacte o equilíbrio originalmente fixado ensejaria o cálculo de uma compensação que leve em conta o quanto o fluxo de caixa global da concessão foi afetado, incluindo tanto os elementos impactados quanto aqueles intocados pelo fator de reequilíbrio previsto contratualmente.

[182] Expressão cunhada por (MARQUES NETO. 2015, p. 193)
[183] *Ibidem*, p. 193 e seguintes.

Segundo Marques Neto,[184] este primeiro critério é criticado por parcela da doutrina, por entender que esse mecanismo é bastante vulnerável à assimetria de informações em favor do concessionário e também porque ele supostamente dificulta a separação dos fatores de desequilíbrio (e da correspondência de risco) entre eventos que são de responsabilidade do concessionário e eventos que não o são, podendo gerar um benefício financeiro suplementar ao concessionário em razão da assimetria de informação existente entre este e o Poder Público.

Já o crivo ditado pelo fluxo de caixa marginal procura fugir da dependência das premissas apresentadas pelo particular. Por esse critério, toma-se o fluxo de caixa efetivo do concessionário e traça-se um fluxo paralelo, considerando-se o montante necessário para neutralizar o fator desequilibrante. Assim, para cada evento adverso, calcula-se o fluxo de caixa dos custos (dispêndios) gerados pelo evento causador e coteja-se com o fluxo de receitas novas (marginais) resultantes da medida de reequilíbrio. Desse cotejo deve-se obter um resultado nulo do fluxo de caixa marginal.

Ocorre que, como passaremos a expor, a realidade é mais complexa que a pressuposta por estes autores que constroem sua teoria a partir de um sistema estático e contratualmente pré-concebido de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos relacionais em comento. Assim, conforme passaremos a expor, a busca pelo resgate de um ponto de equilíbrio original é incompatível com a própria essência cambiante do contrato de concessão, e sua utilização nestes negócios jurídicos importa no transplante de uma teoria incompatível com a sua natureza jurídica, razão pela qual faz-se necessário propor um novo modelo de análise para as crises financeiras que impactam gravemente tais relações contratuais.

4.3. Teoria da imprevisão e insuficiência do postulado jurídico tradicional

Conforme exposto anteriormente, segundo a doutrina majoritária, a locução constitucional “mantidas as condições efetivas da proposta”, encartada no art. 37, XXI, da CRFB, consagraria o direito do contratado de obter o restabelecimento do equilíbrio contratual todas as vezes em que fosse constatado que eventos qualificáveis como áleas extraordinárias alteraram a equação inicialmente pactuada e, ressalvadas disposições

[184] *Idem*, 194.

contratuais de atribuição de risco em sentido contrário, impor-se-ia a reparação integral pelo Poder Público, normalmente por meio do aumento das tarifas.

Trata-se, contudo, de uma tentativa de apropriação de previsão constitucional exclusivamente voltada para os contratos de desembolso, como os de obra pública ou de aquisição de bens e serviços, dado que o regramento constitucional do contrato de concessão não está situado no art. 37, XXI da CRFB, mas sim no art. 175 da mesma norma fundamental[185], que não adotou previsão semelhante para este tipo de negócio jurídico. Com efeito, Gustavo Kaercher Loureiro (LOUREIRO 2020, p. 83 e ss) demonstra, a partir de uma investigação do histórico das Constituições Brasileiras de 1934 até 1967, que o modelo constitucional brasileiro abandonou o modelo de equilíbrio francês para os contratos de concessão e adotou um modelo do direito norte-americano, o do "*fair remuneration*". Entretanto, sustenta , Gustavo Kaercher Loureiro (2020, p. 109 e ss) que a CRFB de 1988 teria refutado conferir tratamento constitucional para a questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, relegando a tarefa de definição da matéria ao legislador ordinário. Referido autor lastreia sua afirmação tanto pela constatação de que diversas tentativas de reinserção do conceito de justa remuneração (presentes, como visto, em todas as constituições anteriores deste 1934) foram refutadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte (LOUREIRO, 2020, P. 123). De mais a mais, para além da própria redação do art. 37, XXI que apenas se refere aos contratos de "obras, serviços, compras e alienações", a engenharia econômico-financeira das concessões (e seus efeitos trilaterais projetados para o futuro) é essencialmente diversa da lógica econômica que governa os contratos de desembolso.

Assim, com mais razão a questão do equilíbrio dos contratos de concessão deve se despir da premissa aplicável aos contratos comuns celebrados pela Administração Pública, calcados em uma teoria vinculada à cláusula do *Pacta Sunt Servanda*. Partindo-se desta diferenciação basilar, e focalizando na questão que nos interessa discutir, cabe investigar os limites da possibilidade de a Administração Pública proceder a alterações

185 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado.

no equilíbrio do contrato de concessão em razão de fatores imprevisíveis, para além do que preconiza a matriz de riscos originalmente pactuada entre as partes.

De início, é importante ter presente que a ideia do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima do administrado veda ao Estado mudanças bruscas capazes de gerar um ambiente de incerteza e insegurança, de modo que a alteração das condições econômicas, para além das questões alinhadas contratualmente deve ser enfrentada com a adequação à normatividade imposta por esses princípios.

Entretanto, em razão dos recentes eventos advindos especialmente da pandemia provocada pela Covid-19, as agências reguladoras têm sido confrontadas com pedidos de reequilíbrios desses contratos de concessão em razão de drásticas e imponderáveis oscilações do cenário macroeconômico, o que precipitou o debate a respeito da possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão para além do que dispõe a matriz de risco pactuada entre as partes.[186]

É importante que não percamos de vista que a alocação eficiente dos riscos nos contratos concessionais é mecanismo que incentiva as partes ao adimplemento, induzindo comportamentos que sejam prudentes e responsáveis das partes, aderentes à assunção de responsabilidades contratuais. Aliás, sob o ponto de vista econômico, um contrato de concessão somente será adequado se efetivamente realizar uma distribuição adequada dos riscos, em um modelo orientado para otimizar os níveis de eficiência e eficácia na construção e operação do ativo concedido, que viabilize uma melhora perceptível na qualidade das infraestruturas e das condições de vida dos usuários, assente num modelo económico-financeiro equilibrado e sustentável no longo prazo[187].

De outro giro, se a cada intercorrência o parceiro privado conseguisse, facilmente, uma renegociação contratual, isso poderia gerar um efeito deletério para a licitação, em que seria selecionado não o melhor prestador, mas aquele que se mostrasse mais otimista em obter boas condições em futura negociação com o governo (seleção adversa), ou induzir comportamentos oportunistas do concessionário (risco moral), que se veria

[186] O tema foi objeto de análise no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, que entendeu pelo enquadramento da pandemia do novo coronavírus como evento extraordinário, mas advertiu que caso houvesse matriz de riscos, esta deveria ser observada, conforme item 73 da referida manifestação. A situação ora analisada é diversa, pois propomos estudar se, hipoteticamente, mesmo havendo matriz de riscos que atribua o risco da demanda ao parceiro privado, se seria possível ser realizada a recomposição do contrato de concessão.

[187] (CRUZ; SARMENTO, 2020, P. 70)

tentando a atrasar investimentos e inadimplir obrigações contratuais com o intuito de se privilegiar de um comportamento leniente do parceiro público[188].

Assim, se por um lado é razoável entender que em condições ordinárias cada parte deve arcar com os riscos assumidos contratualmente, e, além disso, a sinalização adequada do cumprimento das regras contratuais é medida essencial para o sucesso de um programa longevo de concessão, como forma de evidenciar um cenário de competição pelo mercado justo e transparente, por outro lado, resta investigar se as partes deveriam suportar integralmente as consequências advindas da aplicação da matriz de riscos, mesmo diante de eventos que promovam uma ruptura abrupta do cenário anteriormente projetado, como o que pode ocorrer em determinados setores da economia impactados, por exemplo, pela Covid-19. Para além disso, também é sobremaneira tormentosa a determinação do valor devido a título de recomposição econômica, dado que o preconizado "ponto de equilíbrio" do contrato concessório pode ser impactado por um alargado número de variáveis, que se incorporadas ou não ao cálculo, projetam grande variação no valor final do reequilíbrio contratual.

Aqui, portanto, interessa-nos menos determinar se o impacto da Covid-19 é motivo suficiente para provocar a ruptura do cenário projetado em todos os setores regulados da economia brasileira, dado que os impactos podem variar de setor para setor e que reclamaria um estudo setorial específico, e mais avaliar se, partindo-se da premissa de uma ruptura de cenário econômico anteriormente projetado, poderiam as partes, legitimamente, repactuar as bases econômicas do contrato de concessão em novos termos.

Em situação como esta, em que as condições objetivas da prestação do serviço tenham se modificado de maneira intensa e que inviabilizassem a exploração do serviço concedido tal como originalmente contratado, haveria duas opções: ou bem a concessionária se veria obrigada a devolver a concessão, com perdas significativas para o usuário que precisaria aguardar nova licitação do ativo, computando-se aí o tempo necessário para o levantamento das indenizações devidas à concessionária e eventuais valores devidos ao Poder Público, prazo de difícil determinação, especialmente se a questão for objeto de judicialização por qualquer das partes, ou então admitir a revisão

188 Cruz e Sarmento sustentam que uma boa alocação de riscos contribui para a eficiência de um contrato de concessão por reduzir os custos de transação associados com a intepretação e execução dos contratos; incentivar o privado a ser mais eficiente na exploração do ativo concedido; e por fim, reduzir a probabilidade de renegociações futuras durante a vida do contrato. (CRUZ; SARMENTO, 2020, P. 142). No mesmo sentido: (GUASCH, 2004, p. 43 e ss)

do contrato além dos limites tradicionais do reequilíbrio econômico-financeiro já anteriormente comentados, calcado no dinamismo inerente aos contratos de longo prazo.

Dentro deste cenário ora pressuposto, Flávio Amaral Garcia defende a existência de uma "imprevisão na previsão", a qual ocorreria quando as condições existentes no momento da celebração fossem alteradas de maneira profunda, quando restasse inviabilizado o atingimento das finalidades contratuais. Segundo o autor "[Quando isso ocorre], tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto".[189]

Nessas situações, o contrato se mostraria incompleto sob a perspectiva econômica, mas não sob a perspectiva jurídica, ou seja, como em nosso exemplo a matriz de riscos do contrato expressamente atribuiu o risco da ocorrência da força maior ao concessionário a questão estaria abrangida por uma solução jurídica preestabelecida e suficiente para resolver o incidente contratual. Isso é assim pois para o Direito o conceito de contrato incompleto está normalmente associado à ideia de um contrato cujas previsões são insuficientes e lacunosas, de modo que certos aspectos da relação jurídica não sejam adequadamente abrangidos pelos clausulados contratuais.

Por outro lado, a economia entende a incompletude contratual de modo ambivalente: pode ser associada a um defeito do contrato, como uma redação ambígua, ou pode advir de um ato voluntário e deliberado das partes contratantes, que, cientes da impossibilidade de previsão consciente e racional de todas as circunstâncias que impactarão o contrato – e, muitas vezes, desconhecendo várias dessas circunstâncias – intencionalmente relegam a definição de alguns aspectos da relação a um momento posterior.[190]

Assim, nos parece um equívoco entender que a matriz de riscos em um contrato de concessão deve ser entendida como a única cláusula completa em um contrato sabidamente incompleto. Entender assim é procurar fechar os olhos para a realidade já admitida pela maioria da doutrina a respeito da ausência de regulamentação exaustiva de todas as condições de execução dos contratos de concessão, com o intuito de simplificar a análise dos possíveis (e legítimos) pedidos de reequilibrio.

[189] (GARCIA, 2019, p. 119-133)

[190] A incompletude econômica associada à decisão livre, voluntária e racional das partes contratantes de não disciplinar todas as eventualidades passíveis de manifestação no contrato tem o objetivo de redução dos custos de transação associados à elaboração de clausulados detalhados e completos. Nesse sentido: (ZANETTI, 2019)

Ora, é muito mais conveniente e simplista aplicar acriticamente a matriz de riscos contratualmente estabelecida, construída unilateralmente pela Administração Pública a partir de extrapolações das experiências de contratos anteriores para relações que se concretizarão no futuro, o qual, como sabemos, não possui nenhum compromisso com o passado, isso sem considerar que este clausulado, normalmente não é submetido a um debate sério com os demais interessados, nem passa por um escrutínio técnico em que se estressem os cenários-base que lastrearam a construção da matriz de riscos adotada pela Administração.

Como esclarece Gonçalves (2019), todo *project finance* (modelo lógico-econômico sobre o qual costumam assentar as concessões) pressupõe a existência de um caso base financeiro, em que são avaliados o projeto e os investimentos a ele associados, a partir de projeções macroeconômicas, expectativas de receitas bem como de despesas. Entretanto a ausência, no Brasil, de determinação de vinculação do cenário-base com o futuro equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem criado um contexto de imprecisões para a análise dos pedidos de reequilibrio de contratos de concessão pelas agências reguladoras dos setores de infraestrutura[191].

A título comparativo com outro setor regulado, o Banco Central do Brasil, a partir da Resolução n. 4.557, de 23 de fevereiro de 2017[192], impôs às instituições financeiras uma política de gerenciamento de riscos dos produtos e serviços por elas ofertados que, dentre outras medidas prudenciais, devem ser instruídas com testes de estresse do produto *vis-à-vis* um cenário econômico projetado, dado que a base econômica, seja de um contrato de concessão ou de um produto financeiro, reclama uma correspondente aderência de cenários econômicos, e, à medida que exista um desgarramento entre a base econômica projetada originalmente, quando da definição da distribuição dos riscos assumidos pelas partes contratantes, e as reais condições experimentadas no momento de

191 GONÇALVES (2019, p. 329) esclarece que o caso base pode apresentar uma dupla natureza ou finalidade. Em uma primeira acepção ele se presta a subsidiar a formação da vontade negocial de ambas as partes (Poder Concedente e concessionário), servindo de elemento formativo das propostas dos licitantes e do equilíbrio do futuro contrato de concessão. Entretanto, esta projeção somente terá influência jurídica direta se assim for definido pelo Poder concedente de modo antecedente à celebração do contrato, integrando-se às disposições contratuais de modo claro e inequívoco por opção regulatória do poder público. Em nossa opinião esta definição poderia reduzir o nível de imprecisão na análise dos pedidos de reequilibrio de contratos de concessão e aumentar a segurança jurídica associada à exploração de ativos de infraestrutura concedidos.

192 Brasil. Banco central do Brasil. Resolução nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20471202/do1-2017-03-01-resolucao-n-4-557-de-23-de-fevereiro-de-2017-20471020. Acesso em 25/02/2022, às 10:26

sua execução, cresce, tendencialmente, a necessidade de reconfiguração do equilíbrio originalmente pactuado.

A ausência de uma evidenciação técnica dos cenários econômicos que lastrearam a distribuição dos riscos na matriz de riscos impede que as partes contratantes conheçam os reais limites de expectativas contratuais do quanto deve ser arcado por cada parte na eventualidade da concretização do risco. Deste modo, a forma como a cláusula de matriz de risco é concebida nos contratos de concessão no Brasil não atende integralmente sua finalidade, que seria produzir uma comunicação clara do quanto deve ser esperado de cada uma das partes quanto a sua exposição ao risco. Ocorre que, como sabido, o cálculo desta exposição é elemento central da definição não só da proposta vencedora, mas no caso das concessões, de todo o plano de negócios associado à exploração da infraestrutura concedida. Assim, um superveniente descolamento da base econômica originalmente projetada somente pode ter atendimento pela matriz de riscos originalmente prevista no contrato enquanto a projeção mais pessimista que lastrou o estudo técnico original ainda estiver aderente com a realidade. Entretanto, vulnerando-se o pior cenário projetado, dever-se-ia admitir a redistribuição dos ônus contratuais, dado que o risco concretizado teria superado o risco projetado[193].

É que, como sabido, a exposição ao risco, de parte a parte, não pode ser indefinida, sob pena de se inviabilizar a própria exploração associada de infraestruturas, que como já tivemos oportunidade de expor, tem finalidades extrínsecas associadas com a implementação de direitos fundamentais que impõem ao Estado o dever de manutenção da estabilidade dos vínculos contratuais, inclusive a partir de soluções consensuais extravagantes ao quanto originalmente pactuado.

Para além disso, é importante perceber que o modo como os contratos de concessão são normalmente celebrados no Brasil, os possíveis eventos positivos não são integralmente apropriados pelo concessionário, dado que a partir do recurso a diversas estratégias contratuais, como o estabelecimento de outorgas variáveis que seriam acionadas em caso de excesso de arrecadação, gatilhos de investimentos que imporiam a realização de aportes financeiros na infraestrutura concedida em caso de ampliação da

193 A nosso viso não seria adequado estabelecer uma relação direta de equilíbrio entre o caso base e a necessidade de recomposição contratual, pois isso retiraria eficiência da exploração do ativo concedido, introduzindo-se um risco moral à execução do ajuste. Assim, propomos que exista uma banda de variação negativa e positiva em relação ao que foi estimado pelo Poder Concedente nos estudos técnicos preliminares em que não seria possível exigir outra compensação em relação ao que restou determinado contratualmente. Entretanto, vulnerando-se o pior cenário, abrir-se-ia a possibilidade de renegociação das bases do negócio.

base de usuários do serviço público, ou mesmo em razão de técnicas já adotadas de fixação artificial por parte do Poder Concedente da Taxa Interna de Retorno (TIR) que seria obrigatoriamente utilizada pelo futuro concessionário na exploração da infraestrutura concedida, fato certo é que a tradicional definição de que a exploração da concessão pelo parceiro privado ocorreria por sua "conta e risco" não tem sido integralmente respeitada sob o viés dos ganhos de eficiência que poderiam ser apropriados pelo concessionário a partir de externalidades positivas que incidam durante a execução do contrato de concessão, o que nos leva a questionar se o mesmo não deveria ocorrer em sentido inverso.

Assim, defendemos que a repartição de riscos operada nos contratos de concessão deve ser entendida como uma forma de redução dos custos de transação, na medida em que viabilizariam a predefinição das responsabilidades pelo amortecimento das flutuações, desde que dentro de uma projeção de cenários econômicos considerados quando da fase de planejamento do empreendimento concessório, o que dispensaria, na maior parte das vezes, longas discussões a respeito de quem seria responsável por arcar com os custos decorrentes da concretização do risco durante a vigência da relação contratual (uma vez que tal regra constaria da própria matriz de risco contratual originária), remanescendo-se aberta, porém, a via negocial nos casos de forte descolamento entre o cenário base e a realidade concretizada durante a vigência do ajuste.

Ainda assim, o eventual afastamento do regime contratual de reequilibrio tradicional reclamaria uma demonstração inequívoca de sua necessidade para a continuidade da exploração associada do serviço público, de maneira que a questão que se apresenta nesta quadra é que, diante da tensão entre a aplicação estrita do clausulado do contrato, por um lado, e a concessão de um reequilíbrio contratual percebido como necessário pela agência reguladora, por outro,[194] atrai-se um ônus argumentativo para a autoridade competente que deveria demonstrar a efetiva ruptura do ponto de equilíbrio contratual para além do que seria razoável supor estar abrangido pelo risco antevisto na matriz de riscos contratualizada originalmente.

Essa demonstração do efetivo descolamento da realidade econômica com a projetada no início da relação jurídica, bem como a evidenciação que a recomposição negociada seria conduzida com o intuito de preservar a finalidade pública de manutenção

[194] Conforme já aludido em nota de rodapé anterior, a Advocacia-Geral da União expressamente reconheceu a crise sanitária de Covid-19 como um caso de força maior e que potencialmente reclamaria a concessão de recomposições econômicas.

do pactuado originalmente,[195] dificultam, sobremaneira, a tomada de decisão da Administração Pública.

Para além desse elemento dificultador da tomada de decisão no contexto da análise de pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão, Gustavo Kaercher Loureiro e Marcos Nóbrega[196] alertam que o contexto de tomada de decisão administrativa de reequilíbrio de contratos de concessão envolve a utilização de institutos jurídicos inábeis para efetivamente recompor um equilíbrio projetado originalmente que não pode ser reconstruído no futuro.

Segundo os autores, existiria uma forte dessintonia entre a doutrina do direito administrativo brasileiro ensinada nos manuais e a efetivamente praticada pelo controle e pelos Tribunais (judiciais ou de contas) quando comparadas com a dinâmica real da relação contratual dos contratos complexos.[197] Para eles, a partir de críticas que tecem à economia neoclássica, o sistema ou modelo econômico não se comportaria a partir de regras rígidas e previsíveis, não havendo que se falar em um equilíbrio que funcionasse como um "centro de gravidade" do contrato, para em seguida concluírem:

> Nesse contexto, tentar reequilibrar os contratos complexos com base na ideia de um equilíbrio inicial e teoricamente imutável não pode funcionar diante da complexidade do ambiente em que os contratos são executados. Trata-se, na verdade, de uma narrativa, no sentido de que sempre foi assim e as partes envolvidas, inclusive os Tribunais e Controle, se sentem confortáveis de seguir esse caminho. Criou-se a confortável ideia que deveríamos buscar esse tal equilíbrio e fingimos que o encontramos e conseguimos reequilibrar o contrato.[198]

Logo, ao revés da tentativa de resgate de um momento inicial de formação do equilíbrio econômico-financeiro, que além de não encontrar suporte constitucional, como já visto, é também incompatível com a própria natureza do negócio conduzido pela Administração e o concessionário, que se projeta e se concretiza no futuro da gestão

---

[195] Como reconhece Flávio Amaral Garcia, o grande obstáculo para a concretização dessas alterações é de origem cultural e não jurídico-normativo. Segundo o autor: "Contratos incompletos acarretam maior discricionariedade. Discricionariedade exige maior consensualidade. Consensualidade impõe confiança, boa-fé, cooperação, colaboração, ética nas relações e diálogo permanente. Lamentavelmente, nada disso se muda por lei". (GARCIA, 2019b)

[196] Os autores destacam que "[q]uando os juristas e os Tribunais estão tentando reequilibrar os contratos de complexos que são relacionais, incompletos e de longo prazo, estão intencionando que as coisas se moldem aos pressupostos teóricos e não o contrário. Ou seja, seguem um modelo e querem porque querem que a realidade se adeque a ele. É um problema de *whishful thinking* ou mesmo de autoengano. E, nessa toada, acadêmicos, juristas, empresários e a sociedade sofre as consequências de decisões ineficientes que acabam por aumentar a distorção dos contratos. (LOUREIRO; NOBREGA, 2020)

[197] *Ibidem*.

[198] Ibidem.

associada do ativo concedido, deveria a Administração adotar uma estrutura adaptativa de construções e reconstruções das condições técnicas e econômicas adequadas e necessárias para a exploração da infraestrutura de maneira adequada tanto para o Poder Público, que pretende extrair do vínculo contratual um mecanismo de concretização de direitos fundamentais a partir da implementação e operação de infraestruturas, e do usuário que deve receber serviços equilibrados entre qualidade e custo e o concessionário, a partir da justa remuneração do capital investido.

Não obstante, como toda decisão para o futuro, e portanto, envolta em um cenário de incerteza, a adequada condução de contratos relacionais depende da antecipação de mudanças, e sendo essa antecipação cada vez mais difícil numa sociedade incrementalmente complexa, qualquer decisão tem a potencialidade de conduzir esta relação contratual a resultados potencialmente inadequados aos múltiplos cenários possíveis de concretização futura, minando a legitimidade da decisão unilateral pública consistente na construção unilateral da matriz de riscos.[199]

À toda evidência, a tomada de decisão neste contexto envolve uma situação de incerteza jurídica, potencializada, por exemplo, pelas possíveis flutuações decorrentes das sucessivas ondas e variantes da Covid-19, que cria para todos os envolvidos na relação jurídica uma "Onerosidade Excessiva Universal e Transitiva".[200] Esta incerteza, como sustentamos, é potencializada pela opacidade na definição dos critérios econômicos que lastrearão os futuros estudos técnicos que serão realizados pelo Poder Concedente quando da análise dos pedidos de reequilíbrio destes ajustes e que fazem com que a execução do contrato de concessão ocorra à semelhança de um voo cego, sem o apoio de instrumentos. As partes celebram o contrato e torcem para que a execução ocorra sem maiores sobressaltos.

Assim, em qualquer dos cenários possíveis à questão que ora nos propomos a discutir, de deferimento ou indeferimento do pleito de reequilíbrio dos contratos de concessão, daí advindo, em cada um desses polos de decisão, as respectivas consequências para deterioração da prestação do serviço, seja pela majoração da tarifa sem aumento de qualidade percebida pelo usuário, seja pela queda de performance do concessionário diante da decisão que negue o pleito ou mesmo o abandono do contrato que perdeu adequação com o novo cenário econômico, essa decisão será inevitavelmente objeto de críticas sociais e contestações judiciais.

[199] (MARCHAU et. All, 2019, p. 20).
[200] (LOUREIRO, 2020b)

Além deste panorama decisório complexo, devemos considerar a percepção da existência de déficits de probidade e eficiência no âmbito da Administração Pública que têm, na prática, criado um ambiente favorável à expansão do controle e a crítica às decisões públicas. Essas críticas favorecem uma interpretação literal das disposições contratuais e uma postura reativa das agências reguladoras para conceder pedidos de reequilibrio para além das previsões contidas na matriz de riscos contratualmente definida.

Assim, se a celebração de acordos de integração não tem o condão de, isoladamente, elidir atos de corrupção de má gestão da coisa pública, em razão das intrínsecas limitações do modelo de participação popular (assimetria de informação, falta de expertise e interesse do cidadão comum a respeito das questões técnicas associadas à discussão de reequilibrio de contratos de concessão entre outros exemplos) fato certo é que a institucionalização de um processo transparente que imponha à agência reguladora a apresentar os elementos técnicos constitutivos de proposta de decisão regulatória voltada à concessão de reequilibrio de contrato de concessão favorece o controle dos atos administrativos e por essa razão legitima o ato final concessivo da renegociação contratual pelo poder concedente.

Todo este contexto reclama que, ao largo dos acordos substitutivos de sanção, já abordados à exaustão pela doutrina nacional, a Administração Pública reconheça a necessidade de celebração de acordos de integração nos casos em que a efetividade do Direito imponha o prévio equacionamento dos problemas sociais complexos, a exemplo da recomposição excepcional de contratos de concessão de serviço público abalados para além do razoável em sua estrutura financeira.

Para estes casos em que a decisão pública será necessariamente subótima a uma parcela dos interessados, dado que há intrínseca dispersão de interesses antagônicos, e considerando que os aspectos técnicos envolvidos são, muitas das vezes, opacos e pouco acessíveis a uma grande parcela dos interessados e afetados pela decisão pública, qualquer decisão demanda um prévio e necessário processo de prestação de contas à sociedade, instruído por elementos de esclarecimento que tornem o conhecimento dos aspectos técnicos compreensíveis e que permitam o efetivo controle social do estamento burocrático administrativo.

Evidentemente, nossa proposta não pressupõe a derrocada do edifício do Direito Administrativo, ainda fundado na legalidade, mas sim, a constituição de um outro lastro de sustentação, a partir da legitimidade conferida pela consensualidade, mesmo porque o

acordo integrativo previsto no art. 26 da LINDB não substitui o poder decisório da Administrativa, apenas o antecedendo em etapa prévia em que todos os interessados possam ofertar de maneira legítima e processualmente regrada suas contribuições, objeções e qualificar a decisão final da Administração, que deverá, tanto quanto possível, ponderar e equacionar os diversos interesses envolvidos.

Assim, sem pretender esgotar o tema, e muito menos exaurir todo os possíveis caminhos que poderiam ser observados para a instrução desses pedidos de revisão contratual em casos extraordinários, e com o intuído de contribuir de maneira propositava para a questão, entendemos que a solução adequada para o problema da ocorrência de eventos qualificáveis como áleas extraordinárias e que impliquem significativa ruptura da equação inicialmente pactuada nos contratos de concessão pode transitar pelas seguintes questões:

1) A melhoria do procedimento de planejamento das concessões de serviço público no Brasil que deveriam apresentar em audiência pública os cenários de projeções econômicas que lastrearam a construção da matriz de riscos dos contratos a serem futuramente celebrados;
2) Após a conclusão dos referidos estudos a matriz de riscos fosse interpretada a partir das premissas econômicas anteriormente adotadas e divulgadas como anexo do contrato, como forma de permitir ampla transparência e controle social das condições efetivas de manutenção e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
3) De igual modo, a matriz de riscos, em razão da sua importância para a adequada execução do contrato de concessão, deveria ser objeto de maior debate com a sociedade, com oferta de reais condições de participação para que todos os interessados possam compreender os custos e opções envolvidas com as atribuições de responsabilidades contratuais, e não apenas com o controle externo.
4) A agência reguladora deve se preparar adequadamente para os potenciais eventos deflagradores de renegociações contratuais, municiando-se de informações gerenciais extraídas da exploração do ativo concedido e fornecidas pela concessionária como condição para a execução do contrato, o que contribuiria para a natural redução da assimetria informacional existente entre o Poder Público e o concessionário;

5) Definitivo abandono da desgastada tentativa de reconstrução de um "ponto de equilíbrio" original que como defendido não guarda conexão com a natureza jurídica destes contratos relacionais, o que tem contribuído para o alongamento de discussões tecnicistas entre a agência reguladora, órgãos de controle, concessionário e judiciário a respeito do melhor critério técnico para reconstruir o suposto momento "T0", o que contribui para o incremento da insegurança jurídica, tanto em razão da incapacidade do parceiro privado em antecipar, no momento da participação no leilão da infraestrutura, qual o critério que será efetivamente adotado para a análise do pedido de reequilibrio, se este será considerado devido ou mesmo quando será concedido, devendo-se levar em conta o tempo alongado dos processos administrativo, de controle e judicial;
6) A partir da proscrição do modelo anterior, exsurge a necessidade de ressignificação da análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, levando-se em consideração a comparação entre o cenário pressuposto e divulgado quando da realização dos estudos prévios e a concretização de um cenário econômico não projetado, as partes deveriam conduzir negociações públicas que levassem em consideração os cenários possíveis e sua correspondente quantificação, como forma de parametrizar o dialogo público com os diversos interessados na futura decisão administrativa.
7) Durante o levantamento técnico conduzido pela agência reguladora, o principal direcionamento deve ser mais o de determinar de forma o mais objetiva possível qual a correta compensação devida ao concessionário, do que propriamente na negociação do mínimo valor possível, devendo ser considerado o quanto seria necessário para o restabelecimento de adequadas condições para continuidade do serviço público objeto do contrato de concessão;
8) A condução do acordo integrativo deve ser realizada apenas após a realização dos estudos técnicos por parte da agência reguladora, sendo por eles parametrizado em cenários preestabelecidos para que sejam minimizados os riscos de interdição da eleição de solução equânime para a recondução do contrato a premissas adequadas, com fundamento no art. 26, § 1º, I da LINDB.

A partir deste iter, e calcado nas discussões que tivemos a oportunidade de apresentar ao longo dessa dissertação, entendemos que a análise dos pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão deveria ser qualificada a partir de um processo administrativo mais democrático, que admitisse a participação qualificada de todos os interessados na decisão pública, tendo presente que a decisão pública que exsurgirá deste processo não necessariamente estará calcado em uma regra predefinida em contrato, pois como defendemos, a matriz de riscos não se presta para a precificação de todas as externalidades passiveis de ocorrer ao longo de um contrato de longo prazo.

Assim, ao que nos parece, a consensualidade poderia, neste contexto, inaugurar uma estratégia de legitimação da escolha pública em questões complexas, desde que o diálogo qualificado entre o administrador público, o concessionário e a sociedade, fosse acompanhado de uma prévia instrução técnica apta a parametrizar as escolhas possíveis e que os interesses dos usuários pudessem ser devidamente considerados no processo decisório. A partir destas bases seria adequado defender que os mecanismos de diálogo e concertação de interesses figurariam como um elo de legitimação da decisão pública em cenários complexos, a exemplo dos pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão impactados pela recente crise sanitária de Covid-19.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho buscamos apontar que as transformações do Direito Administrativo caminharam num movimento crescente da redução do caráter unilateral e mandamental da atuação estatal em direção a uma atuação que prestigiasse o consenso e a ponderação dos múltiplos interesses presentes na sociedade. Esta transição de modelos teóricos do Direito Administrativo, que gradativamente abandona a legitimidade do exercício do Poder Estatal a partir da imposição do poder extravagante na relação com o particular, e passa a estabelecer suas bases em um contexto de busca do consenso e legitimidade técnica especializada, pode ser compreendido a partir de alguns fatores.

Primeiro, a crescente complexidade de aplicação do Direito Público é tributária da igualmente crescente complexidade da sociedade contemporânea, que pressiona o Direito Administrativo ao atendimento de demandas que não constavam no horizonte de preocupações de sua concepção clássica. Essa ampliação no rol de tarefas públicas, aliada ao aumento da complexidade da sociedade, caracterizada por uma pluralidade de interesses, reclamou a institucionalização de práticas consensuais, que sejam compatíveis com as múltiplas e variadas formas de exercício das funções administrativas e que sejam capazes de atender às necessidades sociais de maneira mais adequada.

Tal cenário é justificado pela deposição da legalidade em favor da constitucionalização do Direito Administrativo, deixando o direito positivado de ser o único referencial para a orientação da atuação administrativa, que deve buscar em normas de cunho principiológico lastro normativo para suas decisões – o que resulta na valorização de um modo de aplicação do direito que se cristaliza na especificidade do caso concreto. Naturalmente, este novo contexto exigiu que as relações havidas entre a Administração e os administrados reclamasse um novo modelo de legitimidade da decisão administrativa.

Percebendo que o indivíduo deve ser tido como protagonista no exercício legítimo de implementação das políticas públicas pela Administração Pública, entendemos que o Estado não pode agir com total autonomia em suas escolhas públicas. Marca-se, assim, uma profunda transição das bases de legitimação do Direito Administrativo, que passou do momento inicial de rejeição de toda e qualquer possibilidade de consensualidade nas suas ações, sob o receio da deslegitimação do ato administrativo, para buscar mecanismos legitimadores que superassem o unilateralismo que permeou o Direito Administrativo tradicional, como forma de conferir legitimidade às suas decisões.

Conforme defendemos, o movimento em direção ao consenso deve ser considerado como um reflexo da crescente conexão entre os interesses das sociedades contemporâneas. A legitimidade por meio da participação dos diversos estamentos sociais assume papel mais relevante em razão do natural déficit democrático das agências reguladoras, que para se manterem equidistantes dos participantes do jogo regulatório, perdem naturalmente a legitimidade democrática dos representantes eleitos do Poder Executivo.

Assim, o Estado Regulador deve se legitimar a partir de outras bases que, em grande parte, virão da adoção de processos decisórios que respeitem em igual medida a eficiência técnica e o diálogo constante com todos os interessados, como forma de garantir que a implementação de políticas públicas seja ressonante com o projeto transformador constitucional e com os valores democráticos de nossa sociedade.

Portanto, podemos evidenciar que as agências reguladoras representam uma face mais aguda de um processo amplo de migração das bases de legitimidade do Direito Administrativo, a partir da constatação da insuficiência do arquétipo próprio do modelo clássico que preconiza um balizamento estrito da conduta administrativa a partir da Lei.

Se é verdade que a criação das agências reguladoras está umbilicalmente ligada ao fenômeno de surgimento da democratização da atuação administrativa, sua atuação concreta deve refletir este contexto, de modo que os processos decisórios devem incrementar a participação democrática dos administrados, especialmente se considerarmos que o modo de funcionamento das agências reguladoras, independentes técnica e hierarquicamente dos poderes políticos constituídos teve por consequência reduzir a legitimidade democrática destas autarquias especiais. Neste sentido, se a estratégia do insulamento político adotado nas agências reguladoras privilegiou o aspecto tecnocrático da administração pública o legislador que concebeu o modelo regulatório brasileiro procurou contrabalancear o encastelamento destes estamentos burocráticos com instrumentos de participação popular a exemplo das audiências públicas, agendas regulatórias e demais instrumentos de gestão transparente e participativo.

Entretanto, pudemos evidenciar, a partir da análise das vicissitudes do processo de implementação do modelo norte-americano de regulação por agências independentes no ordenamento jurídico brasileiro, que o atual momento histórico tem reclamado um aprofundamento do recurso a estratégias e instrumentos que aprimorem este modo de funcionamento mais ajustado à realidade complexa e dinâmica da sociedade contemporânea nacional.

Assim, postulamos que o exercício da função regulatória nestas bases não deve ser compreendido como uma mera aplicação ampliada da discricionariedade administrativa, dado que o fundamento da inserção do conceito de atuação administrativa discricionária marca uma etapa de transformação do Direito Administrativo anterior à atualmente vivenciada pelo ambiente pluralista e pós-moderno associado às escolhas regulatórias.

Portanto, como resposta a este cenário pós-moderno, o Estado deve passar a admitir, de maneira crescente, a edição de atos menos imperativos e estáveis que os atos administrativos tradicionais, com o objetivo de arbitrar conflitos que impõem uma postura mais integrativa e menos impositiva, a partir da constatação de que as práticas sociais estão em constante construção, verificação e reconstrução, e na medida em que os instrumentos unilaterais do passado se apresentam incapazes de regular plenamente a sociedade contemporânea.

No exercício de sua atividade, o ente regulador, que deve buscar o equilíbrio entre os destinatários da regulação (Estado, privado regulado e usuário/sociedade) vê-se obrigado a adotar decisões de cunho regulatório incrementalmente complexas em razão do próprio desenvolvimento e da sofisticação do conhecimento humano empregado no setor econômico objeto da regulação. Este processo administrativo que, sem deixar de observar as garantias ínsitas ao devido processo legal, conforma uma estrutura de participação e concretização de direitos fundamentais, poderia ser sintetizado na fórmula do "devido procedimento equitativo", construído pela junção da expressão "devido procedimento", decorrente de *due process* norte-americano e o conceito de procedimento equitativo do direito europeu.[201]

A partir desses aportes, associado aos conceitos de Sabino Cassese e Massimo Severo Giannini, que qualificaram a atuação da Administração contemporânea como aquela que abandonou a atuação bilateral, com efeitos restritos aos seus sujeitos, para pautar sua atuação em intervenções com efeitos a toda uma coletividade, entendemos ser possível situar o atual desenho institucional das agências reguladoras como uma expressão da nova Administração Pública multipolar, de modo que o processo administrativo por elas conduzido deve, igualmente, assumir múltiplas funções, como matriz formativa e conformadora que é da manifestação administrativa em quaisquer dessas múltiplas atividades desempenhadas pela Administração Pública.

[201] (BITENCOURT NETO, 2020)

Assim, consideramos que o incremento da participação democrática na própria construção das etapas do processo administrativo voltado à decisão pública, a partir dessa adaptabilidade do processo administrativo às diversas atividades desenvolvidas pela Administração multipolar, preenche, quando menos, duas importantes lacunas do processo de escolha pública das agências reguladoras. De modo mais imediato, a participação popular confere legitimidade ao processo decisório das agências reguladoras, que, como dito, ressentem-se de maior legitimação democrática, e por outro lado também conformam uma renovação da ação estatal, conferindo-lhe governança.[202] Assim, para além de mera legitimidade, a democratização do processo decisório confere segurança jurídica para as relações jurídico-administrativas.

Após termos apresentado as bases de legitimação da atuação das agências reguladoras, tomadas aqui como um exemplo mais agudo de um processo transformador da Administração Pública, e tendo sustentado a necessidade de ampliação dos espaços de decisão consensual como forma de legitimação da escolha pública em cenários complexos, passamos a propor a possibilidade de adoção de acordos integrativos (endoprocessuais) nos processos de análise de reequilíbrio de contratos de concessão.

Ao centrarmos nossos estudos no art. 26 da LINDB, tivemos a oportunidade de registrar que o referido comando normativo abrange, expressamente, a possibilidade de celebração de acordo em relações administrativas multipolares, com suporte no pensamento de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas.[203]

Sem pretensão de esgotar o tema dos acordos integrativos, buscamos centrar nosso estudo nesta figura por entender que os estudos conduzidos a respeito dos acordos substitutivos de sanção já tinham esgotado suficientemente a temática. Por outro lado, os compromissos endoprocessuais para eliminação de situação contenciosa, também conhecido como acordos substitutivos regulatórios ou integrativos, no contexto de análise de pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão de serviço público, foram pouco explorados, apesar da autorização legal expressa para sua realização. Tributamos a falta de utilização de acordos nesta seara ao desconhecimento e receio dos gestores públicos a respeito dos limites e possibilidades desta figura.

Com efeito, destacamos que a transigibilidade nesta matéria constitui, inclusive, por força de reconhecimento legal expresso, tema passível de acordo entre a Administração e os interessados, conforme dispõe o art. 32, §5º da Lei nº 13.140, de 26

[202] MOREIRA NETO, 2008, p. 2)
[203] (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

de junho de 2015, que admite a autocomposição de conflitos envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, e o art. 31, §4º, I, da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que expressamente estabelece a arbitrabilidade objetiva das controvérsias envolvendo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.

A reiteração de disposições legais indicando a possibilidade de adoção de soluções consensuais a este objeto, segundo entendemos, deve ser atribuída ao diagnóstico do legislador de que a análise dos pleitos de alteração contratual envolvem a tomada de decisão em um ambiente de incerteza jurídica, e também porque os contratos de concessão são institutos jurídicos multipolares, na medida em que a gestão associada de serviços públicos funciona como espaço privilegiado de implementação de direitos fundamentais de uma ampla gama de usuários e de parcelas da sociedade.

Assim, considerando que os contratos concessionais são contratos incompletos ou relacionais, na medida em que não se destinam a regular todos os aspectos da relação contratual, estes reclamam uma estrutura de direitos e obrigações que seja adequada à resolução futura das contingências que surgirão durante a sua execução. Esta característica incompleta atrai a incidência de um equilíbrio dinâmico para a relação contratual que precisa refletir os diversos compromissos regulatórios pactuados pelas partes envolvidas no jogo regulatório durante toda a vida da relação contratual.

Compreendemos, então, que a partir da aceitação de um equilíbrio dinâmico é que se tornaria possível atender, simultaneamente, o interesse dos usuários, os interesses da iniciativa privada e os interesses da própria Administração, compreendendo o contrato de concessão um *locus* de otimização simultânea do uso de bens e direitos de titularidade estatal, mas também funcionando como um instrumento de exercício da função regulatória do Estado, necessário para a determinação e materialização do interesse geral ao longo de todo o período de vida da relação contratual.

O desafio de controle, condução e recondução desse equilíbrio dinâmico a um nível aceitável a todas as partes envolvidas (usuários, Estado e concessionário) envolve uma decisão pública complexa e, muitas vezes, insatisfatória.

Esta inadequação surgiria da tensão entre a aplicação estanque do clausulado do contrato, por um lado, e a concessão de um reequilíbrio contratual percebido como necessário pela agência reguladora, por outro, o que atrai um ônus argumentativo para a autoridade competente que deveria demonstrar a efetiva ruptura do ponto de equilíbrio

contratual para além do que seria razoável supor estar abrangido pelo risco antevisto na matriz de riscos contratualizada originalmente.

Esta demonstração do efetivo descolamento da realidade econômica atual com aquela projetada no início da relação jurídica, bem como a necessidade de evidenciação de que a recomposição negociada seria conduzida irretocavelmente com o intuito de preservar a finalidade pública de manutenção do pactuado originalmente, dificultam, sobremaneira, a decisão da Administração Pública.

Assim, sem pretender esgotar o tema, e muito menos exaurir todo os possíveis caminhos que poderiam ser observados para a instrução desses pedidos de revisão contratual em casos extraordinários, e com o intuído de contribuir de maneira propositava para a questão, entendemos que a solução adequada para o problema da ocorrência de eventos qualificáveis como áleas extraordinárias e que impliquem significativa ruptura da equação inicialmente pactuada nos contratos de concessão pode transitar pelas seguintes questões:

1) A melhoria do procedimento de planejamento das concessões de serviço público no Brasil que deveriam apresentar em audiência pública os cenários de projeções econômicas que lastrearam a construção da matriz de riscos dos contratos a serem futuramente celebrados;
2) Após a conclusão dos referidos estudos a matriz de riscos fosse interpretada a partir das premissas econômicas anteriormente adotadas e divulgadas como anexo do contrato, como forma de permitir ampla transparência e controle social das condições efetivas de manutenção e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
3) De igual modo, a matriz de riscos, em razão da sua importância para a adequada execução do contrato de concessão, deveria ser objeto de maior debate com a sociedade, com oferta de reais condições de participação para que todos os interessados possam compreender os custos e opções envolvidas com as atribuições de responsabilidades contratuais, e não apenas com o controle externo.
4) A agência reguladora deve se preparar adequadamente para os potenciais eventos deflagradores de renegociações contratuais, municiando-se de informações gerenciais extraídas da exploração do ativo concedido e fornecidas pela concessionária como condição para a execução do contrato, o

que contribuiria para a natural redução da assimetria informacional existente entre o Poder Público e o concessionário;

5) Definitivo abandono da desgastada tentativa de reconstrução de um "ponto de equilíbrio" original que como defendido não guarda conexão com a natureza jurídica destes contratos relacionais, o que tem contribuído para o alongamento de discussões tecnicistas entre a agência reguladora, órgãos de controle, concessionário e judiciário a respeito do melhor critério técnico para reconstruir o suposto momento "T0", o que contribui para o incremento da insegurança jurídica, tanto em razão da incapacidade do parceiro privado em antecipar, no momento da participação no leilão da infraestrutura, qual o critério que será efetivamente adotado para a análise do pedido de reequilibrio, se este será considerado devido ou mesmo quando será concedido, devendo-se levar em conta o tempo alongado dos processos administrativo, de controle e judicial;
6) A partir da proscrição do modelo anterior, exsurge a necessidade de ressignificação da análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, levando-se em consideração a comparação entre o cenário pressuposto e divulgado quando da realização dos estudos prévios e a concretização de um cenário econômico não projetado, as partes deveriam conduzir negociações públicas que levassem em consideração os cenários possíveis e sua correspondente quantificação, como forma de parametrizar o dialogo público com os diversos interessados na futura decisão administrativa.
7) Durante o levantamento técnico conduzido pela agência reguladora, o principal direcionamento deve ser mais o de determinar de forma o mais objetiva possível qual a correta compensação devida ao concessionário, do que propriamente na negociação do mínimo valor possível, devendo ser considerado o quanto seria necessário para o restabelecimento de adequadas condições para continuidade do serviço público objeto do contrato de concessão;
8) A condução do acordo integrativo deve ser realizado apenas após a realização dos estudos técnicos por parte da agência reguladora, sendo por eles parametrizado em cenários preestabelecidos para que sejam minimizados os riscos de interdição da eleição de solução equânime para a recondução do contrato a premissas adequadas, com fundamento no art. 26, § 1º, I da LINDB.

A partir deste iter, e calcado nas discussões que tivemos oportunidade de apresentar ao longo dessa dissertação, entendemos que a análise dos pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão deveria ser qualificada a partir de um processo administrativo mais democrático, que admitisse a participação qualificada de todos os interessados na decisão pública, tendo presente que a decisão pública que exsurgirá deste processo não necessariamente estará calcado em uma regra predefinida em contrato, pois como defendemos, a matriz de riscos não comporta a possibilidade de precificação de todas as externalidades passiveis de ocorrer ao longo de um contrato de longo prazo.

Assim, ao que nos parece, a consensualidade poderia, neste contexto, inaugurar uma estratégia de integração e de legitimação da escolha pública em questões complexas, desde que o diálogo qualificado entre o administrador público, o concessionário e a sociedade, fosse acompanhado de uma prévia instrução técnica apta a parametrizar as escolhas possíveis e que os interesses dos usuários pudessem ser devidamente considerados no processo decisório. A partir destas bases seria adequado defender que os mecanismos de diálogo e concertação de interesses figurariam como um elo de legitimação da decisão pública em cenários complexos, a exemplo dos pedidos de reequilíbrio de contratos de concessão impactados pela crise sanitária de Covid-19.

Portanto, tendo presente a insuficiência das disposições contratuais para regular a relação de longo prazo de um contrato de concessão e a insegurança para a tomada de decisão a respeito de qual método deve ser utilizado para melhor repactuar as bases do negócio jurídico, para além do disposto na matriz de riscos originalmente estabelecida, pudemos demonstrar que a solução para os complexos problemas experimentados pelos contratos de concessão, a exemplo dos impactos imprevisíveis e drásticos ocasionados recentemente pela Covid-19, deve tanto se apoiar na institucionalidade técnica das agências reguladoras, como também valer-se de instrumentos consensuais e participativos para legitimar a eleição de parâmetros técnicos a serem adotados para a definição de novas bases do negócio contratual.

Se, a partir do advento do art. 26 da LINDB, o direito brasileiro conta com uma autorização geral para celebração de acordos com o objetivo de eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situação contenciosa na aplicação do direito público, e constatado que o exemplo em análise envolve um caso de elevado grau de insegurança jurídica, bem como se reveste de temática de interesse coletivo, pensamos que sua condução deve ser iluminada pelas novas estruturas consensuais ora estudadas.

Segundo defendemos, a condução consertada da decisão neste caso produziria a melhoria da qualidade da decisão final, ao reclamar prévio arbitramento de diferentes perspectivas dos mais diversos segmentos da sociedade, por um lado, e, por outro, atribuiria maior segurança jurídica à decisão pública, em alternativa ao ato impositivo e autoritário de outrora. Procuramos, assim, demonstrar que o novo modelo de interação entre o público e o privado como resposta à crescente complexidade de suas relações assegura um modo mais adequado e seguro de evidenciação do interesse público, a partir de um devido procedimento regulatório, e que é consensual e também mais participativo.

BIBLIOGRAFIA

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *RDA – Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Publicado em inglês com o título "Good-bye, Montesquieu" originalmente na Comparative Administrative Law, 2010. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ALFONSO, L. Parejo. *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo como Forma Alternativa de Desarrollo de la Actividad Unilateral de la Administración*. *In*: Eficacia y Administracion: Tres estúdios. Madrid: INAP, 1995, p. 165. *apud* BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A legitimação Democrática das Agências Reguladoras*. *In:* BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos.* 4. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Revisão Tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. (Coord.). Tratado do equilíbrio

econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. *A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*. rda – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/10644/9637. Acesso em 03/03/2022

ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório:* fundamentos de Direito Regulatório. 5. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Patrícia. *A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, set. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=237962>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo.* 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo.* 2. ed. Sevilha: Editorial Derecho Global, 2012.

BARNES, Javier. *Algunas respostas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación*. *In*: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo.* 2. ed. Sevilha: Editorial Derecho Global, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (Luís Roberto Barroso – organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, 229/285. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo – RDA,* Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica* (Teses de Doutoramento). São Paulo. Edições Almedina. 2017. Edição do Kindle.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI*. *Revista de Investigações Constitucionais,* Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). *Processo administrativo brasileiro:* estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 45-73. ISBN 978-85-450-0709-8.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade.* 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Livraria Almedina. 2003.

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

CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa, LOTTA, Gabriela Spanghero e OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil*. In: Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas / organizadores: Roberto Pires, Gabriela Lotta, Vanessa Elias de Oliveira. – Brasília : Ipea : Enap, 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8561. Acesso em: 14/02/2022

CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito.* Tradução A. Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno.* Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 309p. Título original: L'État post-moderne. ISBN 978-85-7700-227-6. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público; 1).

COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. *Manual de Parcerias Público-Privadas e concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini da. *A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia:* definição e instrumentalização. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-04092014-140205/pt-br.php>. Acesso em: 22 dez. 2020.

DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura.* Augusto Neves Dal Pozzo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. Edição do Kindle.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 297. Edição do Kindle.

DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *O Direito ao erro do administrador público no Brasil:* contexto, fundamentos e parâmetros. 1. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação:* para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUTRA, Pedro. *O soberano da regulação:* O TCU e a infraestrutura/ Pedro Dutra e Thiago Reis. 1. Ed. São Paulo: Singular, 2020.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado:* contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2ª reimpressão, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira.* São Paulo, 2013 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça – coordenada por José Rodrigo Rodriguez).

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1452.

GALVÃO, Gabriel de Mello. *Convergência de interesses nos contratos de delegação de infraestrutura***.** Orientador Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. São Paulo, 2018.

GARCIA, Flavio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro:* contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GARCIA, Flavio Amaral. *A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências* in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 440 e ss

GARCIA, Flavio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão no brasil*. 2019. 408 p. Tese (Tese apresentada como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) disponível em: http://hdl.handle.net/10316/90629. acesso em: 03/03/2022

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating Infrastructure:* monopoly, contracts, and discretion. 2003. Edição do Kindle.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine. Os desafios da governança da política de infraestrutura no Brasil: aspectos políticos e administrativos da execução do investimento em projetos de grande vulto. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PEREIRA, Ana Karine (Coords.). Governança da política de infraestrutura: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: Ipea, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos.* 3. ed., Vol. I, Almedina, Coimbra, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Função do Caso Base em Contratos Administrativos de Concessão.* In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 325-337. ISBN 978-85-450-0553-7.

GONÇALVES, Rodrigo Carvalho e BANDEIRA, Marcos Lima. *Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19*. Revista da CGU, Volume 12, Nº 22, Jul-Dez 2020. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/360. Acesso em 9/12/2021

GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions : Doing it Right.* 2004. WBI Development Studies;. Washington, DC: World Bank. © World Bank. https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024 acesso em 02/03/2022

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras:* da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade:* uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, p. 61-71, ago. 2017.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo,* p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 nov. 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público.* 2. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2014.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens* (Nova edição). São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Edição do Kindle.

JORDÃO, Eduardo. *O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo – RDA.* Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo do Espetáculo*. *In.:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *Os acordos substitutivos de sanção no âmbito dos projetos de infraestrutura*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). Direito da Infraestrutura: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 263-279. ISBN: 978-85-450-0672-5

LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamento da regulação.* Rio de Janeiro: Processo, 2018.

LOPES, Othon de Azevedo. *Princípios jurídicos e regulação.* 2011. 251f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5559>. Acesso em 05 jan. 2021.

LOUREIRO, Gustavo & NOBREGA, Marcos. (2020). *Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso:* incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/345322633_EQUILIBRIO_ECONOMICO-FINANCEIRO_DE_CONCESSOES_A_LUZ_DE_UM_EXAME_DE_CASO_INCOMPLETUDE_CONTRATUAL_NAO_ERGODICIDADE_E_INCERTEZA_ESTRATEGICA. >. Acesso em 30 nov. 2021.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o regime econômico-Financeiro de contratos de concessão.* São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACNEIL, Ian. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relation contract Law*. Northwestern Universy Law Review, v. 72, n. 6, 1988

MARCHAU, Vincent A. W. J.; WARREN, E. Walker; PIETER, J. T. M. Bloemen; STEVEN, W. Popper. *Decision Making under Deep Uncertainty:* from theory to practice. Springer International Publishing. p. 20. Edição do Kindle.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo.* FGV, V. 228 (2002). Publicado em 01 abr. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em 07 dez. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões.* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57932>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Consultor Jurídico, 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em 8 nov. 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12712>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *In*: MODESTO, Paulo (Coord.). *A Nova Organização Administrativa Brasileira.* 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei no 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).* 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Edição do Kindle.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo:* transformações e tendências (Obras Coletivas). 1. ed. São Paulo: Edições Almedina. 2014. Edição do Kindle.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito, regulação e economia:* estudos para o debate brasileiro. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017 (Coleção Capitalismo & Democracia).

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor.* Portfolio-Penguin. 2014. Edição do Kindle.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução.* 2. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 610, p. 38-45, ago. 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico:* a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Intervenção do Estado no domínio econômico. *In. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.* CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/109/edicao-1/intervencao-do-estado-no-dominio-economico->. Acesso: 04 dez. 2021.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.325-336.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo.* São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,* Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 953, jul./set. 2005.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº11.079/2004*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Tesis Doctoral en Direito do Estado. [citado 2021-03-23].

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório:* a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo,* v. 254, p. 95-108, maio/ago. 2010

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado,* Salvador, n. 13, mar.- maio/2008, p. 02. Disponível em:

<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em 04 dez. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo - RDA,* Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a compreensão do direito pós-moderno. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coords.). *Direito público em evolução:* estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 701-714. ISBN 978-85-7700-785-1.21.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma da ordem econômica e financeira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* São Paulo, v. 3, n. 9, p. 22-25, out/dez. 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, Incertezas e Concessões de Serviços Públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* ano 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177.

MOREIRA, Vital Martins. *Programa da disciplina de "Direito público da regulação"* [em linha]. Coimbra: [s.n], 2013. [Consult. 05/12/2020]. Relatório da disciplina apresentado em provas de agregação. Disponível em: <www:http://hdl.handle.net/10316/24548>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MORENO, Alfonso Pérez. Crisis de la Participacion Administrativa*. In: Revista de Administración Pública.* n. 119. may.-ago. 1989. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17015.pdf >. Acesso em: 11 nov. 2021.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa.* Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf.>. Acesso em: 28 de abr. 2020.

OLIVEIRA, G. J. de, & Schwanka, C. (2009). A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista Da Faculdade De Direito,* Universidade De São Paulo, 104, 303-322. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 20 nov. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. *Revista da EMERJ,* v. 12, nº 47, 2009. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf .>. Acesso em: 18 nov. 2021.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública:* o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 4. Reimp. 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas.* São Paulo: SBDP, 2019. p. 8. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf.>. Acesso em: 8 nov. 2021.

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

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura:* controlador ou regulador? 2019. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27366 >. Acesso em: 01 ago. 2021.

PINTO JR., Mario Engler. Parceria público-privada. Antigas e novas modalidades contratuais. *Revista de Direito Público da Economia,* vol. 13. p. 175-198. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar. 2006.

RODRIGUEZ-Arana Muñoz, Jaime. *Direito Fundamento à boa Administração Pública. T*radução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP.* CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 20 out. 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do medo:* risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHMIDT-AβMANN, Eberhard. Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional, In: BARNES, Javier (Ed.). *La transformación del procedimiento administrativo.* Sevilha: Global Law Press, 2008.

SÉRVULO CORREIA, J. M. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra: Almedina, 2020.

SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. *O mito dos serviços públicos:* monopólios, estratégias interventivas e a regulação estatal da atividade econômica no Brasil. Orientador Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24032021-175949/es.php>. Acesso em: 04 maio 2021.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido.* Coimbra: Almedina, 1996. 777 p. 13. Dissertação de doutoramento em Ciências jurídico-políticas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do Direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público.* 4. ed., rev., aum., e atual., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública*:* uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. *Fórum Administrativo - FA*, ano 20, n. 123, p. 9-18, maio 2011. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/20771/32195.>. Acesso em: 30 nov. 2021.

VILHENA, Oscar Vieira. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. SUR: *Revista Internacional de Direitos Humanos.* São Paulo: Conectas. Ano 6, vol. 4, 2007, pp. 29 – 52. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/6b8m4wkLXMwkv8KQFmW8Nsy/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 05 dez. 2021.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia; Madrid, España, Editorial Trotta, Décima edición, 2011. Cap. 2, pp 21 ss. *apud* GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade:* uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ZANETTI, Pedro Ivo Gil *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina, 2019. Edição do Kindle.

Referências legislativas

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.* Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.210, de 30 de setembro de 2021. Acrescenta o Capítulo XI-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para dispor sobre a decisão coordenada no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14210.htm#art1>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.* Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 2 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.* Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 2 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.* Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm>. Acesso em: 2 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.* Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.* Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1999.* Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm >. Acesso em: 24 jun. 2021.

Notícias e internet

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Sinuca de bico*: efeitos da pandemia de Covid-19 no microcosmo dos contratos. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/sinuca- de-bico-efeitos-da-pandemia-de-covid-19-no-microcosmo-dos- contratos-07042020>. Acesso em 04 dez. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Véras. *O artigo 28 da nova LINDB:* um regime jurídico para o administrador honesto. Consultor Jurídico - 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em 8 nov. 2021.