

## CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RENEGOCIAÇÃO DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS NO BRASIL

*CONSENSUALITY IN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE RENEGOTIATION OF FEDERAL HIGHWAY CONCESSIONS IN BRAZIL*

Isadora Alves de Lacerda<sup>1</sup>

### RESUMO

As fragilidades identificadas no modelo de concessões de rodovias federais, especialmente durante a terceira fase do Programa de Concessões de Rodovias Federais, destacaram a necessidade da implementação de abordagens mais eficientes, transcendendo a rigidez da legalidade estrita. Diante desse cenário, surge como solução a consensualidade na Administração Pública, que busca superar a dicotomia entre o interesse público e privado, bem como flexibilizar a indisponibilidade do interesse público. Em um esforço para transformar o paradigma do Direito Administrativo, o Tribunal de Contas tem incentivado ativamente a incorporação de estratégias consensuais, almejando uma gestão pública menos formalista e mais eficiente. Este trabalho propõe-se a examinar esses estímulos e avaliar seus impactos no âmbito da infraestrutura de transporte, contribuindo para a compreensão das mudanças em curso no setor.

**Palavras-chave:** Concessões Rodoviárias; Consensualidade; Eficiência Administrativa; Tribunal de Contas da União.

### ABSTRACT

The weaknesses identified in the model of federal highway concessions, especially during the third phase of the Federal Highway Concessions Program, highlighted the need for the implementation of more efficient approaches, transcending the rigidity of strict legality. In this scenario, Consensuality in Public Administration emerges as a solution, aiming to overcome the dichotomy between public and private interests, as well as to flexibilize the unavailability of public interest. In an effort to transform the paradigm of Administrative Law, the Court of Auditors has actively encouraged the incorporation of consensual strategies, aiming for a less formalistic and more efficient public administration. This work aims to examine these stimuli and evaluate their impacts in the scope of transportation infrastructure, contributing to the understanding of the ongoing changes in the sector.

**Keywords:** Highway Concessions; Consensuality; Administrative Efficiency; Federal Court of Auditors.

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: isadoraalacerda@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

As políticas de desestatização, aplicadas a partir da década de 1990 no Brasil com o intuito de reduzir a intervenção estatal na economia, decorreram da necessidade de fortalecer a segurança jurídica nos contratos com o Estado, captar investimento privado, especialmente estrangeiro, e garantir previsibilidade na atuação estatal por meio de descentralização, afastando possíveis influências político-partidárias<sup>2</sup>.

Paralelamente a esse processo, surgiram as agências reguladoras, incumbidas da fiscalização dos serviços privatizados. A partir da aprovação do Plano Diretor da Reforma do Estado e da promulgação de diversas emendas constitucionais para liberalizar setores, surge o Estado Regulador, com um papel mais direcionado e regulatório, abandonando sua tradicional postura de absorção na atividade econômica<sup>34</sup>.

No campo do transporte, a promulgação da Lei de Concessões de Serviços Públicos em 1995 representou o catalisador das políticas de reforma regulatória, visando a garantir uma eficiência e competitividade aprimoradas no âmbito da infraestrutura. A partir desse marco, deu-se início aos procedimentos de concessão das rodovias, que, até o momento, passou por quatro fases.

Contudo, devido às crises políticas e econômicas, a terceira fase demonstrou resultados aquém do esperado, tanto no que diz respeito aos prazos de execução das obras quanto nas projeções de demanda estimadas.

Como solução, o Governo promulgou a Medida Provisória nº 752/2016, que posteriormente se converteu na Lei nº 13.448/2017, introduzindo a relicitação como uma alternativa para a extinção contratual. Entretanto, a eficácia dessa medida revelou-se devido à sua morosidade e complexidade, resultando na ausência, até o momento, de qualquer devolução amigável de projetos rodoviários federais<sup>5</sup>. limitada

Assim, inspirado no Acórdão 1593/2023<sup>6</sup> do Tribunal de Contas da União, de Relatoria do Ministro Vital do Rêgo, foi editada a Portaria 848/2023<sup>7</sup>, que fixa parâmetros para a readaptação e otimização dos contratos de concessão sob a perspectiva da renegociação entre as partes envolvidas.

O intuito desta pesquisa é examinar o papel do Tribunal de Contas na transformação

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

3 GUERRA, Sérgio, *op. cit.*, p. 321.

4 ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p203](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p203). Acesso em 4 jul. 2023.

5 PETIAN, Angélica; RIBAS, Murilo Taborda. **A Portaria 848 e a renegociação de concessões rodoviárias federais em crise**. Jota, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-portaria-848-e-a-renegociacao-de-concessoes-rodoviaras-federais-em-crise-19092023>. Acesso em: 31 dez. 2023.

6 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1593/2023. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 02/08/2023. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 ago. 2023.

7 BRASIL. Ministério dos Transportes. **Portaria nº 848/2023**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-848-de-25-de-agosto-de-2023-505746177>. Acesso em: 6 jan. 2024.

do paradigma do Direito Administrativo, possibilitando a adoção de abordagens consensuais para resolver desafios de modelagem vinculados às concessões de rodovias, com o objetivo de promover uma gestão pública menos formalista e mais eficiente.

Para isso, inicialmente, um breve histórico acerca da evolução das concessões de rodovias federais será apresentado para, em seguida, adentrar na literatura sobre consensualidade na Administração Pública. Posteriormente, o Acórdão 1593/2023 e a Portaria 848/2023 serão investigados, a fim de avaliar em que medida foram empregadas medidas negociais de resolução de controvérsias.

## 1. HISTÓRICO DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

No cenário nacional, a decisão de delegar a gestão da infraestrutura rodoviária surgiu como resposta à decadência na qualidade das estradas, ocasionada pela limitação de recursos públicos. Essa conjuntura demandou investimentos expressivos para a reabilitação, manutenção, operação e ampliação das vias, concretizados por meio de concessões<sup>8</sup>.

Instituído em 1993 pelo Ministério dos Transportes mediante a Portaria nº 10/1993, o Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe) está agora no início de sua quinta etapa, tornando-se imperativo analisar a progressão na estrutura dos contratos ao longo das fases já concluídas, bem como identificar suas lacunas e deficiências.

### 1.1. PRIMEIRA ETAPA (1994-1998)

Na fase inaugural, seis trechos, a saber, BR-101/RJ – Trecho Rio-Niterói, BR-040/MG/RJ – Rio-Juiz de Fora, BR-101/116/RJ/SP – Rio-São Paulo, BR-116/RJ – Teresópolis-Entr. BR-040/RJ, BR-290/RS – Osório-Porto Alegre/Entr. BR-116/RS e Polo de Pelotas, foram submetidos ao processo licitatório, sendo adotado o critério de menor preço<sup>9</sup>.

Todas essas concessões ocorreram sem um arcabouço regulatório específico, antecedendo a promulgação da Lei das Concessões. Elas foram fundamentadas principalmente no Decreto-Lei nº 791/1969, que conferia autorização para a cobrança de pedágios em rodovias federais.

Os contratos estipulavam que a Concessionária tinha a obrigação de efetuar investimentos no primeiro semestre, permitindo, a partir desse momento, a cobrança de tarifas de pedágio. Esses valores eram sujeitos a atualizações por meio de reajuste anual automático ou por meio de revisões contratuais, ordinárias e extraordinárias. Dados levantados por Neto, Moreira e Motta<sup>10</sup> revelam um elevado número de

8 NETO, Carlos A. S. C., MOREIRA, Sérvulo V., MOTTA, Lucas V. Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios. **Texto para Discussão nº 2378**. Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA, 2018.

9 NETO, Carlos A. S. C., MOREIRA, Sérvulo V., MOTTA, Lucas V, *ibidem*, 2018.

10 NETO, Carlos A. S. C., MOREIRA, Sérvulo V., MOTTA, Lucas V, *ibidem*, 2018.

revisões ordinárias, extraordinárias e aditivos ao longo da vigência do contrato, com uma média de quarenta ajustes por contrato.

Esse cenário está atrelado a dois erros identificados na modelagem do contrato.

O primeiro é de que as cláusulas se concentram primordialmente nos custos, cuja fiscalização pelo Poder Concedente torna-se desafiadora devido à assimetria informacional, relegando as receitas a uma posição secundária. Dessa maneira, as tarifas eram recalculadas unicamente considerando os percentuais de inflação e o aumento dos custos, sem levar em consideração a comparação entre o fluxo real de veículos e o previamente projetado.

O segundo está relacionado à ausência de previsões que estabelecessem obrigações de investimento para expandir a capacidade das vias, como duplicações ou ampliações, restringindo-se apenas à recuperação, conservação e operação da malha existente.

É relevante ressaltar que somente em 2001 a Lei nº 10.233 foi promulgada, introduzindo uma nova estrutura para o setor federal de transportes e atribuindo à ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) a responsabilidade de regular os serviços públicos delegados de transporte terrestre. Assim, a atuação da agência teve início após a formalização dos seis contratos de concessão. Antes disso, a administração das concessões estava a cargo do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)<sup>11</sup>.

## 1.2. SEGUNDA ETAPA (2007-2009)

Na segunda etapa, oito rodovias – BR-116/PR/SC Curitiba – Divisa SC/RS; BR-116/376/PR e BR-101/SC – Trecho Curitiba-Palhoça; BR-116/SP/PR – São Paulo-Curitiba; BR-381/MG/SP – Belo Horizonte-São Paulo; BR-101/RJ – Divisa RJ/ES – Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói); BR-153/SP – Divisa MG/SP – Divisa SP/PR; BR-393/RJ – Divisa MG/RJ – Entroncamento BR-116 (Dutra); e BR-116/324/BA – foram licitadas sob o critério de menor tarifa<sup>12</sup>.

As melhorias nos contratos dos sete primeiros trechos mencionados em relação à modelagem anterior envolvem a previsão da obrigação de ampliação da capacidade das vias; a incorporação do fluxo de veículos ao contrato, permitindo ajustes nos cronogramas das obras e nos serviços obrigatórios previstos no Programa de Exploração da Rodovia (PER) em resposta à dinâmica do tráfego; e a definição de revisões ordinárias, extraordinárias e quinquenais como critérios para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

O trecho BR-116/324/BA, licitado um ano após os demais, em 2008, apresentou também uma série de evoluções, tais quais: condição para a realização de obras de

11 GOMIDE, Alexandre de Ávila. A gênese das agências reguladoras de transportes: o institucionalismo histórico aplicado à reforma regulatória brasileira dos anos de 1990. **Texto para discussão nº 1764**. Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA, 2012.

12 NETO, Carlos A. S. C., MOREIRA, Sérvulo V., MOTTA, Lucas V., op. cit, 2018.

ampliação de capacidade vinculada ao volume de tráfego; introdução do desconto de reequilíbrio, uma porcentagem deduzida da tarifa básica de pedágio em caso de descumprimento dos parâmetros de desempenho estipulados no contrato; e estabelecimento de mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro<sup>13</sup>.

A principal lacuna na estrutura de todos os contratos reside na falta de previsão para ajustar a duração da concessão como forma de incorporar ou eliminar obras ao longo do tempo.

Apesar dos avanços, a inadimplência contratual decorrente do descumprimento dos parâmetros de desempenho e da não execução das obras obrigatórias<sup>14</sup> destaca-se como uma característica proeminente desta etapa. Até 2016 e 2017, as duplicações tiveram um atraso médio relativo de 102,74%, concluindo apenas 205,7 km dos 647,7 km previstos. Ademais, as obras das vias marginais tiveram um índice de atraso médio de 133,18%, enquanto as obras para faixas adicionais apresentaram um atraso médio de 70,97%. Os atrasos recorrentes tornaram necessárias uma série de reprogramações de investimentos de ampliação de capacidade. Além disso, observou-se uma considerável assimetria informacional entre as concessionárias e a agência, dificultando o controle efetivo e a fiscalização dos ativos concedidos, dos custos operacionais e dos investimentos<sup>15</sup>.

### 1.3. TERCEIRA ETAPA (2013-2015)

A terceira etapa envolveu a concessão de sete novos trechos, a partir do critério de menor tarifa – BR-050/GO/MG; BR-163/MT; BR-060/153/262 DF/GO/MG; BR-163/MS; BR-040/ DF/GO/MG; BR-101/ES/BA; e BR-153/TO/GO – além da realização de uma nova licitação para a Ponte Rio-Niterói<sup>16</sup>.

O primeiro trecho concedido, BR-101 ES/BA, em 2013, já apresentou inovações regulatórias em relação à etapa anterior, introduzindo o Fator X<sup>17</sup> e a revisão do fluxo de caixa marginal. Os demais, firmados em 2014, também foram aprimorados com diversas melhorias, como a imposição de um prazo de sessenta meses para a duplicação do trecho concedido; a permissão de cobrança de pedágio condicionada à conclusão de 10% das obras de duplicação; a introdução do Fator D<sup>18</sup> e do Fator

13 Os mecanismos estabelecidos foram de ajustes na tarifa básica de pedágio, compensação à concessionária por parte da União e modificação das obrigações contratuais da concessionária.

14 Os índices de não execução das obras obrigatórias foram, em média, de 47,29% em 2009, 85,43% em 2010, 80,84% em 2011 e 83,78% em 2012 (DE SOUZA, Luiz Fernando U. **A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais**. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF, 2023).

15 DE SOUZA, Luiz Fernando U, *ibidem*, 2023.

16 SOUZA, Thiago Viana de. **O programa de exploração da rodovia: um estudo sobre os parâmetros técnicos exigidos para as obras de ampliação de capacidade e melhorias**. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF, 2023.

17 O fator X engloba ganhos de produtividade, sendo que uma parte é destinada à concessionária, enquanto outra se converte em forma de tarifas mais baixas para o usuário do serviço público concedido (NEVES, Carlos; BERTUSSI, Geovana Lorena. Proposta de Metodologia de Cálculo do Fator X em Contratos de Concessão para Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal. **Revista da CGU**, [S. l.], v. 13, n. 24, p. 237–253, 2021. DOI: 10.36428/revistadacgu.v13i24.446. Disponível em: <[https://revista.cgu.gov.br/Revista\\_da\\_CGU/article/view/446](https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/446)>. Acesso em: 6 jan. 2024.).

18 O fator D é definido como um índice aplicado à tarifa de pedágio, incorporando descontos pré-fixados para casos de inexecução

Q<sup>19</sup>; e o aumento do prazo da concessão para 30 anos, com a possibilidade de prorrogação do contrato por um período idêntico, baseada no interesse público, na ocorrência de força maior e na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos não dispostos no PER<sup>20</sup>.

No entanto, o panorama de progresso foi abalado pelas crises política e econômica em 2015. A crise política, marcada pela Operação Lava Jato e o envolvimento de quatro concessionárias nas investigações, prejudicou as negociações dos financiamentos com o Banco Nacional do Desenvolvimento Social (BNDES), desajustando a modelagem econômico-financeira das contratações. Já a crise econômica resultou na diminuição do fluxo de veículos, desestruturando toda a lógica de investimentos em expansões e duplicações<sup>21</sup>.

Além disso, o critério de licitação utilizado, que se baseava na busca pela menor tarifa, incentivou a aplicação de grandes deságios. Como resultado, a concessão, desde seu início, mostrou-se suscetível a deficiências financeiras. Nesse sentido, conforme elucidado em pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria<sup>22</sup>,

A combinação de tráfego inferior ao projetado, lances agressivos sustentados por financiamento subsidiado do BNDES – o que, no caso das empresas envolvidas na Operação Lava Jato, não se consubstanciou – e compromisso de duplicar em cinco anos trechos de grande extensão conspirou para o fracasso dessa etapa.

Todos esses elementos, naturalmente, tiveram um impacto direto nas concessões. Assim, dos oito trechos concedidos, somente dois estão em conformidade contratual e continuam operando normalmente. Quanto aos demais concessões, a BR-153/TO/GO foi cassada em 2017 e as BR-163/MT, BR-060/153/262/DF/GO/MG, BR-163/MS, BR-040/DF/GO/MG e BR-101/ES/BA aderiram ao processo de relicitação<sup>23</sup>.

#### 1.4. QUARTA ETAPA (2018-2022)

Na quarta etapa, sete trechos foram concedidos – BR-101/116/RJ/SP, BR-101/290/448/386/RS, BR-364/365/MG/GO, BR-101/SC, BR-080/153/414/GO/TO, BR-163/230/MT/PA e BR 116/465/493/MG/RJ<sup>24</sup>.

Com o objetivo de evitar grandes deságios e, conseqüentemente, assegurar a sustentabilidade financeira, o critério adotado no processo licitatório é híbrido, sendo

---

ou atraso, bem como acréscimos de tarifa para adiantamentos ou inclusões de investimentos (FERREIRA, Arian B., MACHADO, Bernardo V. Z., SALLES, Daniel C., OLIVEIRA, Hugo C. S TEIXEIRA, Lucas M. G., RODRIGUES, Nathalia F. S., FREIXO, Vitor B. Modelagem e regulação de projetos de concessão rodoviária sob a ótica do financiador. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 54, p. 7-82, 2021).

19 O fator Q é conceituado como um índice que integra a avaliação da qualidade, por meio de indicadores, à tarifa de pedágio (FERREIRA, Arian B., MACHADO, Bernardo V. Z., SALLES, Daniel C., OLIVEIRA, Hugo C. S TEIXEIRA, Lucas M. G., RODRIGUES, Nathalia F. S., FREIXO, Vitor B, *ibidem*, 2021).

20 NETO, Carlos A. S. C., MOREIRA, Sérvulo V., MOTTA, Lucas V., *op. cit.*, 2018.

21 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Concessões rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil. Brasília: [s.n.], 2018. 84 p.

22 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, *ibidem*, 2018.

23 SOUZA, Thiago Viana de, *ibidem*, 2023.

24 BRASIL. Ministério dos Transportes. **Boletim anual dos indicadores do Procofe**. 2023. Disponível em: < [https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transporte-terrestre/rodovias-federais/boletim\\_procofe\\_2023.pdf](https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transporte-terrestre/rodovias-federais/boletim_procofe_2023.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2024

de menor tarifa, com o deságio limitado a um percentual máximo. Acima desse limite, cada percentual adicional deve implicar na subscrição de um montante de capital, conforme estipulado no edital<sup>25</sup>.

Outras inovações envolvem: instituição de sistema de contas vinculadas para divisão da receita bruta conforme finalidade específica<sup>26</sup>; adoção do acordo tripartite, uma forma de regulação responsiva que prevê um período para que o concessionário resolva graves descumprimentos contratuais, enquanto possibilita ao financiador assumir temporariamente a administração da concessão; imposição de contratação de verificador acreditado para realização de avaliação da conformidade; limitação da prorrogação do contrato para até 5 anos, com fundamento no interesse público, no fato do príncipe ou no caso fortuito ou de força maior<sup>27,28</sup>.

### 1.5. APONTAMENTOS FINAIS SOBRE AS ETAPAS

Ao longo das etapas do Procrofe, nota-se uma sofisticação das medidas regulatórias que refletem o aumento da complexidade para a modelagem de um contrato de concessão, o qual deve equilibrar interesses conflitantes: a rentabilidade da concessão e a preservação dos interesses sociais.

Ainda assim, fatores indiretos podem fragilizar essa estrutura. As crises política e econômica na Terceira Etapa destacam-se como um exemplo desses impactos, exigindo abordagens contínuas e inovadoras para mitigar os prejuízos, as quais transcendam a rigidez formal e a verticalidade entre o Poder Público e os particulares. Isso implica aceitar a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo.

Desse modo, em um primeiro momento, a relicitação se apresentou como um instrumento para a solução rápida e consensual de contratos de concessão, através da extinção amigável do contrato de parceria e da celebração de um novo acordo negociado para o empreendimento. Criado pela MP nº 752/2016 e posteriormente convertido na Lei nº 13.448/2017, esse mecanismo surgiu como uma resposta capaz de garantir a continuidade da prestação de serviços em situações de inadimplência contratual ou incapacidade da concessionária até a formalização de um novo contrato.

No entanto, na prática, o instituto tem demonstrado ineficiência em relação aos seus objetivos, devido à complexidade dos procedimentos estabelecidos, o que resulta na

25 ESTEVES, Rafael Lúcio. **A modelagem das concessões rodoviárias federais brasileiras: Avaliação de fatores que influenciam na financiabilidade dos projetos**. 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF, 2023).

26 Para mais informações sobre as contas vinculadas: PETARLI, Glenderson Blaser; PELLEGRINI, Petarli, Guilherme Martins. O uso de contas vinculadas em contratos de concessão: estruturação, finalidade e fundamentos jurídicos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, SP, n. 96, p. 178-203, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1343>>. Acesso em: 5 maio 2023.

27 VÉRAS, Rafael. **As novas concessões de rodovias**. Editora FÓRUM - Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://editoraforum.com.br/noticias/as-novas-concessoes-de-rodovias-coluna-direito-da-infraestrutura/>>. Acesso em: 2 jan. 2024.

28 SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). **Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei nº 10.233/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v. 2, 434p. ISBN 978-65-5518-209-5.

morosidade para sua conclusão<sup>29</sup>.

Em busca de uma nova solução pautada na consensualidade, o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 1593/2023, entendeu pela possibilidade de desistência do processo de relicitação de forma consensual, desde que preenchido uma série de requisitos. A decisão serviu de embasamento para a publicação da Portaria 848/2023, que regulamentou os parâmetros para a readaptação e a otimização dos contratos de concessão – matéria a ser estudada a seguir.

Nesse contexto, é pertinente examinar a transformação da dogmática administrativa, em que a resolução negociada, deixando de ser excepcional, torna-se uma cláusula geral para a atuação consensual da Administração Pública, incentivada inclusive pelo Tribunal de Contas<sup>30</sup>.

## 2. A CONSensualidade NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De origem francesa, o Direito Administrativo clássico remonta a um contexto marcado pelos excessos do período absolutista, que deixou traumas profundos na relação entre o Estado e os cidadãos. Nesse contexto, a busca por evitar novos arbítrios levou à transferência do poder político decisório do governante para o parlamento<sup>31</sup>, não havendo limites para atuação do Poder Legislativo<sup>32</sup>.

Inspirado por ele, o regime jurídico de direito público brasileiro estruturou-se com base no princípio da legalidade, entendido como uma vinculação positiva à lei, isto é, ao condicionamento da atuação do administrador à manifestação do legislador<sup>33</sup>.

Todavia, as transformações na sociedade, impulsionadas pela aceleração do progresso, pela revolução científico-tecnológica e pela ascensão da Era da Informação, têm gerado a necessidade de aprimoramento no desempenho das atividades estatais<sup>34</sup>. Essa demanda se manifestou especialmente a partir da década de 90, desencadeando um processo de reforma administrativa<sup>35</sup>. O movimento, guiado pelo princípio da eficiência, busca, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>36</sup>, “produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender as suas necessidades cada vez mais demandantes”.

29 VORONOFF, Alice; TEIXEIRA, Jeaninny. **Relicitação, promessa não realizada e a busca de alternativas pela ANTT**. GBA Associados. Disponível em: <<https://www.gbalaw.com.br/relicitacao-promessa-nao-realizada-e-a-busca-de-alternativas-pela-antt/>>. Acesso em: 2 jan. 2024.

30 BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ**, v. 3, n. 3, set./dez.2020. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>>. Acesso em: 2 jan. 2024.

31 NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017.

32 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

33 BINENBOJM, Gustavo, *ibidem*, 2006.

34 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

35 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

36 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Para alcançar tais objetivos, foi imperativo transcender a rigidez da legalidade estrita, a qual, ao longo do tempo, tolhia a atividade administrativa. Nesse contexto, a doutrina identificou uma crise na aplicação da lei formal, impulsionada por vários fatores, sobretudo pelo advento do constitucionalismo do direito<sup>37</sup>. Esse fenômeno destaca a crescente influência das normas constitucionais, as quais irradiam seus efeitos por todo o ordenamento, reduzindo a centralidade da lei como expressão única da vontade popular e como fonte principal do Direito Administrativo<sup>38</sup>.

A vinculação positiva à lei, fundamentada no princípio da legalidade, então, cede lugar à vinculação a um bloco de legalidade embasado no princípio da juridicidade administrativa. A atividade administrativa passa, assim, a estar condicionada a uma variedade de normas que compõem o ordenamento jurídico como uma unidade coesa<sup>39</sup>.

Assim, à medida em que a eficiência administrativa se torna um princípio constitucional, enunciado no *caput* do artigo 37, emerge a Administração de Resultado, em que o controle de legalidade se volta para o resultado das ações administrativas, deixando de focar nos elementos que constituem a manifestação de vontade nos atos administrativos<sup>40</sup>.

Como estratégia para promover essa abordagem, sugere-se a implementação da consensualidade na Administração Pública, especialmente considerando o contexto econômico e social contemporâneo, marcado pela necessidade de uma gestão qualificada de conflitos. Fundamentado na negociação e na cooperação, esse modelo busca substituir a imperatividade estatal. Isso implica na rejeição da noção autoritária que ressalta a unilateralidade e verticalidade na relação entre administrador e administrado, entendendo que nenhum ator pode monopolizar o controle do processo de tomada de decisão, inclusive o Estado<sup>41</sup>.

O consensualismo na Administração Pública envolve a superação do entendimento tradicional relacionado à supremacia do interesse público. Em que pese a dificuldade da doutrina em atribuir-lhe uma definição, sob a perspectiva clássica, é possível associá-la à persecução do bem-estar geral da coletividade<sup>42</sup>. Este princípio desdobra-se na noção de que o interesse público é indisponível, devendo

37 Além do constitucionalismo do direito, Gustavo Binenbojm menciona outros quatro fatores que originaram a crise da legalidade estrita: (i) inflação normativa, (ii) utilização da lei como justificativa para a barbárie no século XX, (iii) surgimento de atos normativos diversos da lei como embasamento para a atuação administrativa e (iv) a subordinação do parlamento ao controle do Poder Executivo (BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2006).

38 BINENBOJM, Gustavo, *ibidem*, 2006.

39 BINENBOJM, Gustavo, *ibidem*, 2006.

40 OLIVEIRA, Luciane de Lucena. **Ferramentas consensuais de regulação e controle externo**: limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de Conduta celebrados por Agências Reguladoras. 2019. 44 f. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura) – Instituto Serzedelo Corrêa, Escola Nacional de Administração Pública. Brasília, 2019.

41 DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: reflexões para um Direito Administrativo do Século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 186 p.

42 Conforme elucidado por Odete Medauar, “a noção de interesse público aparece, ao mesmo tempo, como um fundamento, limite e instrumento de poder; configura medida e finalidade da função administrativa. Já foi utilizada no direito francês como critério de caracterização do direito administrativo. Subjacente a grande número de institutos do direito administrativo, apresenta-se como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da Administração, sobressaindo com frequência nos temas do motivo e fim dos atos administrativos” (MEDAUAR, Odete, op. cit., 2017).

prevalecer invariavelmente sobre o interesse privado, sendo, portanto, vedada a transacionabilidade processual e material dos interesses a cargo da Administração Pública<sup>43</sup>.

O raciocínio parte de uma lógica distintiva entre o interesse público e privado, em que o particular é observado como um adversário da Administração e da efetivação do interesse público. Contudo, a noção de interesse público mostra-se heterogênea, tendo em vista a existência de uma multiplicidade de interesses públicos. Além disso, essa dicotomia entre os interesses apresenta-se como uma ficção, sendo evidente a interconexão entre ambos<sup>44</sup>. Assim, conforme elucidado por Binенbojm<sup>45</sup>,

Não há, em termos apriorísticos, nem supremacia geral em favor do Estado, nem sujeição geral em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, que fazem das prerrogativas públicas um variado instrumental a serviço da realização coordenada das finalidades públicas.

Dessa forma, a consensualidade não apenas se mostra não conflitante com o interesse público, mas, ao contrário, está alinhada ao seu propósito. Isso porque não se considera a negociação direta do interesse público em si, mas sim a busca por abordagens mais eficientes para alcançá-lo. Nesse sentido, a busca por acordos e consensos não compromete o interesse coletivo, mas visa à otimização dos resultados<sup>46</sup>.

Há, ao menos, quatro aspectos que fundamentam essa conclusão<sup>47</sup>.

O primeiro diz respeito à maior viabilidade prática da atuação consensual, visto que a solução é construída por meio do diálogo entre as partes envolvidas. Isso resulta em decisões menos onerosas, com menor probabilidade de ocorrência de efeitos colaterais e maior rapidez no processo<sup>48</sup>.

O segundo destaca-se pela redução significativa no número de ações que envolvem a Fazenda Pública, resultado direto da desjudicialização. A abordagem, ao incentivar a busca por soluções consensuais e extrajudiciais, não apenas alivia a carga do sistema judiciário, mas também proporciona uma gestão mais eficiente do tempo e dos recursos do Estado.

O terceiro está relacionado à promoção da legitimidade às ações governamentais mediante garantia do pluralismo administrativo, ao reconhecer e incorporar as perspectivas e contribuições daqueles interessados que são afetados pelas decisões administrativas.

43 BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, v. 3, n. 3, set./dez.2020. Disponível em: <<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>>. Acesso em: 11 dez. 2023.

44 MEDAUAR, Odete, op. cit., 2017.

45 BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2020.

46 MOREIRA NETO, Daniel de F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 231, p. 129-156, 2003. DOI: 10.12660/rda.v231.2003.45823. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45823>>. Acesso em: 6 jan. 2024.

47 BINENBOJM, Gustavo, op. cit., 2020.

48 DANTAS, Bruno, op. cit., 2023.

Por fim, o quarto aborda a contribuição para a transparência no desempenho das funções estatais, ao possibilitar a devida identificação dos interesses privados apresentados perante a Administração Pública por meio do acordo.

Logo, nota-se que para além da mera resolução do conflito em questão, a capacidade de transacionar proporciona uma série de externalidades positivas. Desse modo, a questão ultrapassa o mero acordo entre as partes envolvidas, gerando impactos benéficos que se estendem a outros setores.

### **3. A SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSENSUAL APLICADA AO TRIBUNAL DE CONTAS E A CRIAÇÃO DA SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL E PREVENÇÃO DE CONFLITOS (SECEXCONSENSO)**

A administração concertada possui três gêneros de atuação: na decisão consensual, na execução consensual e na solução de conflitos consensual. O primeiro integra mecanismos diretos e indiretos para a formação da vontade administrativa, como plebiscito, referendo, coleta de opinião, debate público, audiência pública, assessoria externa, cogestão e delegação atípica. O segundo refere-se à colaboração entre pessoas jurídicas de direito privado e o Estado na busca pelo interesse público, reconhecendo que essa persecução não é exclusiva do setor estatal, como evidenciado por meio de contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação. O terceiro designa a ação preventiva de conflitos administrativos, por meio de uma comissão de conflito, bem como a resolução de controvérsias já existentes, utilizando métodos como conciliação, mediação, arbitragem, entre outros<sup>49</sup>.

É dentro desse último gênero que o Tribunal de Contas da União estabeleceu, em dezembro de 2022, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), com o propósito de estabelecer procedimentos para a resolução consensual de controvérsias relevantes e a prevenção de conflitos que envolvem órgãos e entidades da Administração Pública Federal<sup>50</sup>.

A partir da mudança nos paradigmas do direito público, a Corte de Contas identificou a possibilidade de adaptação de seus modos de controle para compatibilizá-los às tendências de promoção da eficiência administrativa através da abordagem cooperativa. Segundo o Ministro Bruno Dantas<sup>51</sup>, idealizador do projeto, as concessões são marcadas por uma diversidade de interesses, unindo os interesses do setor público, do setor privado e dos usuários do serviço concedido, o que as torna um terreno propício para a aplicação de abordagens consensuais.

49 MOREIRA NETO, Daniel de F, op. cit., 2003.

50 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU?** Portal TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemática-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>>.

51 DANTAS, Bruno, op. cit., 2023.

O órgão, portanto, constitui uma estrutura *sui generis*, que tem como objetivo tanto resolver controvérsias já existentes quanto prevenir novos conflitos. Esse segundo aspecto possibilita ajustes às fragilidades identificadas na gestão governamental antes da implementação de alguma medida por meio da proximidade entre gestor e auditor, evitando potenciais prejuízos<sup>52</sup>. Novamente, nos dizeres do Ministro Bruno Dantas:

O objetivo de uma câmara de mediação no TCU seria buscar encurtar a distância entre a pactuação e o controle, o hiato entre o gestor e o auditor, viabilizando um ajuste técnico e cooperativo na metodologia do contrato desde o seu início e a fixação de protocolos, procedimentos e critérios objetivos de uma maneira mais célere, o que já sinaliza a visão do Tribunal em uma costura contratual da qual se obtém segurança jurídica. A ideia vai ao encontro do art. 13, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou as recentes alterações feitas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 13.655/18, estabelecendo que “a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”.

Logo, sua atuação se subdivide em cinco eixos<sup>53</sup>: facilitar a criação colaborativa de soluções consensuais na administração pública; estabelecer um diálogo efetivo com as instituições para prevenir conflitos; promover o intercâmbio de informações entre entidades públicas durante a fase de negociação dos acordos de leniência; desenvolver e implementar estratégias para a participação social; e coordenar ações do controle externo em conjunto com os Tribunais de Contas do Brasil, compartilhando boas práticas de políticas públicas descentralizadas.

Instituída pela Instrução Normativa nº 91/2022, as autoridades legitimadas<sup>54</sup> devem formular uma solicitação para o início do processo de solução consensual, instruída com (i) o objeto, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada; (ii) os pareceres técnico e jurídico que abordem a controvérsia, destacando as dificuldades enfrentadas para sua resolução; (iii) a discriminação dos particulares e das entidades da administração pública federal envolvidos; (iv) a indicação, se houver, da existência de processo na Corte de Contas que trate do assunto; e (v) expressão de interesse na resolução consensual por parte das entidades da administração pública federal<sup>55</sup>.

Sua admissibilidade é analisada pelo Ministro Presidente da Corte de Contas e, uma vez admitida, instala-se a Comissão de Solução Consensual (CSC), composta por um servidor da SecexConsenso, um servidor da auditoria especializada na matéria em questão e um representante de cada órgão ou entidade que tenha requerido a aplicação do procedimento, com a possibilidade de inclusão da participação de

52 DANTAS, Bruno, *ibidem*, 2023.

53 BRASIL. Tribunal de Contas da União, *op. cit.*

54 São elas: as autoridades elencadas no artigo 264 do Regimento Interno do TCU (Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; Procurador-Geral da República; Advogado-Geral da União; Presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; Presidentes de tribunais superiores; Ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; Comandantes das Forças Armadas); os dirigentes máximos de agências reguladoras e os ministros relatores da própria Corte de Contas.

55 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 91/2022**, 2022.

particulares envolvidos no caso e de especialistas.

Caso as reuniões resultem no consenso entre todos os envolvidos, uma proposta de solução é desenvolvida. Essa é encaminhada ao Ministério Público do TCU, que analisa a questão e a submete à avaliação do Plenário, que tem a prerrogativa de aprovar ou homologar o acordo, rejeitar ou, se necessário, incluir condicionantes para a aprovação.

Em atividade desde o início de 2023, sua estrutura tem incentivado a adoção, por parte das autoridades reguladoras, de estratégias fundamentadas na negociação. No contexto da infraestrutura de transporte, um exemplo destacado desse panorama é a Portaria 848/2023, originada do Acórdão 1593/2023, a qual será examinada a seguir.

#### 4. **PORTARIA 848/2023 E A INFLUÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA A PROMOÇÃO DA SOLUÇÃO NEGOCIAL**

Inicialmente concebida como uma solução para os desafios derivados do insucesso da 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, a relicitação revelou-se inadequada para abordar a problemática, dada a complexidade dos procedimentos estipulados no processo, o que culmina em uma considerável demora para sua conclusão.

Dessa forma, os Ministérios de Portos e Aeroportos e dos Transportes consultaram o Tribunal de Contas sobre a viabilidade de o poder público revogar sua adesão à relicitação, bem como os parâmetros para renegociações dos contratos de concessão mantidos após essa saída. Em resposta, o controlador externo emitiu o Acórdão 1593/2023, estabelecendo que a declaração formal do concessionário de adesão ao processo de relicitação é irrevogável e irretratável. No entanto, a celebração de seu termo aditivo, responsável por conferir eficácia ao processo, pode ser objeto de desistência, desde que haja concordância entre as partes envolvidas e que cumpridos determinados requisitos.

As principais condicionantes atreladas à repactuação merecem ser descritas<sup>56</sup>.

Dentre elas, consta que a formalização de um novo termo aditivo deve resgatar os compromissos de investimento e os padrões de prestação de serviço estabelecidos na contratação original, assegurando a vinculação ao instrumento convocatório, a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção da alocação de riscos previamente acordada.

<sup>56</sup> Os demais requisitos relacionados à infraestrutura rodoviária envolvem: (i) que o Concessionário não tenha descumprido Termos de Ajustamento de Conduta previamente acordados com o Poder Concedente, bem como manifeste interesse formal em manter-se na prestação do serviço público especificado no contrato de concessão vigente; (ii) a demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade, pautados, principalmente, nos objetivos e princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos, na garantia da continuidade da prestação do serviço público e nas diretrizes para uma prática consensual; (iii) a desqualificação do empreendimento do Programa de Parcerias de Investimentos; (iv) impossibilidade de novo requerimento de relicitação pelo concessionário; (v) a avaliação sobre a incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas acessórias; (vi) a avaliação de utilização do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade; e (vii) o encaminhamento dos estudos de vantajosidade e do novo termo aditivo ao contrato de concessão ao TCU (BRASIL. Tribunal de Contas da União, *ibidem*, 2022).

Além disso, a reprogramação do pagamento do passivo regulatório das concessionárias deve ser realizada conforme critérios estabelecidos em normativos legais, garantindo o valor presente líquido da outorga, o integral pagamento das outorgas vencidas e não pagas, bem como a quitação das multas contratuais.

Ademais, é necessária a comprovação da vantagem de celebrar um novo termo aditivo para a readaptação do contrato de concessão atual em comparação com a opção de prosseguir com a relicitação, bem como a avaliação sobre sua viabilidade econômica, financeira e operacional.

Ainda, o novo termo aditivo deve estar em conformidade com os objetivos da concessão original, a fim de conferir isonomia de tratamento em relação aos demais concessionários, afastando possibilidade de tratamento privilegiado.

Por fim, o concessionário deve produzir uma declaração formal de renúncia à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo, inclusive sobre demandas judiciais e arbitrais.

Com base na deliberação, o Ministério do Transporte editou a Portaria 848/2023, a fim de estabelecer os pilares para adaptação e melhoria dos contratos de concessão relacionados à infraestrutura de transporte rodoviário federal. Suas disposições, pautadas na atuação administrativa consensual e dialógica, estabelecem as diretrizes de renegociação para vias concedidas sob estresse.

Dentre suas previsões, delimita que o conteúdo para a confirmação da vantajosidade mencionado pela Corte de Contas deverá abranger uma série de premissas, como a renúncia de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais existentes; o início imediato da execução de obras, priorizando a expansão da capacidade e o aprimoramento da segurança viária; a antecipação do cronograma de execução de obras; e a fixação de tarifa de pedágio inferior às projeções dos estudos em andamento.

Todos esses elementos têm como propósito a elaboração de um estudo de readequação, a ser submetido ao Ministério dos Transportes para uma análise preliminar de sua admissibilidade. Após a aprovação, o estudo prossegue para a ANTT, onde passará por uma avaliação técnica e jurídica para examinar a viabilidade da continuidade do contrato de concessão.

Entretanto, a principal manifestação da influência do Tribunal de Contas na promoção do consensualismo reside na decisão de encaminhar a documentação produzida à SecexConsenso, com o objetivo de proporcionar a cooperação para a elaboração e avaliação conjunta do termo aditivo, modelado a partir de contribuições do gestor público, do auditor e da concessionária.

Duas críticas são identificadas em relação às disposições do ato normativo.

Uma diz respeito à complexidade e rigidez de seus múltiplos requisitos formais e materiais, resultando na restrição excessiva ao espaço para negociação e, conseqüentemente, na reintrodução dos termos do contrato original, agravando o problema da inviabilidade econômico-financeira das concessões.

A existência de rigor, embora justificável por uma série de razões que fogem ao objeto da pesquisa, deve ser reconhecida. Entretanto, na medida em a decisão da Corte de Contas, que fundamentou a elaboração do ato, contou com subsídios provenientes dos apontamentos da Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, subsistem expectativas no sentido de que a avaliação do termo aditivo seja conduzida com maior propensão ao diálogo e às transações no âmbito da SecexConsenso<sup>57</sup>.

A outra objeção está relacionada à suposta incompatibilidade entre os objetivos da Portaria e as atribuições do órgão em questão. Isso porque a Comissão de Solução Consensual seria designada para lidar com os conflitos existentes para a resolução de demanda, enquanto o procedimento de renegociação desenvolvido pelo Ministério dos Transportes pressupõe a consensualidade entre os envolvidos, de modo que os documentos seriam encaminhados para mera ratificação.

Todavia, o argumento aborda apenas uma das funções da SecexConsenso, que consiste em buscar a resolução de controvérsias que possam representar um obstáculo à transação entre as partes, negligenciando sua competência preventiva na identificação proativa de falhas e na prevenção de prejuízos, através da realização de ajustes antes mesmo da implementação de um medidas ou modelos inadequados.

Assim, não se trata apenas de uma confirmação, mas sim de uma atuação colaborativa para identificar os riscos, as fragilidades e as oportunidades de melhoria associados aos estudos, pareceres e minutas de termo aditivo enviados pela ANTT, a fim de lhes garantir eficiência.

## CONCLUSÃO

Com a consolidação do Estado Regulador, implementou-se uma estratégia de delegação da gestão da infraestrutura rodoviária federal, atualmente em sua quarta fase. Ao longo desse processo evolutivo, foram concebidas diversas estratégias para estruturar os contratos, cuja complexidade teve um aumento progressivo diante das transformações na sociedade.

Inicialmente concebido como uma resposta à degradação da qualidade das estradas, resultante da limitação dos recursos públicos, o modelo de concessões mostrou suas fragilidades já na 2ª etapa, sendo que sua trajetória em direção às frustrações se intensificou durante a 3ª etapa. Nesse período, surgiram desafios significativos na

57 RIBEIRO, Maurício Portugal. **Renegociação de contratos – como fazer no caso dos contratos de concessão federal de rodovias e aeroportos em crise?** Agenciainfra.com. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-renegociacao-de-contratos-como-fazer-no-caso-dos-contratos-de-concessao-federal-de-rodovias-e-aeroportos-em-crise/>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

modelagem econômico-financeira dos contratos, exacerbados pela crise política e econômicas.

Nesse contexto, a consensualidade na Administração Pública surge como uma estratégia inovadora e necessária. Contrapondo-se à rigidez da dogmática legalista, a abordagem consensual promove a substituição da unilateralidade e verticalidade na relação administrador-administrado por princípios de diálogo, negociação e cooperação. Essa mudança de paradigma não apenas se mostra compatível com o interesse público, mas alinhada ao propósito de buscar abordagens mais eficientes para alcançá-lo.

Assim, a consensualidade não apenas se revela como uma ferramenta eficaz na resolução de conflitos, mas também como um instrumento para promover externalidades positivas, como maior viabilidade prática, desjudicialização, legitimidade e transparência. Em última análise, a busca por consenso na Administração Pública representa um grande passo na construção de uma gestão pública que busca atender às demandas contemporâneas.

Diante dessa evolução no âmbito do Direito Administrativo, o Tribunal de Contas, atento às demandas da sociedade, desenvolveu a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos, com o correspondente processo de solução consensual. Essa iniciativa procura não apenas lidar com controvérsias já existentes, mas também prevenir a emergência de novos conflitos, demonstrando um comprometimento em adaptar seus instrumentos de controle para uma abordagem mais eficiente e preventiva.

Desde o seu estabelecimento no início de 2023, a Secretaria tem promovido e encorajado as autoridades reguladoras a adotarem abordagens fundamentadas na negociação. Essa influência fica evidente no setor de infraestrutura de transporte, através da Portaria 848/2023, derivada do Acórdão 1593/2023 do Tribunal de Contas.

A Portaria 848/2023 foi emitida pelo Ministério de Transporte em resposta a uma consulta ao órgão de controle sobre a possibilidade de o poder público revogar sua adesão à relicitação e os parâmetros para renegociações dos contratos. Ao estabelecer diretrizes para o processo de renegociação de contratos de concessão, a normativa busca a solução de conflitos de forma consensual e dialógica. Dentre suas disposições, destaca-se a necessidade de encaminhamento da documentação produzida ao longo do processo à SecexConsenso, viabilizando a estruturação do termo aditivo mediante a participação de todos os agentes envolvidos.

As iniciativas não apenas refletem a evolução no entendimento da Administração Pública sobre a eficácia da consensualidade, mas também reforçam a visão da Corte de Contas em adaptar-se às mudanças sociais e econômicas. Ao encorajar as autoridades reguladoras a adotarem abordagens baseadas na negociação, o controlador externo demonstra seu compromisso em promover soluções mais eficientes e cooperativas.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p203](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p203). Acesso em 4 jul. 2023.
- BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ**, v. 3, n. 3, set./dez.2020. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/articulo/view/190>>. Acesso em: 2 jan. 2024.
- BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ**, v. 3, n. 3, set./dez.2020. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/articulo/view/190>>. Acesso em: 11 dez. 2023.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Ministério dos Transportes. **Boletim anual dos indicadores do Procrofe**. 2023. Disponível em: <[https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transporte-terrestre/rodovias-federais/boletim\\_procrofe\\_2023.pdf](https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transporte-terrestre/rodovias-federais/boletim_procrofe_2023.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2024.
- BRASIL. Ministério dos Transportes. **Portaria nº 848/2023**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-848-de-25-de-agosto-de-2023-505746177>>. Acesso em: 6 jan. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1593/2023. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 02/08/2023. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 ago. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 91/2022**, 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU?** Portal TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistemica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm>>.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Concessões rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil. Brasília: [s.n.], 2018. 84 p.
- DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e Regulação**: reflexões para um Direito Administrativo do Século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 186 p.
- DE SOUZA, Luiz Fernando U. **A relicitação aplicada aos atuais contratos de concessões de rodovias federais**. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF, 2023).
- ESTEVES, Rafael Lúcio. **A modelagem das concessões rodoviárias federais brasileiras: Avaliação de fatores que influenciam na financiabilidade dos projetos**. 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF, 2023).
- FERREIRA, Arian B., MACHADO, Bernardo V. Z., SALLES, Daniel C., OLIVEIRA, Hugo C. S TEIXEIRA, Lucas M. G., RODRIGUES, Nathalia F. S., FREIXO, Vitor B. Modelagem e regulação de projetos de concessão rodoviária sob a ótica do financiador. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 54, p. 7-82, 2021.
- GOMIDE, Alexandre de Ávila. A gênese das agências reguladoras de transportes: o institucionalismo histórico aplicado à reforma regulatória brasileira dos anos de 1990. **Texto para discussão nº 1764**. Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA, 2012.
- GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MOREIRA NETO, Daniel de F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito**

**Administrativo**, [S. l.], v. 231, p. 129–156, 2003. DOI: 10.12660/rda.v231.2003.45823. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45823>>. Acesso em: 6 jan. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NETO, Carlos A. S. C., MOREIRA, Sérvulo V., MOTTA, Lucas V. Modelos de concessão de rodovias no Brasil, no México, no Chile, na Colômbia e nos Estados Unidos: evolução histórica e avanços regulatórios. **Texto para Discussão nº 2378**. Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA, 2018.

NEVES, Carlos; BERTUSSI, Geovana Lorena. Proposta de Metodologia de Cálculo do Fator X em Contratos de Concessão para Exploração da Infraestrutura Rodoviária Federal. **Revista da CGU**, [S. l.], v. 13, n. 24, p. 237–253, 2021. DOI: 10.36428/revistadacgu.v13i24.446. Disponível em: <[https://revista.cgu.gov.br/Revista\\_da\\_CGU/article/view/446](https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/446)>. Acesso em: 6 jan. 2024.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun. 2017.

OLIVEIRA, Luciane de Lucena. **Ferramentas consensuais de regulação e controle externo: limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de Conduta celebrados por Agências Reguladoras**. 2019. 44 f. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura) – Instituto Serzedelo Corrêa, Escola Nacional de Administração Pública. Brasília, 2019.

PETARLI, Glenderson Blaser; PELLEGRINI, Petarli, Guilherme Martins. O uso de contas vinculadas em contratos de concessão: estruturação, finalidade e fundamentos jurídicos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, SP, n. 96, p. 178-203, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1343>>. Acesso em: 5 maio 2023.

PETIAN, Angélica; RIBAS, Murilo Tabora. **A Portaria 848 e a renegociação de concessões rodoviárias federais em crise**. Jota, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-portaria-848-e-a-renegociacao-de-concessoes-rodoviarias-federais-em-crise-19092023>. Acesso em: 31 dez. 2023.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Renegociação de contratos – como fazer no caso dos contratos de concessão federal de rodovias e aeroportos em crise?** Agenciainfra.com. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-renegociacao-de-contratos-como-fazer-no-caso-dos-contratos-de-concessao-federal-de-rodovias-e-aeroportos-em-crise/>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SENNA, Laís Ribeiro de. Análise do desenvolvimento de modelagens contratuais no Programa de Concessões de Rodovias Federais. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). **Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei nº 10.233/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v. 2, 434p. ISBN 978-65-5518-209-5.

SOUZA, Thiago Viana de. **O programa de exploração da rodovia: um estudo sobre os parâmetros técnicos exigidos para as obras de ampliação de capacidade e melhorias**. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF, 2023.

VÉRAS, Rafael. **As novas concessões de rodovias**. Editora FÓRUM - Conhecimento Jurídico. Disponível em: <<https://editoraforum.com.br/noticias/as-novas-concessoes-de-rodovias-coluna-direito-da-infraestrutura/>>. Acesso em: 2 jan. 2024.

VORONOFF, Alice; TEIXEIRA, Jeaninny. **Relicitação, promessa não realizada e a busca de alternativas pela ANTT**. GBA Associados. Disponível em: <<https://www.gbalaw.com.br/relicitacao-promessa-nao-realizada-e-a-busca-de-alternativas-pela-antt/>>. Acesso em: 2 jan. 2024.