

SUMÁRIO

1

INTRODUÇÃO - POR QUE NÃO PENSAR EM UM DIÁLOGO PRÉ-CONTRATUAL?.....	27
<i>Flávio Amaral Garcia</i>	

2

REGULAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO: A ARTE DO COMPROMISSO.....	31
<i>Egon Bockmann Moreira</i>	

PARTE I

REGULAÇÃO POR CONTRATO E REGULAÇÃO POR AGÊNCIA

1

A CAPACIDADE INSTITUCIONAL COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA NA POSIÇÃO DE PODER CONCEDENTE: UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA FRENTE A PROPOSTAS LEGISLATIVAS.....	37
<i>João Ricardo Lutterbach</i>	
1. Introdução	37
2. O sistema de dupla regulação e a separação ideal de funções	39
2.1. Regulação Primária (por Contrato) e o Papel do Poder Concedente	40
2.2. Regulação Secundária (por Agência) e a Função Integrativa	42
2.3. A Independência como Pilar do Modelo	43
3. A capacidade institucional dos órgãos públicos no Brasil.....	45
3.1. A Gênese das Agências e a Concentração de Expertise Técnica	45

3.2. A Diferença de Capacidade Institucional: Agências v. Administração Direta	47
3.3. A Lógica da Eficiência na Fase Pré-Contratual	48
4. A legitimação da prática e a crítica às soluções puristas	50
4.1. Refutando a Tese da Disfunção Corrigível.....	50
4.2. O Risco de Iniciativas Legislativas Temerárias	52
4.3. As Consequências da Proibição: Inviabilização e Má Formulação de Projetos de Infraestrutura.....	54
5. Conclusão	55
6. Referências bibliográficas	57

2

A FACE REGULATÓRIA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS AMBIENTAIS ATRAVÉS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	59
--	-----------

Eduarda Onzi

Introdução.....	59
1. A função regulatória da contratação pública	63
2. Quais contratos para a política ambiental a ser implementada?.....	66
3. O como fazer diante de como vem sendo feito: exemplos da inserção da agenda ambiental em contratações públicas	69
4. Considerações finais.....	73
Referências.....	75

3

A REGULAÇÃO AMBIENTAL POR CONTRATO: A CONCESSÃO FLORESTAL ENQUANTO ESTRATÉGIA REGULATÓRIA.....	77
---	-----------

Bernardo Padula Schwaitzer

1. Introdução	77
2. Fundamentos socioeconômico para a regulação e estratégias regulatórias.....	79
3. Regulação ambiental no Brasil: bases econômicas, jurídicas e institucionais...	86
3.1. Bases econômicas e jurídicas das estratégias regulatórias ambientais.....	86
3.2. O arranjo institucional da regulação ambiental no Brasil.....	90
4. As concessões florestais enquanto estratégia regulatória para proteção ambiental.....	93
4.1. Aspectos gerais da concessão florestal	93
4.2. As finalidades regulatórias da concessão florestal	98

4.2.1. Adoção políticas horizontais na definição da melhor proposta	98
4.2.2. A concessão florestal como estratégia regulatória para evitar a tragédia dos comuns	101
5. Conclusão	103
Referências Bibliográficas.....	104

4

A REGULAÇÃO POR CONTRATO E O SISTEMA DE DUPLA REGULAÇÃO – ANÁLISE PELOS FILTROS DA EFICIÊNCIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA	107
--	------------

Braulio Mattos

Introdução: objeto e roteiro.....	107
I. O cenário: a regulação implementada por agências reguladoras.....	108
II. O contrato público como um mecanismo de governo e como um instrumento regulatório	121
III. O sistema de dupla regulação sob os filtros do dever de eficiência e da segurança jurídica	125
Conclusão	130
Referências	130

5

CAPTURA POLÍTICA E INSTABILIDADE CONTRATUAL: A EROÇÃO DA AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEUS IMPACTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO BRASIL	137
---	------------

Luísa Saraiva de Araújo

Introdução	137
I. A Arquitetura da Regulação no Brasil: Agências, Contratos e a Busca por Credibilidade.....	140
II. As Patologias do Modelo: A Captura Política como Fator de Erosão Institucional	145
III. A Natureza dos Contratos de Concessão: Uma Releitura a Partir da Teoria Econômica	153
Conclusão	158
Referências Bibliográficas.....	160

6**O PAPEL DA REGULAÇÃO POR CONTRATO NA PROMOÇÃO DO ACESSO UNIVERSAL AOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO NO BRASIL 165***Luciana Xavier de Lemos Capanema*

Introdução	165
Regulação no Setor de Saneamento – Base Legal	166
Regulação no Setor de Saneamento – Histórico	168
Panorama da Regulação do Saneamento no Brasil	172
Papel do Estado na Promoção do Desenvolvimento Econômico Social	175
Novo Marco Legal do Saneamento e o Desafio da Universalização	177
Novo Marco Legal e a Dupla Regulação no Setor de Saneamento	179
Novo Marco Legal e Processo de Implementação das Novas Atribuições da ANA	182
Conclusão	187
Referências Bibliográficas	189

7**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCEPÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO 193***Felipe Godoy Franco*

Introdução	193
As críticas às agências reguladoras como poder concedente	197
As vantagens da atuação das agências reguladoras na concepção dos contratos de concessão	201
O contrato de concessão como mecanismo de regulação e a necessidade de preservação do sistema	202
O conhecimento técnico especializado das agências reguladoras	205
A estabilidade das agências reguladoras e os riscos de assimetria regulatória....	206
Uma potencial alternativa	210
Conclusão	214
Referências	217

8**O SISTEMA DA DUPLA REGULAÇÃO E O PAPEL DAS AGÊNCIAS NA REGULAÇÃO PRIMÁRIA 219***Bruno Veloso de Mesquita*

I. Introdução	219
---------------------	-----

II. Brevíssima contextualização histórica	221
III. Dupla regulação.....	222
III.1. Regulação por contrato e regulação por agência.....	222
III.2. Regulação primária	224
III.3. Regulação secundária	232
III.4. Objetivos e vantagens da dupla regulação.	234
IV. Papel do concedente e do regulador	236
IV. Conclusões	244
Referências bibliográficas	246

PARTE II

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E RISCOS

9

REGULAÇÃO, INCOMPLETUDE E RISCO CLIMÁTICO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO	251
--	------------

Leonardo Antonacci Barone Santos

1. Introdução	251
2. Mudanças climáticas e infraestruturas resilientes	253
3. A contratualização de riscos em projetos de infraestruturas	258
4. Regulação contratual e riscos climáticos	266
5. Como incluir o risco climático nos contratos de concessões existentes?	275
6. Conclusão	277
Referências bibliográficas	279

10

CONTRATOS DE CONCESSÃO: EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E BALIZAS À SUA RECOMPOSIÇÃO	281
---	------------

Rodrigo Melo do Nascimento

1. Introdução	281
2. Contratos de Concessão: Importância e Características	283
3. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão	285
3.1. A construção do equilíbrio econômico-financeiro.....	285
3.2. A matriz de riscos como instrumento precípua do equilíbrio econômico-financeiro.....	288
3.3. O desequilíbrio decorrente de riscos imprevisíveis	289
3.4. A Taxa Interna de Retorno nas Concessões.....	291

3.5. O Prazo como corolário do reequilíbrio econômico-financeiro.....	294
3.6. A cooperação e o diálogo como chaves da reestruturação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais.....	296
4. Conclusão	297
Referências Bibliográficas	301

11

OS VÍCIOS OCULTOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO 305

Igor do Rego Barros de Aragão

Introdução.....	305
1. Os vícios ocultos em obras públicas.....	307
2. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a matriz de alocação de riscos	308
2.1. O equilíbrio econômico-financeiro no regime comum de contratações.....	309
2.2. O equilíbrio econômico-financeiro no regime concessionário de contratação	310
3. Os arranjos contratuais da alocação de riscos por vícios ocultos em ativos existentes.....	312
3.1. Da inexistência de previsão contratual.....	312
3.2. Da responsabilidade do concessionário.....	313
3.3. Da responsabilidade compartilhada	314
3.4. Da responsabilidade do poder concedente	315
3.5. As melhores práticas e as recomendações internacionais	315
4. A experiência de alocação de riscos por vícios ocultos nas concessões rodoviárias federais	316
Considerações finais.....	320
Referências	322

12

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: QUANDO A MUTABILIDADE NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUSTIFICA A MITIGAÇÃO DOS RISCOS ASSUMIDOS? 325

Daniel Silva Pereira

1. Introdução	325
2. Da alocação de riscos entre as partes e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro	328
3. A mutabilidade nos contratos de concessão e a possibilidade de mitigação episódica da matriz de riscos por meio da aplicação da teoria da imprevisão	333

4. A renegociação como forma adequada de reestabelecimento das premissas econômico-financeiras dos contratos de concessão na hipótese de ocorrência de fatos absolutamente imprevisíveis.....	340
5. Conclusão	347
Referências Bibliográficas	348

13

MUTABILIDADE, INCOMPLETUDE E A DINÂMICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CAUTELAR NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO	351
---	------------

Felipe Gurman Schwartz

Introdução	351
1. As bases da concepção contemporânea dos contratos de concessão	354
2. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão mutáveis.....	364
3. Instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro cautelares e mitigadores	370
3.1. Resolução 19/2023 da SPI-SP.....	372
3.2. Reequilíbrio cautelar dos contratos de concessão rodoviária recentemente licitados pelo Estado de Mato Grosso	374
3.3. Instrução Normativa nº 33/2024, da ANTT.....	375
3.4. Índice de Tarifa Social, em concessões de saneamento básico.....	377
Conclusão	380
Bibliografia	381

14

REPENSANDO A ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS EM FUNÇÃO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: COMO OS EVENTOS CLIMÁTICOS EXTREMOS DEVEM SER ALOCADOS NA ESTRUTURA CONTRATUAL?	385
--	------------

Vinícius de Lacerda R. F. Carneiro

1. Introdução	385
2. A necessária caracterização dos eventos climáticos extremos como eventos de caso fortuito ou força maior.....	388
3. Distribuição legal do risco de caso fortuito e força maior ao ente público contratante.....	390
3.1. A questão do fato gerador segurável	391
4. Efeitos jurídicos principais da materialização de riscos alocados ao poder concedente.....	393

4.1. Dever de promover o reequilíbrio econômico-financeiro	393
4.2. Descaracterização do inadimplemento de obrigações contratuais impactadas pelos eventos de desequilíbrio	397
5. O caso das enchentes de 2024 no estado do Rio Grande do Sul: o reconhecimento de evento climático extremo e a medida cautelar aprovada pela ANAC para a reconstrução do Aeroporto Internacional de Porto Alegre.....	399
6. Conclusão	402
7. Referências Bibliográficas	404

PARTE III

RENEGOCIAÇÃO E CONTROLE EXTERNO

15

A REGULAÇÃO CONTRATUAL E O MEDO DA CANETA	409
--	------------

Daniel Argalji

1. Introdução	409
2. A necessária flexibilidade na regulação de contratos de longa duração	411
2.1. A Incompletude e a Natureza Relacional dos Contratos Administrativos	412
2.2. A Mutabilidade como Característica Essencial das Concessões Contemporâneas	414
2.3. Instrumentos de Adaptação Contratual: Renegociação, Risco e Reequilíbrio	416
3. O hipercontrole e a gênese do “medo da caneta”	418
3.1. A Atuação dos Órgãos de Controle e o “Soberano da Regulação”	419
3.2. O Sistema de Dupla Regulação e a Insegurança do Gestor	419
3.3. A Atuação do Ministério Público e o Ambiente de Incerteza	421
3.4. A Busca por Consenso e o Risco da “Consensualidade Abusiva”	424
4. A erosão da segurança jurídica: quando a responsabilização ameaça o contrato	425
4.1. A Paralisia Decisória como Fator de Instabilidade Contratual	426
4.2. O Desvio para a Judicialização e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos	426
4.3. A Dupla Incerteza: A Instabilidade do Acordo Administrativo Frente ao Controle Externo	427
5. Conclusão: do medo que paralisa à segurança que edifica	428
6. Referências bibliográficas	430

16**A RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO** 433*Gabriela Vieira Leonardos*

Introdução	433
1. O que se entende por renegociação	434
1.1. Críticas à renegociação	443
1.2. O que leva a surgir o direito à renegociação e quais os limites para sua realização?	445
2. Conclusão	458
3. Referências bibliográficas	461

17**CONSENSUALIDADE E EFICIÊNCIA NA RENEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS** 463*Ana Beatriz Pereira Santos*

Introdução	463
1. Contratos administrativos de longo prazo: incompletude contratual e os limites dos mecanismos tradicionais.....	465
1.1. A ilusão da completude contratual	465
1.2. Os limites cognitivos e os custos de transação	467
1.3. Mutabilidade, estabilidade e segurança jurídica	469
1.4. Relações contratuais como estruturas relacionais e complexas	471
1.5. A experiência brasileira e a necessidade de renegociação	472
2. A institucionalização da consensualidade como técnica de governança pública.....	473
2.1. O giro hermenêutico da Administração Pública: da legalidade estrita à juridicidade e à eficiência.....	473
2.2. A cláusula geral da consensualidade administrativa (art. 26 da LINDB) e os meios adequados de solução de conflito	475
2.3. A trajetória do Tribunal de Contas da União (TCU) rumo à consensualidade: a Secex-Consenso como inovação institucional e o teste constitucional da ADPF 1.183.....	478
3. O caso da BR-163/MS: inovação regulatória e eficiência na renegociação.....	483
3.1. Histórico da concessão e fatores de desequilíbrio	483
3.2. O procedimento da Solicitação de Solução Consensual (SSC): estrutura, etapas e deliberação do TCU	487

3.3. Modernização contratual, mecanismos de mitigação de riscos e cláusulas ESG	489
3.4. Processo competitivo como salvaguarda institucional e legitimadora da renegociação.....	492
3.5. Resultados, aprendizados e potencial de replicabilidade da experiência.....	496
Considerações finais.....	497
Referências.....	499

18

ENTRE O CONSENSO E O CONTROLE: O PROTAGONISMO DO TCU E A ATUAÇÃO DA SECEX	505
--	------------

Cecília Alkimin

Introdução.....	505
1. A competência constitucional do TCU e seus limites no controle externo de contratos administrativos	508
2. A consensualidade no Direito Administrativo e a atuação da Secex Consenso	514
3. A Secex Consenso e os riscos de extrapolação do controle externo pela interferência na função administrativa	519
Conclusão.....	525
Referências.....	526

19

CONTRATUALIZAÇÃO DA RENEGOCIAÇÃO: POR QUE E COMO REGULÁ-LA	529
---	------------

Joanna Magalhães

Introdução.....	529
1. Algumas notas sobre a dimensão dos contratos de concessão no estado regulador	531
2. Renegociação como instrumento de revisibilidade: fundamentos para sua regulação pelos contratos de concessão.....	538
3. Por que a ausência de um direito ex lege à renegociação não impede a contratualização de sua regulação?.....	548
Conclusão.....	557
Referências	559

20**O QUE PODE ACONTECER QUANDO O TCU INFERE****COMPORTEMENTOS 561***Guilherme Aleixo*

1. Introdução	561
2. Contratos incompletos e renegociações	563
3. Limites da atuação do TCU.....	569
4. Efeitos perversos da má vontade do TCU com os pleitos de renegociações....	573
5. Considerações finais	580
6. Referências	581