Gabriela Vieira Leonardos

Renegociação de Contratos de Concessão

2027

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1

INTRODUÇÃO

O direito público brasileiro vivenciou, nas últimas décadas, um processo de ascensão e sedimentação da consensualidade administrativa, refletida na doutrina, na legislação e também na prática da Administração Pública. [1] São inúmeros os exemplos de áreas em que são admitidas as soluções consensuais na atualidade, que vão desde contratos administrativos até improbidade administrativa, alcançando até mesmo as ações de controle abstrato de constitucionalidade. Admite-se, com relativa tranquilidade, métodos adequados de resolução de controvérsia envolvendo o poder público, bem como a celebração de acordos administrativos para pôr fim a processos contenciosos na esfera judicial, administrativa e regulatória, com base em dispositivos legais previstos tanto nas leis setoriais específicas, quanto na cláusula geral de consensualidade trazida no art. 26 da LINDB.[2]

1. A consensualidade na Administração Pública, como bem coloca Juliana Bonacorsi de Palma, já podia ser vista no Decreto-Lei nº 3365/1941, que trata da desapropriação amigável. Seguindo a linha cronológica traçada pela autora, tem-se a admissão, pelo Decreto nº 94.764/1987, da celebração de termo de compromisso com possibilidade de redução da multa prevista na Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e na Lei nº 6.902/1981 (Estações Ecológicas e Área de Proteção Ambiental). As mudanças avolumaram-se a partir das décadas de 1990/2000, com as leis setoriais das agências reguladoras, que admitiram acordos administrativos em matérias reguladas, bem como em virtude da preocupação com a celeridade e eficiência da prestação jurisdicional, que levou às leis de juizados cíveis e criminais, em que se admitem, em alguma medida, transações judiciais (Lei nº 9.099/1995, Lei nº 10.259/2001). (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 197-198).

2. GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, edição especial, p. 135-169, nov. 2018.

Superaram-se as críticas em relação às soluções consensuais[3], as quais se pautavam, sobretudo, nos dogmas da indisponibilidade[4] e supremacia do interesse público sobre o privado[5], muito caros à doutrina clássica do direito administrativo. O estudo da consensualidade administrativa, modernamente, portanto, passou a endereçar formas de aprimora-la[6], mediante garantias do respeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da transparência, da motivação e da eficiência.[7]

Quando se alude à negociação em matéria de contratos públicos, acrescem, ainda, riscos atinentes aos seus efeitos no ambiente econômico, entre os quais se destacam as falhas de mercado envolvendo assimetrias de informação, *moral hazard*, riscos de seleção adversa e da prática de oportunismos. Sob o ponto de vista jurídico, a consensualidade em matéria de contratos públicos também sobreleva os riscos de violação ao princípio licitatório, de violação ao instrumento convocatório e de desnaturação do objeto contratado, além de ensejar um risco de enfraquecimento da confiança institucional, minando a força coercitiva dos termos originais do contrato, se verificadas frequentes alterações ao longo da sua execução.

O presente trabalho analisa a consensualidade em matéria de contratos públicos com enfoque específico nas renegociações de contratos de concessão de infraestrutura, as quais são conceituadas com maior detalhamento a seguir. Sinteticamente, pode-se dizer que renegociações são alterações contratuais consensuais e substanciais, não antevistas no contrato nem na legislação. Como se verá a seguir, a própria natureza dos contratos de concessão dá

3. "A dogmática inicial do direito administrativo rejeitava o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública. Cabia, então, a esta apenas a função de executar objetivamente a vontade geral fixada na lei. E tal vontade não poderia ser objeto de negociação ou de ajuste, "sob pena de desnaturalização de sua objetividade e ruptura do papel da lei". Desse modo, a Administração unilateral, instrumentalizada por atos, era a única admitida, recusando-se a possibilidade de serem celebradas quaisquer espécies de acordo entre Administração e os cidadãos. Tradicionalmente, o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados. A construção dessa disciplina jurídica operou-se impregnada pela crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger e, por isso mesmo, tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade, naturalmente subordinados." (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 262.)

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 23. ed. São Paulo: Malheiros. p. 84.

5. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 70.

6. PORTO, Stela Hühne. *Celebração de acordos pela Administração Pública:* incentivos, riscos e parâmetros. 2022. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

7. LEONARDOS, Gabriela Vieira. A realização do interesse público por meio da atuação consensual da Administração Pública: a evolução no cenário brasileiro e parâmetros para aprimoramentos futuros. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 25, n. 296, p. 35.

ensejo ao incremento dos riscos de desvirtuamento nessas alterações, diante da intrínseca complexidade, mutabilidade e incompletude dos contratos concessionais. Ademais, trata-se de contratos relacionais, os quais demandam que as partes atuem de forma cooperativa e de boa-fé, com o objetivo de encontrar alternativas para o sucesso do projeto concessional. O fato de se tratar de contratos de longo prazo, que envolvem objetos complexos, vultosas quantias e que ainda são destinados a atender interesses públicos relevantes, sobreleva a relevância desse estudo.

É nesse contexto de imbricação entre a intrínseca mutabilidade das concessões e da necessidade de resguardo aos condicionamentos jurídicos à sua alteração consensual que se insere o presente livro.

Diante desse cenário, o problema de pesquisa que orienta o presente trabalho consiste em identificar quais condicionamentos jurídicos devem incidir sobre a renegociação de contratos de concessão – enquanto manifestação da sua mutabilidade intrínseca, da sua incompletude e do seu caráter relacional – de modo a mitigar as falhas de mercado e os riscos institucionais a ela associados. Tais reflexões são realizadas à luz dos influxos do direito comunitário europeu e da prática recente das soluções consensuais conduzidas pelo Tribunal de Contas da União.

A hipótese a ser testada é que a renegociação de contratos de concessão pode operar como instrumento legítimo de realização do interesse público, desde que submetida a condicionamentos jurídicos claros, especialmente de natureza procedimental, aptos a reduzir assimetrias informacionais, conter incentivos oportunísticos e mitigar riscos institucionais.

Para esse fim, adota-se metodologia de revisão de literatura, análise de legislação e jurisprudência. Além disso, à falta de legislação no Brasil sobre a matéria, estudam-se as normas e precedentes do direito da União Europeia e se analisa a prática recente das soluções consensuais conduzidas pelo Tribunal de Contas da União, notadamente no âmbito da Secex Consenso. Essas fontes constituem referências relevantes para a construção desses parâmetros no contexto brasileiro, permitindo o delineamento de condicionamentos mais aderentes à realidade institucional das renegociações realizadas no país.

Para tanto, inicia-se, após a introdução, o Capítulo 2 com a explanação acerca de elementos doutrinários cruciais para a compreensão deste trabalho, como a mutabilidade dos contratos de concessão e a sua caracterização como um contrato incompleto e relacional. Distingue-se brevemente, também, o tratamento da matéria a depender do regime regulatório aplicável ao setor, se se trata de uma regulação discricionária (por agência) ou contratual. Destaca-se, nesse ponto, que, embora o presente livro não se limite a analisar o fenômeno da renegociação unicamente nos contratos submetidos a um regime

regulatório contratual, essa parece ser a seara em que a discussão se mostra mais profícua e relevante, justamente por serem esses ajustes mais expostos a contingências desequilibradoras.

Em seguida, apresentam-se as formas de alteração de contratos de concessão, bem como se realizam distinções relevantes acerca de conceitos próximos ao de renegociação, mas que com ele não se confundem, tais como negociação, reequilíbrio econômico-financeiro e relicitação. No subcapítulo 2.1.4, tem-se uma proposta de noção operativa do que se entende por renegociação, a qual toma como ponto de partida os principais entendimentos doutrinários sobre a matéria, à falta de parâmetros normativos no cenário jurídico brasileiro. Adianta-se, por oportuno, este entendimento: *renegociações são alterações contratuais substanciais, realizadas consensualmente, inseridas na seara da mutabilidade inerente aos contratos de concessão, cujos eventos que as ensejam, e/ou a intensidade de sua materialização, não foram previstos no contrato, tampouco decorrem de determinação legal.*

Explicita-se, nesse subcapítulo, alguns dos principais aspectos que, com frequência, se verificam nas renegociações de contratos de concessão, com a expressa ressalva de que não há a pretensão de se estabelecer um conceito cerrado de renegociação. Isso porque se entende, neste trabalho, que ao direito não é conveniente, ou talvez nem mesmo possível, estabelecer conceitos jurídicos rígidos e estáveis para um fenômeno inerente à dinamicidade dos setores de infraestrutura e de forte interseção com a economia. Ao final desse capítulo, apresenta-se uma análise sucinta acerca de alguns influxos da análise econômica do direito, os quais demonstram os riscos envolvendo as renegociações de contratos de concessão e justificam o presente estudo.

No Capítulo 3, estudam-se os limites para alteração dos contratos de concessão na União Europeia, mediante pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial acerca da experiência de aplicação da Diretiva nº 2014/23/UE. A referida legislação, aplicável a todos os Estados-membro, inovou ao estabelecer diretrizes gerais para os contratos de concessão e ao prever parâmetros específicos para suas alterações. A escolha da legislação europeia como parâmetro de estudo comparado se deu em virtude das aproximações tradicionalmente existentes, em matéria de direito contratual público, entre a disciplina brasileira e a de países da União Europeia, como Portugal e França, os quais se encontram, atualmente, vinculados à observância de tais regramentos comunitários. Realiza-se, então, uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) antes e após a edição da normativa, destacando-se todas as hipóteses de alteração de contrato de concessão positivadas na referida legislação comunitária. Ao final, são traçados pontos de aproximação entre a disciplina europeia e brasileira sobre a matéria, bem como são

indicados elementos do direito europeu que poderiam contribuir para a discussão atinente à renegociação de contratos de concessão no Brasil.

Já no Capítulo 4, optou-se por realizar um estudo de casos sobre as renegociações realizadas na Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflito (Secex Consenso), do Tribunal de Constas da União (TCU). À falta de um parâmetro legislativo geral acerca das alterações dos contratos de concessão, optou-se por verificar, por meio de casos concretos, de que forma tais alterações contratuais substanciais vêm sendo realizadas e compreendidas pela prática administrativa.

A metodologia de pesquisa adotada nesse capítulo foi, inicialmente, a coleta de dados no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, por meio da plataforma "*Conecta TCU*". A partir das informações ali constantes, foi preenchida a tabela trazida como anexo ao texto desse livro, com dados referentes a todos os processos levados à Secex Consenso desde a sua criação até a data de 24 de outubro de 2025. Nesse primeiro momento, foram levantados dados atinentes às partes envolvidas; o tempo decorrido entre o ingresso do procedimento e a obtenção da solução consensual; o objeto envolvido; os valores envolvidos; bem como se havia demanda judicial ou arbitral prévia à tentativa de solução consensual.

Dos dados colhidos nessa fase, foram extraídos seis gráficos, que estão expostos na seção 4.2 deste livro. Nela, são apresentados alguns números envolvendo as soluções consensuais realizadas no ambiente de consenso criado pela Corte de Contas federal. Como se verificou nesse estudo, os casos analisados envolvem predominantemente concessões de infraestrutura, justificando-se, portanto, o recorte de estudos de casos realizado, por ser a Secex Consenso do TCU um dos principais fóruns de renegociação em matéria de infraestrutura na atualidade.

Segue-se, então, uma análise qualitativa dos casos levantados. Na seção 4.3, tem-se a análise de ao menos um caso concreto de cada setor de infraestrutura que contou com solução consensual na Secex Consenso: rodoviário, ferroviário, aeroportuário, energia e telecomunicações. Foram escolhidos para esta análise qualitativa casos que contavam com solução consensual aprovada pelo plenário até 24 de outubro de 2025; cujos objetos se enquadravam no conceito de renegociação trazido neste trabalho; bem como que atendiam, sucessivamente, a dois critérios de seleção: (i) a existência de processo judicial, arbitral ou de contas anterior à instauração do processo na Secex Consenso; e (ii) o envolvimento dos maiores volumes em discussão, no setor de infraestrutura respectivo. Ao final desse capítulo, pretendeu-se traçar algumas semelhanças e diferenças entre os casos analisados, destacando-se aspectos peculiares do procedimento adotado junto à Corte de Contas em cada caso.

Por fim, no Capítulo 5, são estudados os condicionamentos jurídicos postos para a renegociação dos contratos de concessão, com o intuito de contribuir para a definição de parâmetros para a renegociação dos contratos de longo prazo. Explicita-se, de início, a relevância de que se reflita sobre condicionamentos à realização de tais alterações substanciais, avançando-se para a demonstração de que o caminho percorrido até a efetivação da renegociação importa para sua legitimação, mediante o respeito às balizas constitucionais mínimas da publicidade, impessoalidade e motivação.

Em seguida, inicia-se uma análise acerca dos condicionamentos aos atos de renegociação, tomando por base a teorização da doutrina administrativa acerca dos elementos dos atos administrativos. Indicam-se, então, condicionamentos mínimos atinentes à competência para a prática do ato de renegociação; ao motivo que pode ensejá-la; à forma de sua realização; ao objeto que ela poderia apresentar; bem como à finalidade pública que ela deve ser capaz de realizar.

Avaliados os condicionamentos jurídicos mínimos a serem observados no ato de renegociação, estuda-se quando se deveria, efetivamente, realizá-la. O enfoque passa a ser a discricionariedade administrativa do gestor quanto ao ingresso nas negociações tendentes a uma alteração substancial e quanto ao exercício dessa discricionariedade no momento da efetiva celebração da renegociação. Busca-se responder às indagações sobre como lidar com a discricionariedade administrativa nesse procedimento e se existiria um dever de (re)negociar.

Seguindo na esteira da discricionariedade administrativa, a qual permite uma avaliação quanto à conveniência e oportunidade de se realizar a renegociação, endereça-se o dever de atuação eficiente do gestor e a dificuldade, vivenciada na prática, quanto à aferição da vantajosidade dessas alterações substanciais nos casos concretos.

Ao final desse capítulo, condensam-se algumas propostas para regulação contratual dos procedimentos de renegociação, com vistas a buscar amenizar os riscos verificados nos casos concretos, atinentes às falhas de mercado oriundas da assimetria de informações; à vulneração de princípios constitucionais caros ao ordenamento jurídico; bem como ao risco sistêmico e institucional, envolvendo uma percepção geral de redução da coercibilidade dos contratos públicos. Assim, espera-se que, a despeito dos relevantes avanços já percebidos em matéria de admissão das soluções consensuais em matéria de contratos públicos, avance-se para sua maior procedimentalização, para que se possa realizar, com mais segurança jurídica e legitimidade, as alterações substanciais que sejam necessárias ao pleno atendimento do interesse público.

2

MUTABILIDADE E RENEGOCIAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O conceito de concessões no direito administrativo depende do enfoque adotado, podendo variar desde a definição legal de um determinado sistema jurídico até o conceito acadêmico fornecido pela doutrina jurídica.

No direito brasileiro, as concessões e as parcerias público-privadas disciplinadas pelas Leis nºs 8.987/1995, 9.074/1995 e 11.079/2004 se inserem em um contexto de percepção da Administração Pública menos verticalizada e de contratualização da própria atividade administrativa.

Não obstante serem contratos regidos por leis distintas, possuem racionalidades econômicas semelhantes e costumam ser tratados em conjunto pela doutrina, por conta das várias semelhanças entre ambos. Neste livro, adota-se a nomenclatura *contratos de concessão* para abarcar os instrumentos regidos por essas legislações.

Assim, as concessões são contratos de longo prazo, destinados à realização de serviços, obras ou infraestruturas. Nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.987/1995[1], a concessão de serviço público é a delegação, 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".

1. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 fev. 1995, p. 1917. Disponível em: . Acesso em: 14 dez. 2025.

Na doutrina, por outro lado, a definição de concessão, por guardar íntima relação com a controvertida definição de serviço público[2], não é unânime. Flávio Amaral Garcia conceitua a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995, como sendo o "ajuste por meio do qual o poder concedente (ente público) transfere para o concessionário (empresa privada) a realização, por sua conta e risco, de um serviço público ou de uma obra pública"[3].

Para Egon Bockmann Moreira, as concessões comuns seriam a "relação jurídica administrativa típica, unitária e complexa, por meio da qual o Poder Público transfere a execução de determinado serviço público ao particular selecionado em prévia licitação, que assumirá, por prazo certo e por sua conta e risco, a gestão do projeto concessionário autossustentável".[4]

A lógica de transferir a gestão e execução do serviço público para a concessionária é a de que, em um cenário de recursos escassos, é socialmente mais justo atribuir ao usuário do serviço público, e não a toda coletividade, o ônus de financiar tal atividade. O risco do negócio, então, passa a ser do concessionário, pois a sua remuneração não é certa e predefinida, mas advém, precipuamente, da tarifa e de eventuais receitas acessórias.

Por essa razão, diz-se que as concessões comuns são destinadas a objetos autossustentáveis ou autofinanciáveis, de modo que as fontes de receita previstas no contrato de concessão sejam suficientes para remunerar os investimentos.[5]

---

2. Sobre os conceitos de serviço público extraíveis da Constituição, confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos.* 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 121-125.

3. GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 23.

4. Especialmente relevante no conceito acima adotado é a caracterização do contrato de concessão como uma relação jurídica unitária e complexa. O entendimento sobre essas características centra-se em três elementos: (i) o ato administrativo de outorga, (ii) o *status* regulamentar (mediante um regime estatutário exclusivo) e (iii) o contrato administrativo. Cada um desses elementos será fonte normativa para os atos das partes, criando "uma série de direitos, obrigações, deveres e sujeições em conexão unitária (com fontes diversas), cuja configuração não é dependente em exclusivo da vontade das partes (mas da própria estrutura do negócio)". O ato de outorga seria o ato constitutivo que cria o status subjetivo de concessionário, transferindo a gestão de determinado serviço público. É, então, o ato inaugural de todas as relações a serem desenvolvidas entre as partes. Já o segundo elemento, atinente ao regime estatutário, seria o plexo de normas jurídicas que estabelecem direitos e deveres de ordem pública, os quais restam unidos às prerrogativas administrativas, em uma relação jurídica especial. Esses direitos e deveres de ordem pública, segundo o autor, retirariam das partes contratantes a autonomia quanto à "implementação e/ou modificação de algumas das prestações relativas ao serviço (que não decorrem da vontade das partes, mas sim da natureza do serviço a ser prestado, tal como positivado em lei)." Nesse ponto, portanto, a autonomia de vontade das partes seria mitigada, pois se prestaria apenas a aderir ao regime jurídico exposto em lei, e não propriamente a negociá-lo. Já as prerrogativas administrativas, fundamento para as alterações unilaterais e para a mutabilidade do contrato, devem, ainda segundo Egon Bockmann Moreira, respeitar a legalidade, a motivação e a proporcionalidade, bem como devem obediência à LINDB (e a suas premissas de consequencialismo, admissão da consensualidade e preponderância da segurança jurídica). Por fim, o terceiro elemento (contrato administrativo) é, então, o vínculo que estabelece a relação jurídica especial, por meio de prerrogativas e sujeições, as quais, nesse caso, se mostram diferentes daquelas que compõem os demais contratos administrativos, em razão da intensidade do interesse público posto no vínculo concedente-concessionário. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*: Concessões, parcerias, permissões e autorizações. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 86-92)

5. "Excepcionalmente, admite-se que as concessões regidas pela Lei 8.987/1995 sejam financiadas com parcelas de recursos públicos, em complemento ao pagamento das tarifas ou dos preços

Diferentemente do que ocorre com as concessões comuns, as parcerias público-privadas, regidas pela Lei nº 11.079/2004, se dividem em concessões patrocinadas ou administrativas, e contam com contraprestações do poder público. No caso da concessão patrocinada, as tarifas cobradas dos usuários não são suficientes para ressarcir os investimentos, sendo conceituadas na lei como as concessões de que trata a Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995), "quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado"[6].

Ao passo que, na concessão administrativa, a integralidade da remuneração se dá pelo poder público, pois a natureza do serviço leva à inconveniência ou impossibilidade de cobrança de tarifa dos usuários.[7] Assim, são conceituadas como "contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".[8]

No Brasil, os contratos de concessão possuem os mais distintos e complexos objetos, sendo especialmente relevantes para o presente estudo aqueles atinentes à infraestrutura, entre os quais destacam-se as concessões de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, serviços de telefonia fixa comutada (STFC)[9], bem como, ainda, as concessões de energia elétrica.[10]

---

e das receitas ditas acessórias. É a denominada concessão subsidiada. São as hipóteses nas quais a delegação de um serviço público ou de uma obra pública não se sustenta apenas com o pagamento das tarifas ou dos preços e das receitas acessórias, demandando também uma complementação de recursos do poder concedente." (GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 36).

6. *Cf*. Art. 2º, §1º, Lei nº 11.079/2004.

7. Justamente por conta dessa característica não autofinanciável é que as concessões patrocinadas e administrativas se mostram residuais, em relação às concessões comuns. Nas palavras de Flávio Amaral Garcia: "Esta modalidade contratual apresenta nítida feição residual, ou seja, toda vez que o serviço público for autofinanciável deverá preferencialmente ser adotada a concessão comum da Lei nº 8.987/1995" (GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 41).

8. *Cf*. Art. 2º, §2º, Lei nº 11.079/2004.

9. Como será visto mais adiante, apenas o serviço de telefonia fixa comutada (STFC) se dá mediante o formato de concessão, sendo a telefonia móvel submetida ao regime de autorização, conforme art. 144-A, da Lei 9.472/1997.

10. Embora não seja o foco do presente estudo, deve-se mencionar, ainda, a existência de parcerias entre poder público e privado também nos setores de infraestrutura social, como, exemplificativamente, as áreas de saúde e educação. Nas palavras de Alexandre Aragão, serviços públicos sociais seriam aquelas atividades assistenciais e culturais que, embora prestadas pelos particulares, não poderiam deixar de serem igualmente prestadas pelo Estado: "O Estado, no entanto, por impossibilidade desses atores não estatais atenderem de forma integral as exigências da sociedade, muitas vezes constitucionalmente positivadas, não poderia deixar de atende-las, deixando-as novamente apenas com a iniciativa privada e com o terceiro setor. A partir de então, essas atividades passaram a ser chamadas de serviços públicos (sociais ou culturais) quando prestadas, e não apenas fiscalizadas, pelo Estado. Elas possuem a peculiaridade de poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147).

Flávio Amaral Garcia destaca que, contemporaneamente, vive-se uma abertura dialógica inclusive no momento de construção do projeto concessional, a exemplo do procedimento de manifestação de interesse (PMI), bem como das audiências e consultas públicas. Os operadores econômicos atuam de forma ativa na estruturação dos projetos concessionais, principalmente aqueles dotados de maior complexidade, sendo esta, inclusive, uma maneira eficaz de redução das assimetrias de informações entre setor público e privado. Defende-se, assim, um diálogo pré-contratual entre poder público e agentes privados.[11]

Pertinente, contudo, o alerta do autor quanto ao fato de que o diálogo no momento da estruturação não torna esses contratos dotados do mesmo grau de negociabilidade dos contratos privados, de forma que os contratos de concessão não são inteiramente horizontais. Isso se dá não apenas em função dos direitos e deveres de ordem pública e das prerrogativas administrativas presentes nos contratos públicos, mas também em função das limitações e restrições impostas pela realização de licitação. Assim, "a palavra final será sempre do poder concedente, não deixando, portanto, o contrato de concessão de se qualificar como um efetivo contrato administrativo e, por conseguinte, permeado de assimetrias incomuns ao direito privado". [12]

2.1 MUTABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO, INCOMPLETUDE CONTRATUAL E TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS

Das explanações acima, pode-se dizer que, entre as principais características desses contratos, tem-se a *complexidade* de seus objetos, bem como o *longo prazo* de sua vigência, necessário à amortização dos elevados investimentos que geralmente são exigidos para disponibilização ou manutenção da infraestrutura. Tais características se relacionam com os quatro eixos de análise realizados a seguir, atinentes à sua intrínseca *multilateralidade* e *mutabilidade*, ao seu caráter *incompleto*, bem como à sua categorização como um contrato *relacional*.

11. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão.* São Paulo: Malheiros, 2021, p. 79; GARCIA, Flávio Amaral. Por que não pensar em um diálogo pré-contratual? *Agência Infra*, 24 out. 2025. Disponível em: https://agenciainfra.com/blog/por-que-nao-pensar-em-um-dialogo-pre-contratual/. Acesso em: 13 nov. 2025.

12. GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 74-78.

A *multilateralidade*[13] do contrato de concessão se dá, em suma, em função do plexo de interesses que se conectam a esse contrato, não se restringindo apenas aos interesses do poder concedente e do concessionário. [14] Tem-se, exemplificativamente, os interesses dos usuários, das financiadores, das seguradoras, dos acionistas, bem como dos subcontratados e demais sociedades empresariais afetadas direta ou indiretamente pelo serviço.[15]

A *mutabilidade* de tais contratos administrativos, por sua vez, decorre diretamente do fato de serem estes contratos considerados complexos, de longo prazo e incompletos. Por essa razão, demandam certa abertura à alteração, não apenas em razão da impossibilidade ou inconveniência de se antever todos os eventos que podem vir a impactar ao longo das décadas de vigência do ajuste, mas também para que este seja adequado à realização do interesse público[16], sempre plúrimo, complexo e dinâmico.

A mutabilidade desses contratos se dá, em grande medida, em razão de serem também *incompletos*, caráter reconhecido aos contratos de concessão, na esteira das teorias econômicas desenvolvidas por Ronald Coase, Oliver Williamson e Oliver Hart.[17]

---

13. Egon Bockmann Moreira classifica como dissimétrico o vínculo primário estabelecido entre concedente e concessionário, uma vez que cada uma das partes é simultaneamente titular de direitos e deveres perante a outra, nos termos definidos pela legislação e pelo contrato. Acrescenta, no mesmo sentido que aqui exposto, as seguintes relações que se ligam ao contrato de concessão: "Existem, portanto, competências das autoridades públicas vinculadas ao contrato (titular do serviço, concedente, regulador); direitos subjetivos públicos das partes signatárias (concedente e concessionário) e de terceiros imediatos (v.g. usuários, acionistas da SPE, pessoa política titular do serviço que transferiu sua posição contratual ativa por meio de convênio), além dos direitos subjetivos privados e/ou públicos de terceiros mediatos e/ou distantes (v.g. relações de direito ambiental; associações de usuários; financiadores do projeto) – os quais germinam e se projetam na relação jurídica da concessão, bem como nela encontram explicação." (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*: Concessões, parcerias, permissões e autorizações. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 283).

14. DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 174.

15. Sobretudo em projetos concessionais estruturados sob o modelo de *Project Finance*, em que a decisão do agente financeiro se dá com base na capacidade de o projeto gerar renda, sendo essas receitas futuras do próprio empreendimento que lastreiam o financiamento, forma-se uma rede de contratos coligados que dependem do sucesso da concessão. (GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 90).

16. Adota-se, aqui, o entendimento exposto por Odete Medauar, segundo o qual o interesse público diz respeito "ao fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões", embora conclua pela impossibilidade de se chegar a uma definição jurídica precisa, uma vez que "tal noção não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível". É possível, no entanto, na mesma linha adotada pela autora, associar o conceito ao que "deveria ser o bem de toda a coletividade, a uma percepção geral das exigências da comunidade" (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3 ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 231-232).

17. Neste ponto, destaca-se que as teorias econômicas serão trazidas neste livro apenas em linhas gerais, com foco nas suas aplicabilidades expostas pela doutrina jurídica, abordando-se o tema à luz da disciplina das concessões.

Segundo esses autores, em um cenário ideal da escola econômica clássica, o contrato, por si só, era percebido como um meio eficiente para alocação de riscos, presumindo indivíduos livres, em condições igualitárias, e com informação plena sobre os aspectos relevantes da operação[18]. Nesse plano, o papel do direito seria apenas o de garantir efetividade e respeito ao pactuado entre as partes, presumindo-se o contrato, então, um instrumento completo. Ronald Coase, Oliver Williamson e Oliver Hart, contudo, demonstraram o equívoco da crença segundo a qual seria possível confeccionar contratos completos, "haja vista que, em se tratando de ajustes de longo prazo, os custos de transação envolvidos inviabilizam a sua concepção",[19] sendo tais custos ainda agravados em função da racionalidade limitada das partes, do seu oportunismo e da assimetria de informações existentes no momento de celebração do instrumento contratual.

Sobre o tema, Vinícius Klein expõe a polêmica atinente à fonte da incompletude contratual. Segundo afirma, a incompletude é questão diversa da racionalidade limitada, porém, "o desafio da formalização adequada da racionalidade limitada é um ponto relevante para o avanço da teoria dos contratos incompletos", pois, embora a teoria de Hart e Holmström tenha justificado a incompletude por outros caminhos, os autores não negam que ela poderia ser atribuída, também, à racionalidade limitada dos agentes.[20]

Sustentam, segundo Klein, contudo, que a incompletude não derivaria propriamente da "deficiência computacional dos agentes", mas sim da dificuldade de se antever os eventos futuros que podem vir a impactar o contrato. O problema básico a ser resolvido, então, é o "alinhamento *ex ante* das soluções que maximizam os ganhos dos contratantes *ex post*".[21]

Assim, os contratos seriam, em regra, incompletos, pois nem todas as contingências podem ser especificadas, sendo praticamente impossível a

18. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 40.

19. ALENCAR, Letícia Lins de. *Mutação na Concessão.* Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 49.

20. KLEIN, Vinicius. *Economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 118-121.

21. "Em linhas gerais, a solução padrão produzida pelos modelos de contratos incompletos é a seguinte: definição de direitos residuais de decisão para um dos agentes e mecanismos que são capazes de delinear futuras renegociações/revisões dos termos contratuais, quando da ocorrência da contingência. Deste modo, a teoria dos contratos incompletos não é a construção de um contrato eficiente que irá garantir a confiabilidade necessária para que o nível de investimentos ótimo seja atingido, mas sim o direito de propriedade ou direitos de decisão ou controle sobre os ativos específicos." (KLEIN, Vinicius. *Economia dos contratos*: uma análise microeconômica. Curitiba: Juruá, 2006, p. 120).

confecção de um contrato que antevê as ações específicas a serem tomadas, em todas as possíveis eventualidades.[22]

Os contratos de concessão se inserem nessa categoria de contratos incompletos, por haver diversos riscos que podem incidir sobre tais contratos, durante o seu longo prazo de execução, mas que não podem ser razoavelmente previstos quando da sua celebração. Seria especialmente difícil identificar e partilhar todos os riscos que poderiam advir da execução do contrato. Por isso, Flávio Amaral Garcia afirma que seria irrealístico imaginar uma completude contratual absoluta, sendo "quase que intuitiva a percepção de que não é possível uma perfeita cognição do futuro a partir das expectativas, dados e cenários do passado".[23]

Fernando Vernalha Guimarães também afirma que a incompletude nos contratos de concessão pode ser deliberada e estrategicamente desejada, visando à otimização da regulação contratual durante o longo prazo de vigência do contrato. Em especial, por exemplo, em relação à atualização tecnológica e ao desenho das expansões da prestação do serviço, as quais podem não ser plenamente quantificáveis quando da época da celebração do contrato.[24]

Por todo o exposto, os contratos de concessão são intrinsicamente incompletos em razão de sua longa duração; da sua alta suscetibilidade a intercorrências futuras; da cognoscibilidade limitada dos riscos; e em função do aumento dos custos de transação que pode ser gerado pelo detalhamento excessivo dos riscos. Tem-se, então, que quanto mais longo o prazo, tanto menos possível e desejável que se pretenda estabelecer um contrato completo.

Não só a incompletude, mas também o *caráter relacional* desses contratos, é um traço marcante, uma vez que tais contratos demandam a manutenção de um intenso e próximo diálogo entre poder concedente e concessionário, de modo a garantir a boa execução contratual. Embora seja essa uma característica dos contratos de concessão amplamente noticiada pela doutrina jurídica, ela advém, na realidade, também de estudos econômicos.

---

22. "The impossibility of ex ante bargaining over all aspects of the product to be delivered, that is, the incompleteness of the contract, is the source of our conclusion that the distribution of property rights has efficiency consequences." (HART, Oliver; MOORE, John. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 94, n. 4, p. 691–719, 1986, p. 719).

23. GARCIA, Flavio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 147-148.

24. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *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. 102).

Ian Macneil desenvolveu a teoria dos contratos relacionais em oposição à ideia dos contratos meramente transacionais. Para tanto, o autor exemplifica os contratos meramente transacionais como aquele firmado entre um consumidor e um posto de gasolina em uma rodovia movimentada. Nesse caso, as partes apenas esperam que elas cumpram o que lhe é devido (o fornecimento da gasolina e o pagamento do correspondente em dinheiro), não havendo relação passada ou futura a ser estabelecida entre elas. A relação, então, no momento presente, teria duas características: é curta e limitada em escopo.[25]

O autor opõe tal contrato a um casamento tradicional, que engloba o que aconteceu no passado, o presente, e o que se espera do futuro. Esse iter contínuo forma a relação contratual e, ainda que as partes não tenham plena consciência dessa troca, ela possui um caráter econômico e social. Esse seria, então, um contrato relacional.[26]

Em seguida, recorre à sociologia para distinguir entre relações primárias e não primárias, a fim de ilustrar sua teoria relacional dos contratos. As relações primárias são aquelas em que os indivíduos interagem como pessoas inteiras, únicas e insubstituíveis, permitindo o envolvimento emocional e o reconhecimento da complexidade do outro. Tais relações se caracterizam por uma comunicação profunda, sem restrições temáticas, e pela busca de satisfação pessoal e bem-estar mútuo, características ligadas, segundo o autor, aos contratos relacionais.

Em contraste, as relações não primárias – como as que tradicionalmente se pressupõem nos contratos meramente transacionais – são formais, limitadas em escopo, transferíveis e orientadas para fins específicos e instrumentais.[27]

Macneil argumenta que muitos contratos reais se assemelham mais a relações primárias do que a trocas impessoais, pois envolvem confiança, adaptação contínua e interesses interpessoais de longo prazo. Ao propor essa analogia, ele desafia a visão clássica do contrato como um evento isolado, racional e completo, e defende que os contratos devem ser compreendidos dentro do contexto social e relacional em que se desenvolvem.[28]

A premissa dos contratos relacionais, conforme resumida por Augusto Neves Dal Pozzo, seria simples: nos contratos em que as partes estarão vinculadas por um longo prazo, é esperado que atuem de modo convergente, ainda que permaneça um traço de sinalagma na relação. Isso porque há a necessidade de

25. MACNEIL, Ian R. The many futures of contracts. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 691-816, 1974, p. 720.

26. MACNEIL, Ian R. The many futures of contracts. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 691-816, 1974, p. 721.

27. MACNEIL, Ian R. The many futures of contracts. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 691–816, 1974, p. 722.

28. MACNEIL, Ian R. The many futures of contracts. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 691–816, 1974, p. 722.

atuação das partes no sentido de preservar o contrato, não apenas para realizar os seus objetivos individuais.[29]

Para Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, o reconhecimento da incompletude dos contratos e dos elevados custos para superação dessas assimetrias informacionais tornou necessária a interação entre teoria econômica e o direito dos contratos. É nesse contexto, então, que os contratos relacionais adquirem mais relevância, pois se reconhece, nesses tipos contratuais, o potencial de se alcançar uma redução nos custos de transação e um desincentivo a condutas oportunísticas, por serem esses contratos frutos de relações de trato sucessivo e em que se incentiva a confiança entre as partes.[30]

Trata-se de perspectiva que se mostrou fundamental para pensar contratos complexos e duradouros, como concessões, parcerias público-privadas e relações empresariais estratégicas.

A teoria dos contratos relacionais, aplicada aos contratos incompletos, defende, então, "o reconhecimento da mutabilidade como a mola mestra para a construção de uma dinâmica contratual mutável e permanentemente cambiável que decorre de relações duradouras, complexas e multilaterais"[31].

De todo o exposto, é intuitivo perceber que a negociação entre poder concedente e concessionário se coloca como uma figura sempre presente na relação entre as partes de um contrato relacional e de longo prazo. É ela que vai pautar não apenas as formas de realização do interesse público, inclusive mediante a especificação de algumas das obrigações das partes, bem como estará presente nas alterações formais desses contratos[32].

---

29. Haveria, segundo o autor, quatro princípios relacionados à teoria dos contratos relacionais: (i) integridade do papel dos contratantes, (ii) preservação da relação, (iii) harmonização do conflito relacional e (iv) as normas supracontratuais. Há, então, interesses individuais, mas as relações são cooperativas, pautadas por uma solidariedade contratual, o que torna relevante a harmonização dos conflitos para preservação da relação. Assim, esses contratos ensejam relações expansivas, comparáveis a minissociedades – de forma que sua regulamentação não se esgotará no próprio contrato. (DAL POZZO, Augusto Neves. *O direito administrativo da infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 112).

30. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 48.

31. GARCIA, Flavio Amaral. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 149.

32. Acerca da possibilidade de negociação acerca das formas de realização do reequilíbrio econômico-financeiro, são relevantes os apontamentos de Rafael Wallbach Schwind: "A definição da forma de reequilíbrio é uma questão de evidente relevância prática. Reequilibrar um contrato administrativo de uma forma ou de outra produz efeitos diversos, que afetam o próprio cotidiano da exploração da concessão (centramo-nos aqui nas concessões e contratos afins, dadas sua maior complexidade e variedade de situações). É intuitivo que, para as partes de um contrato de concessão, faz muita diferença a definição da forma de recomposição da equação. Os custos e as formas de se lidar com cada solução apresentam diferenças marcantes. Outro fator a ser considerado é que os contratos de concessão têm se desenvolvido nas últimas décadas no sentido da adoção de engenharias financeiras complexas, tudo de forma a viabilizar a exploração de um serviço de forma economicamente mais racional. Afinal, maior racionalidade econômica tem a potencialidade de proporcionar a prestação de serviços mais baratos e eficientes." (SCHWIND, Rafael Wallbach. A definição da forma de reequilíbrio sempre caberá ao poder concedente? Por uma revisitação do dogma à luz da consensualidade e da lógica econômica. *Jota.* 02 jul. 2024. Disponível em: . Acesso em 29 jul. 2024).

Isso porque tais relações duradouras, como bem colocado por Giuliana Bonanno Schunk, são "relações de confiança e dependência, de elevada complexidade, que se destacam pelo dinamismo e pelo efetivo desenrolar do programa contratual"[33]. Nesse contexto, percebe-se que as partes visam "domesticar eventos futuros", por meio da celebração de um contrato com vistas a disciplinar, no tempo presente, como será o amanhã.[34]

Vê-se, assim, que o diálogo próximo a ser mantido entre poder concedente e concessionários é essencial em um contexto de contratos que se caracterizam por serem mutáveis, incompletos e, ainda, relacionais, por demandarem a construção de uma relação duradoura e de cooperação, pautada na confiança e na boa-fé das partes.

É comum, no entanto, que, ao longo da sua execução, tais contratos passem por problemáticas envolvendo o atendimento do interesse público ou a sua viabilidade econômica e financeira. Como afirmam Carlos Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sarmento, há algumas características que tornam tais contratos especialmente vulneráveis à incerteza inerente aos seus longos prazos. Por exemplo, o elevado valor de investimentos com custos afundados, a grande suscetibilidade a variações de procura (em especial em projetos *greenfield*, mediante construção de uma nova infraestrutura), bem como a grande exposição às variações financeiras e de cenário político.[35]

Esses distintos fatores de desequilíbrios e dificuldades no curso da execução contratual podem ser meramente pontuais, atinentes a riscos previstos na matriz de riscos e sanáveis pela via do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou estruturantes, dizendo respeito a cláusulas essenciais do contrato. Além de diferentes motivos e formatos, as alterações também dependerão do regime regulatório predominante naquele setor, como se verá a seguir.

---

33. SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 36.

34. "Em realidade, como sustenta Carneiro da Frada, o contrato de longa duração representa 'simples acordo-quadro de um relacionamento prolongado que se projecta (*sic*), para além do intercâmbio de prestações, num amplo programa de cooperação entre sujeitos com vista a objetivos comuns'. Interessante a forma como o autor aborda o contrato de longo prazo como se fosse apenas um contrato-quadro, cujos contornos efetivos acabam se ajustado ao longo da dinâmica da relação contratual. Dessa forma, a rigidez do texto contratual muitas vezes se mostra inadequada ou incompatível com os contratos de longo prazo, havendo a necessidade de flexibilização, em razão de novas circunstâncias e realidades, ou mesmo de complementação de conteúdo, em razão de sua incompletude, como trataremos mais adiante. A dificuldade de se harmonizar as condições escritas com a dinâmica contratual da prática mostra a tensão existente nos contratos de longo prazo. Assim, o contrato de longo prazo exige das partes uma contínua renegociação e adaptação." (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35).

35. CRUZ, Carlos Oliveira; e SARMENTO, Joaquim Miranda. *Manual de Parcerias Público-Privadas e Concessões.* 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 456.