



Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

ALLAN MAGALHÃES MACHADO

**A FRATERNIDADE E OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS:  
consensualidade no processo de otimização de contratos de  
concessão de infraestrutura rodoviária**

*Fraternity and Administrative Disputes: the role of consensuality in optimizing road infrastructure  
concession contracts*

Brasília  
2025

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**A FRATERNIDADE E OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS: a  
consensualidade no processo de otimização de contratos de  
concessão de infraestrutura rodoviária**

Autor: Allan Magalhães Machado

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho

Dissertação apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Mestre no curso  
de Mestrado em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 28 de maio de 2025.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

ALLAN MAGALHÃES MACHADO

## **A FRATERNIDADE E OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS: consensualidade no processo de otimização de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

### BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho  
(Orientador – Presidente)

---

Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca  
(Membro)

---

Prof. Dr. André Augusto Giuriatti Ferraço  
(Membro)

## Agradecimentos

Aos meus Pais, José e Sirley, pela família sólida na qual cresci, por todos os ensinamentos e por representarem os maiores exemplos de dedicação, integridade e respeito.

Ao Andi, pelo companheirismo, paciência, apoio irrestrito e incentivo, mesmo quando não pude estar presente em diversos momentos para dedicar-me aos estudos e ao trabalho.

Aos meus familiares e amigos, pelo carinho, torcida constante e por vibrarem juntos em todas as realizações.

À minha querida amiga Raquel, confidente e companheira para todas as horas, com a qual sonhei junto um dia cursar o Mestrado e tive o privilégio de ingressar no mesmo período e compartilhar essa jornada até aqui.

Ao Chopin, pela presença constante nas rotinas de estudo e por ser um símbolo de alento e carinho para tornar os dias mais leves e felizes.

Aos Professores, servidores e colegas da UnB, em especial ao Prof. Mamede Said Maia Filho pela compreensão, incentivo e motivação.

Aos colegas do Ministério dos Transportes, Viviane, Fernanda, Rafael, Kassio, Mariana, Rogério, Eliete, Otávio e Naiara, pelo incentivo, auxílio técnico, orientação, suporte e apoio na conciliação da rotina de estudos.

“De uma coisa eu estou seguro, se abirmos uma discussão entre o passado e o presente, acabaremos por perder o futuro.

*Winston Churchill em discurso na Câmara dos Comuns, 18 de junho de 1940*

## Ficha Catalográfica

xxxxxxx Magalhães Machado, Allan.  
A FRATERNIDADE E OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS: consensualidade no processo de otimização de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária. Allan Magalhães Machado; orientador Maia Filho, Mamede Said. - - Brasília, 2025.  
101 p.

Dissertação (Mestrado - Direito) - - Universidade de Brasília, 2025.

1. Fraternidade. 2. Sociedade e conflito. 3. Consensualismo. 4. Risco Moral 5. Concessões Públicas. I. Mamede Said Maia Filho, orient. II. A FRATERNIDADE E OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS: consensualidade no processo de otimização de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária.

## Referência Bibliográfica

MACHADO, A.M.. (2025). A FRATERNIDADE E OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS: consensualidade no processo de otimização de contratos de concessão de infraestrutura rodoviária. Dissertação. Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 101 p.

## Sumário

Introdução .....	13
Capítulo 1 – A busca por uma sociedade fraterna .....	17
O contexto do surgimento da fraternidade como princípio	17
Uma nova abordagem: o Constitucionalismo Fraterno	20
A importância do papel individual na concretização de direitos fundamentais em uma sociedade plural	30
Capítulo 2 - Sociedade e conflito: autocomposição .....	34
O conflito como fenômeno caracterizador da sociedade	34
O consenso como recurso para autocomposição	39
A solução pacífica de controvérsias na constituição brasileira	43
Panorama do litígio judicial no Brasil e a adoção da conciliação	47
A crise no direito administrativo e a necessidade de novas abordagens	52
Capítulo 3 – Otimização de contratos de concessão .....	57
Panorama do mercado de concessões rodoviárias no Brasil	57
Porque os contratos de concessão entram em crise: as causas de mutabilidade	66
Ativos Estressados no âmbito da ANTT	70
Relicitação e prorrogação contratual – uma nova abordagem	72
Otimização contratual – uma nova abordagem através do consenso	74
Assimetrias de Informação e Risco Moral – mecanismos de tratamento adotados no processo de otimização contratual	84
Conclusão .....	91
Referências Bibliográficas .....	95

## Resumo

O princípio da fraternidade é um preceito constitucional que surge com o objetivo de reacender um propósito de amadurecimento do ser social, através da percepção e da visão altruísta de deveres fundamentais e do outro como detentor de direitos, os quais, como indivíduos ou instituições, devem buscar a pacificação de seus conflitos e a solução de disputas para viabilizar um convívio harmônico e construtivo enquanto membros de uma sociedade complexa e multifacetada. O monopólio da tutela de solução de conflitos da sociedade pela jurisdição estatal entrou em crise devido à elevada demanda e ao desvirtuamento de seu sentido, o qual não é capaz de apresentar a melhor solução para todos os casos concretos, necessários em um ambiente plural. O surgimento de métodos adequados de resolução de disputas que priorizem o consenso representa um importante mecanismo de expressão da sociedade fraternal, pautada por valores de justiça e alteridade e tem apresentado resultados práticos consistentes no âmbito da justiça. A resolução de disputas na égide da Constituição de 1988 não pode ser alheia aos princípios e valores presentes naquela Carta, razão pela qual o próprio Estado deve pautar suas ações para utilizar-se de métodos mais eficientes na resolução de suas contendas voltadas à execução de suas políticas públicas. No que concerne ao Direito Administrativo, a evolução das relações sociais tem demandado uma transformação do relacionamento entre entes públicos e privados, com um necessário reposicionamento da postura de unilateralidade das decisões e nos mecanismos de transação voltados à consecução do interesse público. O ambiente de concessões rodoviárias brasileiro, representado pelo PROCROFE, tem experimentado desafios relacionados às mudanças conjunturais, do ponto de vista econômico, regulatório, político, técnico e social, esperados em ajustes de longo prazo, os quais geram conflitos de diversas ordens e demandam ações eficazes por parte da Administração para garantir o equilíbrio necessário na relação contratual e a entrega dos resultados esperados para a sociedade. O Ministério dos Transportes tem atuado de forma proativa para estabelecer as políticas necessárias a subsidiar a resolução de conflitos nesses contratos, inovando ao estabelecer, juntamente com o Tribunal de Contas da União e demais órgãos, um modelo de solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, de forma a encontrar o reequilíbrio entre obrigações e contrapartidas de forma negociada, com foco na pacificação da relação contratual. Neste contexto, em face da novidade do modelo solução consensual, buscou-se tratar dos mecanismos contratuais para mitigação da assimetria de informações no contexto do acordo estabelecido através de consenso, que podem desencadear comportamentos indesejados por atores envolvidos, buscando estabelecer um equilíbrio entre incentivos, negociações e obrigações

Palavras-chaves: Fraternidade, sociedade e conflito, consensualidade, risco moral, concessões públicas

## Abstract

The principle of fraternity is a constitutional precept that arises with the objective of rekindling a purpose of social maturity through the perception and altruistic vision of fundamental duties and of the other as a rights holder. Individuals and institutions alike must seek the pacification of their conflicts and the resolution of disputes to enable a harmonious and constructive coexistence as members of a complex and multifaceted society. The monopoly of conflict resolution by the state jurisdiction has entered into crisis due to high demand and the distortion of its purpose, as it is not always capable of providing the best solution for every concrete case required in a pluralistic environment. The emergence of appropriate dispute resolution methods that prioritize consensus represents an important mechanism for expressing a fraternal society, guided by values of justice and otherness, and has yielded consistent practical results within the justice system. Dispute resolution under the aegis of the 1988 Constitution cannot be indifferent to the principles and values present in that Charter. Therefore, the State itself must guide its actions towards using more efficient methods in resolving its disputes related to the execution of public policies. In Administrative Law, the evolution of social relations has required a transformation in the relationship between public and private entities, necessitating a repositioning of the unilateral stance in decision-making and transactional mechanisms aimed at achieving the public interest. The Brazilian highway concession sector, represented by PROCROFE, has faced challenges related to economic, regulatory, political, technical, and social changes—typical of long-term adjustments. These changes generate conflicts of various kinds and require effective actions from the Administration to ensure the necessary balance in contractual relationships and the delivery of expected results to society. The Ministry of Transport has acted proactively in establishing policies to support conflict resolution in these contracts. It has innovated by collaborating with the Federal Court of Accounts and other institutions to create a consensual conflict resolution model within the administrative sphere. This model seeks to restore balance between obligations and counter-obligations through negotiation, focusing on pacifying contractual relations. In this context, given the novelty of the consensual resolution model, efforts have been made to address contractual mechanisms aimed at mitigating information asymmetry within the consensus-based agreement. This asymmetry could lead to undesirable behaviors from involved parties. Thus, the goal is to establish a balance between incentives, negotiations, and obligations.

Keywords: Fraternity; Society and conflict; Consensuality; Moral hazard; Public concessions

## Lista de Tabelas

Tabela 1	Concessões da 1ª Etapa .....	59
Tabela 2	Concessões da 2ª Etapa .....	62
Tabela 3	Auditoria TCU de Concessões da 2ª Etapa.....	63
Tabela 4	Concessões da 3ª Etapa.....	64
Tabela 5	Concessões da 4ª Etapa.....	65
Tabela 6	Processos Arbitrais em andamento na ANTT.....	73
Tabela 7	Processos Arbitrais arquivados na ANTT.....	73
Tabela 8	Processos de Otimização em andamento.....	83

## Lista de Figuras

Figura 1	Série histórica dos casos novos e processos baixados.....	48
Figura 2	Série histórica do número de casos novos por mil habitantes.....	49
Figura 3	Série histórica do tempo médio de duração dos processos.....	50
Figura 4	Série histórica do tempo médio de duração dos processos – justiça federal	50
Figura 5	Infográfico do rito processual da solução consensual no TCU.....	81
Figura 6	Infográfico com prazos e etapas da solução consensual no TCU.....	82

## Lista de Siglas e Abreviaturas

<i>AGU</i>	<i>Advocacia Geral da União</i>
<i>ANTT</i>	<i>Agência Nacional de Transportes Terrestres</i>
<i>CF</i>	<i>Constituição Federal</i>
<i>CNI</i>	<i>Confederação Nacional da Indústria</i>
<i>CNJ</i>	<i>Conselho Nacional de Justiça</i>
<i>CPC</i>	<i>Código de Processo Civil</i>
<i>DNER</i>	<i>Departamento Nacional de Estradas e Rodagem</i>
<i>DNIT</i>	<i>Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes</i>
<i>FEPAM</i>	<i>Fundação Estadual de Proteção Ambiental</i>
<i>JF</i>	<i>Justiça Federal</i>
<i>OGU</i>	<i>Orçamento Geral da União</i>
<i>ONU</i>	<i>Organização das Nações Unidas</i>
<i>PER</i>	<i>Plano de Exploração Rodoviária</i>
<i>PROCROFE</i>	<i>Programa de Concessões de Rodovias Federais</i>
<i>SECEX</i>	<i>Consenso, Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos</i>
<i>RCR4</i>	<i>Regulamento de Concessões Rodoviárias – 4</i>
<i>RRR</i>	<i>Regime de Recuperação Regulatória</i>
<i>STF</i>	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>
<i>TIR</i>	<i>Taxa Interna de Retorno</i>

## Introdução

O estudo busca descrever aspectos referentes ao modelo de otimização contratual implementado no Ministério dos Transportes e os mecanismos utilizados para tratamento do risco moral na utilização da consensualidade para renegociação de contratos de concessão de rodovias perante o Tribunal de Contas da União, partindo-se do referencial teórico da influência do princípio da fraternidade na estruturação e funcionamento da sociedade contemporânea, especialmente no que diz respeito à resolução consensual de conflitos.

A metodologia será descritiva a partir da contextualização do princípio da fraternidade e a sua inserção no mundo jurídico e no contexto específico brasileiro, a análise do programa de concessões rodoviárias, as recentes inovações normativas voltadas à utilização do consenso como método de solução de controvérsias e uma breve análise sobre os principais mecanismos previstos no rito que subsidia o processo de consenso no âmbito do TCU.

Busca-se também demonstrar como a adoção de métodos consensuais de solução de disputas tem contribuído significativamente para a agilidade e eficiência na renegociação de ativos de infraestrutura estressados.

Além desse objetivo principal encontram-se três objetivos específicos: a) descrever as bases teóricas que fundamentam a solução consensual de conflitos, desde o surgimento do que se conhece como princípio da fraternidade até a CF 1988 e a crise da administração; b) estabelecer um panorama do programa de concessões rodoviárias brasileiras e como o consenso se tornou uma ferramenta valiosa para impulsionar o seu desenvolvimento c) descrever o modelo e os mecanismos de mitigação do risco moral envolvido em um contexto de assimetria de informações existente na busca pelo consenso.

A justificativa para o presente estudo reside no desenvolvimento e continuidade de estudos realizados pelo autor sobre tema, em especial no que tange ao princípio da fraternidade como catalisador dos métodos consensuais na Administração Pública e mais detalhadamente na complexidade observada na busca de uma solução negociada para contratos de longo prazo, os quais estão sujeitos a variáveis econômicas, regulatórias, políticas e sociais, e que envolvem diversos

atores privados e públicos na busca de um equilíbrio econômico-financeiro contratual e a garantia do interesse público.

O problema de pesquisa se concentra na existência de contratos de concessão sem capacidade de execução de suas obrigações, com baixa performance e poucas entregas efetivas à sociedade, os chamados “ativos estressados”, cuja repactuação e solução esbarra em penalidades administrativas e demandas judiciais que perpetuam a relação contratual sob decisões provisórias.

No mesmo sentido, o uso de soluções consensuais na administração se constitui a outra parte do problema de pesquisa, devido à complexidade da transação pelo administrador em um cenário com uma grande diversidade de atores – políticos, econômicos, sociais - em contratos de elevado montante, permeado pelo fenômeno da paralisia e infantilização do gestor público.

A assimetria de informações e o risco moral foram objeto de análise específica pois a solução consensual neste caso objetiva repactuar a relação contratual que poderá continuar existindo e não apenas resolver uma disputa específica, razão pela qual os incentivos podem gerar comportamentos adversos no futuro, o que demanda medidas específicas para coibi-los.

Como método de procedimento foi utilizado o método histórico, a partir da investigação de fenômenos sociais e humanos nos seus processos, averiguando-os junto às instituições do passado a fim de verificar os possíveis graus de influência na sociedade e procedimentos atuais, além das inovações do ambiente regulatório que se insere no contexto atual. O presente estudo não almeja debater teorias que envolvem o reconhecimento da fraternidade como princípio político ou jurídico. Parte-se do pressuposto doutrinário que a fraternidade é um princípio constitucional, sendo a sua expressão materializada em normativos e entendimentos jurisprudenciais que culminaram nos métodos de soluções por meio do consenso.

O Capítulo 1 se propõe a contextualizar o cenário da Revolução Francesa, marco histórico que consagrou o termo “fraternidade” como categoria política, integrando-o à consagrada tríade “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Serão abordadas as origens do constitucionalismo fraterno, bem como as principais contribuições doutrinárias que conferem ao princípio da fraternidade o status de categoria jurídica, com ênfase em seu desenvolvimento e aplicação na legislação brasileira contemporânea. O objetivo central é compreender de que modo o princípio

da fraternidade evoluiu paralelamente à conformação de uma nova ordem social, impulsionada pelos movimentos revolucionários burgueses do século XVIII, passando a integrar os textos constitucionais dos Estados modernos como elemento catalisador dos princípios da liberdade e da igualdade — valores fundantes das aspirações sociais em processo de consolidação. Analisa, ainda, como a evolução dos modelos estatais contribuiu para a formulação do conceito de direitos fundamentais nas constituições mais recentes, processo que culmina no denominado constitucionalismo fraterno. Por fim, discute-se a imprescindibilidade do reconhecimento dos deveres fundamentais, enquanto expressão do ideal de uma sociedade fraterna, fundada na compreensão do outro como sujeito de direitos, considerando a sua inserção no tecido social e a forma como interage com a coletividade.

O Capítulo 2 se dedica à análise da complexidade inerente a uma sociedade composta por indivíduos portadores de interesses, necessidades e condições heterogêneas, realidade que se revela especialmente propensa à eclosão de conflitos. Nesse cenário, destaca-se o papel central desempenhado pelo Estado ao assumir o monopólio da jurisdição na resolução das controvérsias sociais, o que historicamente conduziu à concentração das expectativas sociais na via judicial como principal forma de obtenção de respostas às demandas coletivas e individuais. Busca-se, ainda, apresentar um panorama introdutório sobre os mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, notadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem, os quais encontram respaldo normativo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como em diplomas infraconstitucionais que promovem sua adoção no ordenamento jurídico. Com o objetivo de contextualizar a aplicação desses instrumentos no âmbito do sistema de justiça, delinea-se um breve histórico da cultura da conciliação no Brasil, acompanhado da exposição de dados sobre a efetividade desses métodos e das principais iniciativas promovidas por instituições do Poder Judiciário no sentido de fomentar sua utilização. Tais medidas visam, em última análise, à promoção de uma cultura de pacificação social fundada no consenso e na racionalização da litigiosidade.

Neste contexto, apresenta-se os desafios semelhantes enfrentados no Direito Administrativo e na forma de relacionamento entre o Estado e os entes privados, notadamente no que se refere aos conceitos de unilateralidade das decisões e a

indisponibilidade do interesse público, as quais tem sofrido transformações para abrigar a evolução e as novas necessidades da sociedade atual.

O Capítulo 3 traça um panorama sobre o programa de concessões rodoviárias brasileiro, o qual representou a transformação do estado em relação à prestação de serviços públicos e como o cenário econômico, político, social e regulatório modificou as diversas fases do PROCROFE e impulsionou a criação de mecanismos legais e regulatórios para abarcar as modificações necessárias. Buscou-se ainda abordar as causas de mutabilidade dos contratos de concessão tratados na literatura e como esse cenário tem se desenvolvido e impactado os contratos existentes no contexto da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. Em seguida, será apresentada a experiência da ANTT em relação à busca por uma solução negociada que iniciou na edição da Lei de Relicitações e Prorrogações e culminou na Portaria nº 848/2023 do Ministério dos Transportes, o qual estabeleceu o mecanismo da “otimização” contratual em alinhamento ao modelo de solução consensual criado pelo Tribunal de Contas da União, com o surgimento da SECEXConsenso. Será analisado, ainda o contexto da assimetria de informações e os mecanismos implementados para coibir o risco moral envolvido no processo de solução consensual, dada a condição de permanência da relação jurídica após a negociação.

## Capítulo 1 – A busca por uma sociedade fraterna

### O contexto do surgimento da fraternidade como princípio

A França, assim como grande parte do ocidente, enfrentava, no período pré-revolução burguesa, o domínio de um poder absolutista, representado por uma nobreza e clero cada vez mais privilegiado, poderoso e explorador, indiferentes da realidade social das demais classes, sob um sistema judicial e econômico que reforçava tais privilégios, às custas de uma população cada vez mais miserável, insatisfeita com as condições de vida e uma crescente burguesia detentora de considerável poder econômico porém carente de participação política na sociedade de então. O princípio da fraternidade começou a ser delineado enquanto elemento norteador da formação de uma sociedade moderna a partir dos movimentos da revolução burguesa de 1789, na qual os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade são conclamados durante o movimento como lema das aspirações de uma nova ordem social e econômica em formação, ainda que não reconhecidas formalmente como sentimento do corpo sociopolítico francês do período (MACHADO, C. 2017, p.24).

O surgimento do pensamento iluminista, materializado nos discursos de Robespierre, Diderot, Jacques Rousseau e outros filósofos, fizeram despontar o questionamento quanto às bases da sociedade existente, seu contexto político, econômico, jurídico, científico e religioso, culminando em um forte movimento revolucionário de oposição ao modelo vigente e de transformação da concepção de cidadania e na ordem social. Conforme Machado (2017, p.23), a revolução francesa não pode ser identificada como um evento, mas sim um período de intensas transformações, que efetivamente significou um marco na história da humanidade e delimitou o início da Idade Contemporânea. Cabe salientar que as aspirações de uma sociedade pautada por liberdade, igualdade e fraternidade não foram um processo determinado por princípios pré-estabelecidos unicamente, mas parte de um processo que se desenvolveu a partir das ruas e estruturou-se gradualmente<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “é comum atribuir à Revolução Francesa de 1789 a origem e o início do lançamento do lema que hoje figura vigente na Constituição Francesa de 1958: liberdade, igualdade e fraternidade. No entanto, em absoluto rigor, o slogan e a proposta revolucionária - com a participação, integral e conjuntamente, das

A Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado. Nem mesmo chegou a ter “líderes” do tipo que as revoluções do século XX nos têm apresentado, até o surgimento da figura pós-revolucionária de Napoleão. Não obstante, um surpreendente consenso de idéias gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva. (HOBSBAWN, 1962, p.66)

Os ideais revolucionários, ainda que relatados em outros períodos históricos e levados a termos políticos efetivos nas colônias francesas do Haiti e Antilhas, antes mesmo da sua disseminação e reconhecimento pleno pelo continente europeu, foram gradualmente incorporados à cultura política francesa, vindo a figurar em edifícios públicos e nas constituições posteriores, influenciando a sociedade que conhecemos hoje.

A incorporação desses ideais na cultura europeia foi ainda mais complexa quando se aborda especificamente a fraternidade. As suas origens e influências nas relações políticas e no que se entende como cidadania, remontam a períodos muito anteriores até à existência de um estado francês, com forte influência oriunda do cristianismo, principalmente no que tange à percepção de amor ao próximo de forma universal, afastado daquele ideário platônico e aristotélico de amizade<sup>6</sup> e suas correlações com laços familiares, interesses e utilidade das relações humanas. Neste sentido, aduz Machado (2017, p.41):

[...] o sentido e o alcance do *amor fraterno* apresentam-se como uma profunda novidade, destacando-se como *dom*, absolutamente gratuito, sem resquício de vinculação à utilidade ou prazer. Logo, vai muito além da *philia* ou do *Eros* grego. Outra importante característica do amor fraterno cristão é a *universalidade*. É um amor dirigido a todos, sem exclusões de qualquer natureza e absolutamente gratuito.

---

três ideias-força, valores ou princípios, ou categorias, não se apresentaram imediatamente como um sentimento incorporado no corpo sócio político francês da época. O lema que passou, a partir daquele ano, a se constituir em fundamento de quase todas as reações sociais contra o arbítrio e a opressão, do sentido mais restrito ao mais abrangente, no continente europeu e fora dele, apareceu, de fato, na França, como palavras de ordem expressas em estandartes (bandeiras) agitados em manifestações públicas, comuns à época, já em 1790 e a partir daí, espontaneamente, e não como uma linha doutrinária definida pelo movimento iluminista.” (MACHADO, C., 2017 p. 24).

<sup>6</sup> Machado (2017, p.33-40) trata de detalhar a *philia* grega em sua obra, bem como a sua relação com a amizade política, a fraternidade e os laços familiares os quais tratam de relações de interesses distintos, que se afastam do ideal de um amor ágape.

A referência notável que trouxe este conceito de fraternidade à discussão política no âmbito da revolução foi o discurso do então deputado jacobino Maximilien de Robespierre, perante a Assembleia Nacional<sup>8</sup> francesa, em 05 de dezembro de 1790 a qual havia aprovado recentemente uma distinção para compor a classe da Guarda Nacional, semelhante a um sistema de castas, na qual haveria uma divisão entre cidadãos ativos, capazes de pagar por um censo e cidadãos passivos, pobres. Neste interim, segundo Fernandez (2015), surge a ideia de fraternidade a partir do discurso contundente realizado por Robespierre, o qual apresenta a conhecida tríade que constitui o lema da revolução francesa:

A reação de Robespierre ante essa tentativa constitui o marco em que se situa a origem política da ideia de fraternidade: quando Robespierre se opôs na Assembleia Nacional, sozinho, à divisão entre cidadãos ativos e passivos, nada mais fez do que reclamar que todos os que eram reduzidos a “cidadãos passivos” (para os quais a revolução não tinha muito a oferecer - salvo alguns incompletos e passivos direitos civis - e que não podiam aspirar a um regime de igualdade e liberdade) pudessem emergir à sociedade, a uma sociedade civil do tipo republicano. A fraternidade significou um ideal de emancipação que foi parte do programa político de Robespierre, autor da legenda “liberdade, igualdade e fraternidade”.

É importante ressaltar que a objeção à distinção entre cidadãos não foi exclusividade de Robespierre, sendo também alvo de críticas posteriores por parte de Thomas Paine, outro político relevante do período revolucionário, o qual discursou<sup>10</sup> em 1795, tecendo severas críticas ao então novo texto constitucional francês, conforme transcreve Carvalho (2021, p.08):

A Constituição que vocês apresentam não é compatível com o grande propósito da Revolução, nem coerente com as opiniões dos indivíduos que a defenderam (...). A Constituição diz: ‘todo homem, nascido e residente na França, com mais de 21 anos de idade, que inscreveu seu nome no registro cívico de seu cantão, viveu pelo menos um ano no território da República, e paga alguma contribuição direta, é um cidadão da França’. Eu devo aqui perguntar, se aqueles que não se encaixam na descrição acima não são cidadãos, qual designação devemos dar ao resto da população? Na estrutura do tecido social, essa classe de pessoas é infinitamente superior à ordem privilegiada cuja única qualificação é sua riqueza ou posse de territórios. O

---

<sup>8</sup> A Assembleia Nacional Constituinte Francesa foi formada pela Assembleia dos estados gerais em 9 de Julho de 1789, nas primeiras fases da Revolução Francesa e foi dissolvida a 30 de Setembro de 1792. Uma das principais decisões desta assembleia foi a adoção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

<sup>10</sup> A íntegra do discurso de Thomas Paine na Convenção Nacional Francesa de 1795 encontra-se disponível, em língua inglesa, no site <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/paine/Volume9/279-290%20The%20Constitution%20of%201795.rtf>. Acesso em 12 dez 2024

que é o comércio sem os mercadores? O que é a terra sem o cultivo? E o que é a produção da terra sem as manufaturas?

Assim, conforme Machado (2021, p. 18) entende-se que a inexistência do pleno exercício da cidadania e a falta de reconhecimento universal dos indivíduos como sujeitos políticos e portadores de direitos constituíram uma problemática já identificada no período que fundamentou as repúblicas ocidentais modernas. Ainda assim, determinadas exclusões foram deliberadamente estruturadas pelas classes burguesas que se beneficiaram dos resultados da revolução, encarando-a como um instrumento de consolidação do poder. O reconhecimento integral dos indivíduos como titulares de direitos deveria ter sido um ideal norteador na construção de um novo modelo de sociedade política. No entanto, esse ideal não foi plenamente incorporado nos textos constitucionais promulgados posteriormente.

Nesse sentido, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade influenciaram processos históricos, econômicos e políticos ao longo dos séculos seguintes, sendo progressivamente incorporados ao ordenamento jurídico e às constituições.

### **Uma nova abordagem: o Constitucionalismo Fraternal**

Conforme Machado (2017), os textos constitucionais surgidos a partir do século XVIII foram os primeiros a refletirem as aspirações e conceitos que se desenvolveram para o surgimento das primeiras gerações de direitos fundamentais, em especial nas declarações de Virgínia em 1776 e dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

O início deste processo evolutivo ocorre com a consolidação do chamado Estado de direito ou Estado jurídico, segundo Bonavides (2007), que surge da oposição histórica entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca e alcança a sua experimentação histórica na Revolução Francesa, sendo que o antigo Estado que foi considerado o “fantasma que atemorizou o indivíduo”, passa a ser compreendido como o guardião da liberdade como direito fundamental e garantia de autonomia individual.

Ainda que a referida revolução tenha, conforme Bonavides (2007, p.54), “exprimido o triunfo da classe burguesa e a criação de uma nova ordem social, a ordem política saía daquele embate envolta no caos e na contradição das doutrinas

que derrubaram o *ancien régime*". Ainda segundo Bonavides (2007, p.43), a dinâmica da vida real em sociedade, começa a chocar-se com a rigidez deste sistema guardião imposto por uma classe burguesa para todas as demais, por meio de um regramento inflexível e pouco participativo, pautado por interesses e privilégios de uma única classe, o que faz surgir novos conflitos:

Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes.

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado Jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional.

Era a vida por demais caprichosa, dilatada e rica de expressões para conter-se nos estreitos lindes daquele leito de Procusto ou nas quatro paredes onde a doutrina da razão cuidava poder encarcerá-la

Começa daí a obra de dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das ideias pede um novo leito. Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal. (BONAVIDES, 2007, p.43)

A segunda fase desta transformação advém então do amadurecimento do ideal democrático de igualdade no contexto sociopolítico nos séculos seguintes. Segundo Machado (2007, p.124), o período que antecedeu a primeira Guerra Mundial, já no século XX, "proporcionou as condições naturalmente favoráveis para repensar o Estado e o seu papel":

A garantia formal dos direitos de liberdade não foi suficientemente capaz de impedir que os Estados e as sociedades politicamente organizadas assistissem ao progressivo agravamento das desigualdades pessoais e sociais. O Direito não poderia ficar alheio à situação. A sociedade reclamou *igualdade*. Compreendeu-se, ademais, que a liberdade jamais poderia ser assegurada sem justiça social, entre desiguais.

Assim, conforme Afonso da Silva (2005), a consolidação de um modelo constitucional de Estado Social, com a consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão, segundo a teoria geracional de Vasak, tem seu expoente conforme Machado (2007)<sup>18</sup> na Constituição de Weimar em 1919, a qual tratou de

---

<sup>18</sup> Machado, C. (2007 p. 124) cita que a Constituição do México de 1917 também trouxe inovações no campo dos direitos sociais. Ressalta ainda que, conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2006, p.35) alguns direitos da categoria social já constavam na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 e na Constituição Brasileira de 1823.

delimitar direitos sociais de prestação positiva por parte do Estado, de forma a mitigar a existência de desigualdades entre as diversas camadas sociais, intervindo de forma a compreender as diferenças e sanar as desigualdades, conforme apresenta o autor ao citar Fábio Konder Comparato:

Marcou-se, desta forma, a necessária distinção entre *diferenças* e *desigualdades*. As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente prescritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural. (MACHADO 2007, p. 125 apud COMPARATO, 2021, p. 148-167)

O surgimento desta nova dimensão<sup>20</sup> de direitos fundamentais é fruto da aceção de demandas coletivas, econômicas, sociais e culturais, a qual o Estado passa a tutelar, de forma complementar àqueles princípios individuais do modelo predominantemente liberal. A *Weimarer Verfassung*<sup>21</sup> de 1919, considerada um expoente das cartas constitucionais modernas do ponto de vista de direitos fundamentais, foi pioneira ao apresentar proteções sociais, políticas e da liberdade em uma constituição, e influenciou diversos textos ao redor do mundo. Com o estabelecimento de uma base de um estado social, é natural que os modelos constitucionais evoluam, além de moldar e refletir a sociedade contemporânea, com todos os seus costumes, necessidades, expectativas e evoluções.<sup>22</sup>

Bobbio (2004, p.10) aponta que esse processo evolutivo é gradual e parte de uma construção social contemporânea, impossível de prever antes do surgimento de necessidades, como já se apresentam a terceira e quarta geração de direitos.

---

<sup>20</sup> Segundo AFONSO, (2005, p. 6.) Karel Vasak tratou de estabelecer uma teoria geracional dos direitos fundamentais, classificando os direitos em primeira geração (liberdade), segunda geração (igualdade) e terceira geração (fraternidade). A teoria de Vasak é criticada por doutrinadores devido à suposta separação, como se cada geração se constituísse uma fase que evolui para a próxima. É fato que o desenvolvimento e o reconhecimento das garantias e direitos fundamentais é um processo histórico complexo, por isso há preferência pelo termo “dimensão”.

<sup>21</sup> Weimarer Verfassung. 1919. Disponível em [https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische\\_Texte/Verfassungstexte/Die\\_Weimarer\\_Reichsverfassung\\_2017ge.pdf](https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf). Acesso em 08 dez. 24. (tradução nossa).

<sup>22</sup> Cunha Junior (2009), ao tratar das fontes do Direito Constitucional afirma que “mesmo nos países que possuem constituição escrita o costume tem se demonstrado uma relevante fonte para o Direito Constitucional, na medida em que pode servir de orientação para o constituinte e para o intérprete da Constituição, chegando alguns autores, como Duverger, a admitir que ele pode completar e modificar as normas constitucionais”.

Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.

Nas palavras de Machado (2007, p.127) *apud* Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a chamada terceira geração de direitos fundamentais, se expressa com fundamento na fraternidade.

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como **a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.**

Enfoca-se o ser humano relacional, em conjugação com o próximo sem fronteiras físicas ou econômicas. O direito à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do meio ambiente, do patrimônio comum da humanidade e à comunicação integram o rol desses novos direitos. Se a tecnologia e as novas formas de relacionamento social e econômico criaram outras formas de submissão do ser humano, cabe ao direito constituir meios para sua alforria. (grifos nossos)

Assim, a fraternidade assume um papel relevante no contexto constitucional como instrumento de direito, caracterizado, segundo Machado (2007, p 127), pela nota de universalidade ou, quando menos, pela transindividualidade ou metaindividualidade na interpretação de seus dispositivos. Conforme Machado (2021, p. 23) não se trata mais de apenas garantir a não intervenção do Estado na liberdade individual ou da prestação positiva por parte deste de elementos de bem-estar social coletivo, mas da necessidade da busca de compreensão do ser humano e suas necessidades como um gênero a ser considerado na sua unicidade, ainda que integrantes de uma comunidade ou um grupo heterogêneo e diverso.

De acordo com Pérez Luño (2007, p. 109), ambas as gerações são amparadas no princípio constitucional da fraternidade<sup>26</sup> - solidariedade e fraternidade são usualmente utilizados como sinônimos ao tratar dos direitos fundamentais de 3ª geração - instituto cuja existência não mais se limitaria à materialização da revolucionária tríade burguesa francesa, mas advém de uma compreensão histórica de gerações de garantias e direitos fundamentais, cuja influência passou a modificar as aspirações das sociedades democráticas no período pós Segunda Guerra<sup>27</sup>. Estas gerações ou dimensões<sup>28</sup>, cunhadas em 1979 nas reflexões<sup>29</sup> proferidas por Karel Vasak em Estrasburgo e posteriormente descrita por Bobbio (2004, p. 09)<sup>30</sup> na obra supracitada, consistem em uma visão evolutiva dos direitos fundamentais. Observa-se que tanto no discurso de Vasak, quanto na obra de Bobbio, editada cerca de 10 anos depois, os doutrinadores sequer haviam compreendido como se materializaria a expressão da fraternidade/solidariedade enquanto fundamento de direito reconhecido, considerando-a um conceito ainda vago.

A influência da fraternidade na conjuntura constitucional e jurídica moderna esbarra no que Fonseca (2014) e Cunha (2009) tratam como afastamento<sup>31</sup> ou “esquecimento”<sup>32</sup> como princípio jurídico, ao longo dos séculos. Enquanto os ideais de liberdade e igualdade foram gradualmente incorporados aos sistemas ocidentais desde o período revolucionário francês, a fraternidade restou preterida e por vezes

---

<sup>26</sup> Solidariedade e Fraternidade são usualmente utilizados como sinônimos ao tratar dos direitos fundamentais de 3ª geração. PÉREZ LUÑO, Antônio Henrique. **Dimensiones de la igualdad**. 2ª Ed. Madrid: Ed. Dykinson, 2007. p 109.

<sup>27</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem é considerada um marco na materialização dos direitos de terceira dimensão, fundados no princípio da fraternidade, nas cartas constitucionais modernas.

<sup>28</sup> Karel Vasak, então Diretor da UNESCO, tratou da teoria geracional dos direitos fundamentais, classificando os direitos em primeira geração (liberdade), segunda geração (igualdade) e terceira geração (fraternidade). A teoria de Vasak é usualmente criticada por doutrinadores como George Marmelstein, devido à suposta separação, como se cada geração se constituísse uma fase que evolui para a próxima. É fato que o reconhecimento das garantias e direitos fundamentais é um processo histórico complexo e sua compreensão é indivisível, por isso há preferência pelo termo “dimensão”.

<sup>29</sup> VASAK, Karel. **A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights**. Strasbourg, 1979.

<sup>30</sup> Bobbio (2004, p.09) apresenta as gerações de direitos do homem como uma evolução gradual, na qual direitos de gerações diferentes podem coexistir porém derivam de uma lógica histórica de surgimento.

<sup>31</sup> Cunha (2009, p.136) aponta que o afastamento da fraternidade decorre de uma falta de amadurecimento civilizatório para o desenvolvimento de um “direito altruísta”.

<sup>32</sup> Segundo Fonseca (2019), enquanto os ideais de liberdade e igualdade foram gradualmente incorporados aos sistemas ocidentais desde o período revolucionário francês, a fraternidade restou preterida e por vezes desconsiderada na elaboração, aplicação e interpretação normativa.

desconsiderada na elaboração, aplicação e interpretação normativa, assim, “provavelmente, o esquecimento da fraternidade como categoria jurídica decorreu da clássica característica da norma jurídica: força coercível, pois é evidente que a fraternidade é livre, espontânea e não pode ser imposta” (FONSECA, 2014, p.19), sendo fundamental o seu resgate e fortalecimento para equilíbrio dos demais princípios.

No século XX, após os horrores experimentados na Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) e na mudança da ordem política e social mundial, calhou-se tratar da matéria de direitos no sentido de gênero da pessoa humana como pacto de valor jurídico internacional, tendo sua expressão mais emblemática<sup>34</sup> na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>35</sup> de 1948, ao tratar explicitamente da dignidade da pessoa humana e a alteridade entre os indivíduos como fundamento:

Considerando o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...]

Artigo 1 - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e **devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.** (grifos nossos)

A ideia que prevalece é que o pertencimento a um coletivo comum, imbuído de espírito fraternal como norteador, atrai para cada indivíduo, coletivo ou instituição, direitos<sup>36</sup> individuais homogêneos, transindividuais e difusos, mas também deveres<sup>37</sup> fundamentais primordiais à manutenção das relações recíprocas em sociedade.

---

<sup>34</sup> Fonseca (2019, p.80) trata da promoção da dignidade da pessoa humana através da fraternidade na obra e ressalta que o tema não surge com a Declaração de 1948, existindo menções inclusive em textos bíblicos e antiguidade.

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

<sup>36</sup> Uma definição destes direitos pode ser encontrada no art. 81, parágrafo único da Lei nº 8078/90 - Código de Defesa do Consumidor:

“I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>37</sup> O Artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 aborda diretamente a questão dos deveres fundamentais:

“1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

Neste sentido, ao tratar do constitucionalismo fraterno, Fonseca (2019, p.77) aborda a dualidade necessária no exercício de direitos e deveres para com o próximo:

Na qualidade de tecnologia social de controle do poder pelo poder, o constitucionalismo hodierno recebe influxos da fraternidade como alternativa possível para concretizar e harmonizar os princípios da igualdade e da liberdade, sem descuidar da inclusão e do reconhecimento do Outro.

Esta inclusão e reconhecimento do outro, que representa um exercício do que se conhece como alteridade, possui viés muito mais complexo do que o mero respeito ao próximo, mas exige postura ativa no sentido de atravessar as diferenças e conflitos para a busca de um bem comum, de garantias de direitos fundamentais transindividuais, como brilhantemente destaca Morin (2003, p.167-168) na obra Terra Pátria:

O apelo da fraternidade não se encerra numa raça, numa classe, numa elite, numa nação. Procede daqueles que, onde estiverem, o ouvem dentro de si mesmos, e dirige-se a todos e a cada um. Em toda parte, em todas as classes, em todas as nações, há seres de 'boa vontade' que veiculam essa mensagem. Talvez eles sejam mais numerosos entre os inquietos, os curiosos, os abertos, os ternos, os mestiços, os bastardos e outros intermediários. O apelo à fraternidade não deve apenas atravessar a viscosidade e a impermeabilidade da indiferença. Deve superar a inimizade. A existência de um inimigo mantém ao mesmo tempo nossa barbárie e a dele. O inimigo é produzido por cegueira às vezes unilateral, mas que se torna recíproca quando respondemos com uma inimizade que nos torna igualmente hostis. É verdade que os egoísmos e os etnocentrismos, que suscitaram e não cessam de suscitar inimigos, são estruturas inalteráveis da individualidade e da subjetividade, mas, assim como essa estrutura comporta um princípio de exclusão no eu, ela comporta um princípio de inclusão num nós, e o problema chave da realização da humanidade é ampliar o nós, na relação matri-patriótica terrestre, todo ego alter e reconhecer nele um alter ego, isto é, um irmão humano.

A fraternidade pode ser entendida então como um ideal necessário à prática da liberdade e igualdade, constituindo elemento fundamental de uma sociedade política moderna que almeja a universalidade, conforme acrescenta ainda Fernandez, A. e Fernandez, M. (2014):

---

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.”

Nesse preciso sentido original, porque a fraternidade implica liberdade e igualdade para todos, não há lugar para qualquer contraposição entre liberdade/igualdade, pois não só a igualdade é entendida como reciprocidade na liberdade, como a universalidade da liberdade plena importa na constituição de uma sociedade igualitária, enfim, fraterna. Disto resulta que todo programa político honrado e que pretenda propugnar de verdade sua causa (quer dizer, honrado também na ação), tem que tomar-se em sério o mais contundente valor da tradição republicano-revolucionária moderna: a fraternidade.

Esta consiste, na acertada interpretação de Kant, na universalização da autonomia ou independência civil e, por conseguinte, na ingente necessidade de se desenhar um modelo normativo e institucional que evite, em um entorno social preñado de assimetrias e desigualdades, a dominação, a interferência arbitrária e a exploração de uns sobre outros e, na mesma medida, garantindo uma certa igualdade material, permita, estimule e assegure a titularidade e o exercício de direitos (e o cumprimento de deveres) de todo ponto inalienáveis e que habilitam publicamente a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres.

Dito de outro modo, que uma verdadeira concepção republicana democrática terá de ser também e necessariamente "inclusiva", dar espaço para que gentes procedentes de todos os rincões da sociedade possam participar ativamente e impugnar todas as decisões legislativas, executivas e judiciais. Este requisito significa que o Estado (e particularmente os Municípios) terá de ser representativo de diferentes setores da população, que os canais de disputa terão de estar bem estabelecidos na comunidade e que a administração pública terá de se guardar da influência das organizações empresariais e de outros interesses inescrupulosamente poderosos. O sentido ilustrado da fraternidade mostra, assim, com clareza, sua essencial e atual dimensão política (histórico-concreta) e a ineludível chamada que contém a dignidade de não ceder entre nós mesmos ante nenhuma outra coisa senão ante a força da virtude e da sensatez.

Neste mesmo sentido, Mardones (2010, p.27), em estudo filosófico atual sobre a fraternidade, leciona que

a fraternidade política se funda sobre um consenso político que inclui dois componentes essenciais. Primeiro, a existência de procedimentos democráticos legitimados de participação, representação e tomada de decisões políticas, os quais também têm reconhecimento constitucional e que em geral favorecem à inclusão política. Segundo, a existência de uma atitude de empatia, preocupação ou solidariedade entre cidadãos; atitude que se expressa no reconhecimento constitucional de direitos sociais em maiores graus de equidade social.”

Assim, estabelecidos os precedentes históricos e o contexto filosófico que fundamentam o estudo do princípio da fraternidade na conjuntura social e política da sociedade moderna e do entendimento da fraternidade como um princípio constitucional atual, é relevante citar que a expressão dos seus fundamentos também influenciaram na formulação da Carta Constitucional brasileira.

A Constituição de 1988 é considerada um verdadeiro marco em relação às aspirações de construção de uma sociedade moldada pela fraternidade, como se pode depreender da própria vontade do constituinte:

[...]assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, CF 1988).

A referida Constituição foi concebida sobre essas bases, de forma a estabelecer um ideal de igualdade e justiça social, organizando-se de forma institucionalizada para o enfrentamento de situações históricas de deficiências da sociedade brasileira, alinhada às aspirações da comunidade internacional, a partir da qual a preocupação do constituinte se materializou em dispositivos específicos para tal finalidade. Esta expressão está disposta, por exemplo, no Art. 3º CF:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III-erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, o comprometimento com o bem-estar coletivo surge, naquele contexto, como parâmetro da organização social, da ordem econômica almejada e já apresenta em seu início o projeto de sociedade fraternal que se pretende estabelecer para o Brasil recém democratizado.

Segundo Sandel (2020), a sociedade mundial, com efeito da globalização e do aprofundamento do liberalismo econômico nos anos 80, passa por uma profunda transformação<sup>43</sup>. Esta mudança, contemporânea ao período da promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorre em razão do distanciamento da sociedade dos

---

<sup>43</sup> Michael Sandel afirma que os efeitos da globalização e a disseminação da crença, em meados dos anos 1980 (Margareth Thatcher) de que o mercado livre era a ferramenta ideal para alcançar o bem público, foram responsáveis pelo fracasso histórico que aprofundou as desigualdades na sociedade global.

ideais de justiça e solidariedade, em decorrência de uma mudança ética nas relações sociais, na qual a percepção da meritocracia como motor do desenvolvimento individual afasta a preocupação dos indivíduos e do próprio Estado com a coletividade.

Esta prevalência deletéria da individualidade ante à visão de coletividade não é matéria da história recente. Fonseca (2019, p.53) aponta que desde a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 na França, “a igualdade se confunde com a ideia de meritocracia, porquanto os cidadãos são iguais segundo a sua capacidade e as distinções são possíveis desde que com espede em virtudes e talentos”. Fonseca (2019, p.53) prossegue ainda:

A despeito da importância da meritocracia como elemento norteador em sociedade de mercado, a ênfase excessiva neste discurso tem a potencialidade de gerar exclusão massiva de grupos sociais tendencialmente não proprietários.

Têm-se a competição individual como catalisador da crescente desigualdade social, do afastamento do sentimento fraterno e solidário, bem como a limitação de toda ordem da atuação estatal na sua prestação positiva para garantia de direitos fundamentais àqueles hipossuficientes (mínimo existencial), limitando-se ao que se convencionou tratar como reserva do possível<sup>46</sup>.

O fenômeno da meritocracia é também retratado por Sandel (2020, p.38), o qual discorre sobre a chamada ética meritocrática:

A arrogância meritocrática reflete a tendência de vencedores a respirar fundo o sucesso, a esquecer a sorte e a sina que os ajudaram ao longo do caminho. É convicção presunçosa de pessoas que chegam ao topo que elas merecem esse destino e que aqueles embaixo merecem o deles também. Esse comportamento é o companheiro moral da política tecnocrata. Uma sensação vívida da contingência do nosso fado resulta em certa humildade: “Para lá, a não ser pela graça divina ou acidente do destino, eu irei.” Mas uma meritocracia perfeita exclui todos os sentidos de dádiva e graça. Diminui nossa capacidade de nos enxergar compartilhando uma sina comum. Deixa pouco espaço para a solidariedade que pode surgir quando refletimos sobre a contingência de nosso talento e destino. É isso que faz do mérito uma espécie de tirania, ou regra injusta.

---

<sup>46</sup> HERRERA, Luis Henrique et. al. (2010) aponta que as teorias do mínimo existencial (núcleo essencial dos direitos fundamentais) e da reserva do possível conflitam acerca das dificuldades em garantir os direitos fundamentais e a limitação na atuação do estado prestacional.

Por fim, Machado (2021, p. 30) destaca que uma sociedade cujos indivíduos e instituições não percebiam a disparidade de possibilidades e oportunidades entre seus concidadãos, acreditando que apenas o esforço individual é combustível suficiente para a garantia de direitos fundamentais e ascensão social, dificilmente conseguirá construir e implementar políticas públicas fraternas para consecução dos objetivos pautados na Carta Constitucional, tendo em vista que não há valorização da existência de deveres associados ao exercício da cidadania. O Estado, por sua vez, ao invocar a teoria da “reserva do possível” declina de seu papel de garantidor da justiça social e da igualdade, em face da sua insuficiência na prestação positiva em uma sociedade que experimenta verdadeiros abismos sociais e econômicos, o que ocasiona a formação de uma grande parcela invisível de indivíduos que vivem à margem do exercício de seus direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

### **A importância do papel individual na concretização de direitos fundamentais em uma sociedade plural**

O papel social dos indivíduos em uma comunidade amplamente organizada é pautado por sua postura ativa nas relações interpessoais e no cumprimento de tarefas ou atividades que são esperadas de si, de forma tão relevante quanto à proteção aos seus direitos. Neste sentido, conforme Morin (2003, p. 167-168), deve-se considerar o desafio de obter o comprometimento dos cidadãos em um propósito comum para que se concretize os direitos fundamentais a partir de princípios fraternos e solidários, o que naturalmente exige um comportamento ético que transpassa apenas a normatização e o exercício de direitos individuais. O comportamento esperado é a consciência individual e coletiva da existência de deveres fundamentais, sem os quais não se constrói uma sociedade fraternal. Neste sentido, aponta Gimenez (2018, p.18) apud Sarlet:

A concretização dos direitos fundamentais só é possível a partir do comprometimento de todos os cidadãos, tanto por meio de condutas negativas, um não fazer diante da fruição de direitos alheios, como um agir indispensável à vida em grupo, o que implica participação ativa dos cidadãos na vida pública e um empenho solidário na transformação das estruturas sociais. Portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício das liberdades individuais e a existência de deveres jurídicos de respeito aos valores constitucionais e direitos fundamentais em dimensão objetiva e na esfera das relações privadas.

Gimenez (2018, p.21) destaca que estes deveres deixaram de ter o protagonismo na regulação da ordem social e experimentaram uma espécie de atrofia frente à hipertrofia de direitos, sendo necessário o resgate e a reafirmação da consciência de deveres atrelados aos direitos individuais. A autora aponta ainda que há o surgimento de

[...] críticas ao discurso dos direitos fundamentais tidos como meras enunciações quantitativas, com baixa preocupação quanto à sua eficácia social, o que passa necessariamente pela questão dos custos dos direitos. A atrofia teórica dos deveres fundamentais em relação aos direitos faz perder de vista a ideia de responsabilidade comunitária, o que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis.

No mesmo sentido, sobre a hipertrofia dos direitos, Gimenez (2018, p.21) dispõe:

[...] paralela ao “pacto de silêncio” quanto aos deveres, causa um nocivo efeito nas bases estruturais da sociedade, pois a ideia de solidariedade se esvazia e frustram-se as expectativas de concretização dos direitos da parcela mais vulnerável da população (BUFFON, 2009. p. 84) – a ponto de Robles (2005) considerar que o problema da teoria dos direitos fundamentais é o fato de ser somente isso, uma teoria dos direitos fundamentais, pois a consequência dessa maneira de ver as coisas será a penetração histórica dos direitos desvinculada dos deveres na mentalidade social dos povos ocidentais e, portanto, um processo de desmoralização da vida pública. Um fato social evidente é que nas sociedades atuais o sentimento de dever pessoal é algo obscuro, parece extinto, enquanto que o sentimento reivindicatório de bens fundamentais alcança máxima intensidade, o que se traduz em um decréscimo da solidariedade e uma justificação do hedonismo sob o manto dos direitos. As pessoas se sentem portadoras naturais de direitos que todos devem reconhecer, como credores do Estado, consumidores de direitos prestacionais, mas dificilmente se pensa que, para isso, também pesam deveres sobre si.

Este processo de atrofia dos deveres frente aos direitos, contudo, não é de origem recente. Ao longo de toda a história da humanidade até o advento do iluminismo, a codificação do Direito visava estabelecer padrões de condutas para ordenar o convívio social positivando normas de dever-ser, em que eram estabelecidos os comandos de fazer, não-fazer e dar. Conforme Jaborandy et. al (2019, p.12), um olhar histórico deixa claro uma forte primazia dos deveres sobre os direitos no passado pois nas codificações antigas, havia uma imposição de proibições e regras de conduta que limitavam a liberdade dos indivíduos, viabilizando o convívio social, num contexto de sociedades autoritárias patriarcais. Exemplos que chegaram aos dias atuais são o Código de Hamurabi, a Lei das Doze Tábuas e o *Corpus Iuris Civilis*. O dever também era fortemente valorizado na Grécia da antiguidade clássica, onde o homem virtuoso era o que cumpria seus deveres para com o Estado e seus

concidadãos, e no espectro religioso, com “Os Dez Mandamentos” estabelecendo os deveres morais dos judeus.

Bezerra (2015) aponta que, ao longo de milênios, o Direito foi um instrumento de opressão de muitos e privilégios de poucos. O efetivo ingresso dos direitos no Direito ocorreu em 1215, com a *Magna Charta Libertatum*, de acordo com Jaborandy et al. (2019, p.12), assinada pelo Rei João da Inglaterra, estabelecendo direitos, que somente poderiam ser gozados apenas por homens livres, categoria em que se enquadram os nobres. O artigo 39 daquela Carta estabelecia:

39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do país.

O dispositivo citado vedava o aprisionamento sem o devido processo legal e que veio a ser ampliado nos “*Habeas Corpus Acts*” de 1640 e 1679. Bezerra (2015) destaca ainda que o artigo 61 estabelecia que nenhum dos direitos outorgados poderia ser revogado.

Ainda foram necessários alguns séculos antes que se rompesse com o absolutismo, com a introdução nas Constituições dos direitos individuais e universais, fruto das revoluções liberais burguesas da segunda metade do século XVIII. De acordo com Jaborandy et. al. (2019, p.12), essa mudança de paradigma representou um passo relevante para a humanidade. Conforme exposto anteriormente, o liberalismo individualista extremado e os horrores dos regimes totalitários que levaram a humanidade para uma Segunda Guerra global ainda na primeira metade do século XX acelerou a positivação dos direitos humanos, ocorrida a partir da já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 da Organização das Nações Unidas.

Pries (2020, p.224) observa, no mesmo sentido de Gimenez, que “a gradativa predominância dos direitos sobre os deveres, com o tempo, acentua-se e se converte na hipertrofia dos direitos, em uma inflação legislativa que os expõem ao risco da banalização e, noutro vértice, conduz à atrofia dos deveres”. Direitos e deveres são expressões autorreferenciadas, não no sentido de oposição, mas de complementaridade, não sendo possível a fruição dos direitos, sem o cumprimento dos deveres em contrapartida.

A Carta Magna dos direitos humanos da ONU, após 28 artigos em que enumera direitos, estabelece:

**Artigo 29**

**1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.**

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. [...] (grifos nossos)

Neste sentido, Pries (2020, p. 225) destaca que a Constituição Federal do Brasil de 1988, enumera alguns desses deveres como: o alistamento eleitoral de voto obrigatório como requisito para a cidadania (art. 14); o serviço militar (art. 143); a responsabilidade de todos pela segurança pública (art. 144); o dever do contribuinte de pagar impostos (art. 145); o dever solidário da família na educação (art. 205); o dever de preservar o meio ambiente (art. 225); o dever geral de proteção aos membros ainda não autossuficientes da sociedade – crianças, adolescentes e jovens; os deveres recíprocos de amparo intergeracional (art. 229); e o dever geral de amparo às pessoas idosas (art. 230).

O modelo do Estado Social criou a ilusão de que este pudesse prover todas as necessidades do cidadão, numa relação vertical de prestar-receber. Pries (2020, p.227-231) aponta ainda que a crise desse modelo, no último quartel do século passado, demonstrou a íntima correlação entre direitos e deveres, de forma que, para o pleno gozo dos direitos, não se pode esperar pelo estado. A falência do modelo vertical de prestação estatal passa a exigir o retorno às relações horizontais de solidariedade para a concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os deveres fundamentais (horizontais) de solidariedade que cabe a todos e cada um, complementam os deveres de proteção (verticais) do Estado para a tutela dos direitos fundamentais. Os deveres fundamentais integram, pois, a constituição da pessoa humana, enquanto os deveres de proteção estão inseridos na constituição do Estado.

## Capítulo 2 - Sociedade e conflito: autocomposição

### O conflito como fenômeno caracterizador da sociedade

O conflito foi pioneiramente indicado como fenômeno sociológico por Georg Simmel (2007, p. 490), o qual destacou que a falta de cooperação ou contraposição de posicionamentos é uma das formas de interação mais relevantes para a formação individual e social. O conflito seria, conforme o autor, a resolução de tensão entre contrários, não necessariamente como algo violento ou desagregador, mas como um mecanismo de relacionamento.

O ser humano é caracterizado pela vocação para o convívio em sociedade. Conforme Lucena Filho (2012, p. 14032), é natural que nas relações intersubjetivas e intergrupais surjam divergências, sementes para este que é um dos fenômenos mais frequentes em qualquer agrupamento humano. Lucena Filho (2012, p. 14038-14040) destaca que, as relações intersubjetivas se dão de duas formas básicas: a cooperação e o conflito, sendo que a primeira se dá quando a interação ocorre sem resistência aos interesses ou direitos do outro e se configura com o adimplemento espontâneo das obrigações e respeito à legitimidade do outro de exercer seus direitos e fruir de seus bens da vida. O conflito, por sua vez, ocorre quando cessa a cooperação, passando a haver uma contraposição de interesses cujo objeto é um bem da vida. Da insatisfação, de natureza espiritual, nasce uma pretensão, consistindo na manifestação exterior da insatisfação. Ocorrendo a resistência da outra parte à dita pretensão, origina-se a lide ou litígio.

Não se pode, no entanto, considerar o litígio como um fenômeno de ruptura irreparável de relações. É relevante trazer o conceito de Georg Simmel, destacado também na obra de Giddens (2017, p. 356):

[...] conflito é uma forma de associação humana em que as pessoas são colocadas em contato entre si e por meio da qual se pode alcançar a união. Esse é um importante ponto de partida porque nos ajuda a evitar a ideia de que o conflito é o término das relações e interações. O argumento de Simmel é de que o conflito obriga as partes a reconhecerem umas às outras ainda que a relação seja antagonista.

Conforme Machado (2021, p. 36), a resolução desses conflitos, contudo, se realizada de forma exclusiva por meio da autotutela ou da autocomposição direta

entre os indivíduos, poderia conduzir a sociedade a um estado de barbárie, uma vez que os valores éticos e morais são subjetivos e variam significativamente entre os indivíduos. Ademais, o bem jurídico objeto do litígio pode assumir valorações distintas conforme o contexto de cada caso concreto. A história do Direito e os primórdios do surgimento da jurisdição demonstra que a busca por uma solução consensual ou arbitrada foi um processo natural da evolução da sociedade, quando a resolução de conflitos de forma autônoma não gerava os frutos adequados à solução de contendas, como destaca, Cintra et. al. (2014, p. 42-43) na obra Teoria Geral do Processo:

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Esta interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.

Desta forma, fez necessária a criação de regramentos específicos para tutelar as relações sociais, limitar a atuação de cada indivíduo em relação ao direito de outrem e aplicar sanções quando necessário. Assim, a sociedade passou a depender do direito para a sua organização - *ubi societas, ibi jus* -, porém o ideal de justiça não se construiria a partir de um arcabouço de normas. As ferramentas de solução de conflitos precisaram ser construídas e reconhecidas pela sociedade para que se efetivassem de forma prática. Devido à complexidade do tecido social e ao modelo de estado que se desenvolveu até a modernidade, aquele que possuía o maior poder de organização e detenção do uso privativo reconhecido de força, o Estado, trouxe para si a função de pacificação social e apresentou a ferramenta mais poderosa e efetiva da regulação das relações sociais, a jurisdição estatal.

O individualismo liberal, positivado pelo Código Civil napoleônico, associado à consolidação dos estados nacionais a partir do século XVIII, chamou então para a jurisdição esta tarefa da pacificação. Os indivíduos passaram a não mais sentir-se responsáveis pela solução dos conflitos que naturalmente surgem no convívio em sociedade, imputando ao sistema jurisdicional estatal todo o encargo da resolução de litígios. Cintra et. al. (2014, p.167-168) ao tratar dessa relação de expectativa social

quanto ao aparato estatal, faz importante colocação quanto à função que o Estado almeja representar:

A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da sociedade.

Isso não quer dizer, contudo, que seja essa mesma a motivação que leva as pessoas ao processo. Quando a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social. Há uma pretensão perante outrem, a qual não está sendo satisfeita, nascendo daí o conflito – e é a satisfação dessa sua pretensão insatisfeita que o demandante vem buscar no processo. A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesmas, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até o final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

Dois séculos de desenvolvimento do direito material e do direito processual, não tornaram, no entanto, essa via de solução de controvérsias através do monopólio estatal absolutamente efetiva para consecução dos dois objetivos principais de pacificação e promoção da justiça como resultado útil do processo. Lucena Filho (2012, p. 14033) afirma que

[...] é possível detectar uma supervalorização dos métodos oficiais distribuidores de justiça, fato este que se concretiza com o depósito de esperanças individuais e coletivas no Poder Judiciário, visto como um verdadeiro superórgão capaz de resolver todas as diferenças existentes entre os indivíduos.

A resolução de conflitos pela via judicial, no entanto, é permeada por uma característica importante do ponto de vista sociológico. O que se pretende resolver é uma contraposição de posições, de maneira objetiva, sem considerar fatores pessoais ou individuais que possam contribuir para a construção de uma solução intermediária para ambos. Simmel (2007, p.508-509) estabelece uma correlação com os mecanismos de aniquilação dos conflitos bélicos e pessoais: o conflito judicial é a instrumentalização da luta, na qual o procedimento determina o perdedor e o

vencedor, ainda que uma das partes adote um comportamento autodestrutivo para não ver a pretensão do outro prosperar. O autor trata ainda da excessiva objetividade do procedimento legal, que tende muitas vezes a afastar a discussão material e o fator subjetivo do foco e o conflito se desloca para o rito em si.

Toda a obstinação e intransigência persistência com que as partes em tais lutas muitas vezes mantêm a controvérsia para seu próprio dano, mesmo no caso da parte agressiva, dificilmente o de um ataque no sentido próprio, mas sim o de uma defesa em um significado mais profundo. O ponto em questão é a autopreservação da personalidade que se identifica com suas posses e seus direitos que qualquer invasão deles parece ser uma destruição da personalidade; e a luta para protegê-los com o risco de toda a existência é completamente consistente. Esse impulso individualista, e não o motivo sociológico de luta, consequentemente caracterizará tais casos. No que diz respeito à forma da luta em si, no entanto, o conflito judicial é, com certeza, de um absoluto ordenar; isto é, as reivindicações recíprocas são afirmadas com uma objetividade implacável e com emprego de todos os meios disponíveis, sem ser desviado ou modificado por considerações pessoais ou outras considerações estranhas.

No sistema judicial contemporâneo, uma litigância judicial pode demandar recursos materiais e temporais excessivamente onerosos para as partes, sem considerar que ao final do processo, proferida a sentença do Estado-juiz com a utilização da heterocomposição, haverá necessariamente a imposição da decisão a um perdedor, mas nem sempre um vencedor, já que a demanda inicial pode não ser integralmente contemplada e a pretensão restar frustrada, sem efetivamente solucionar o conflito, podendo até realçá-lo no decorrer do rito processual, devido ao caráter individualista e beligerante ali existente.

Buitoni (2017) ao tratar da imposição das decisões oriundas da heterocomposição afirma que:

Os julgamentos do Poder Judiciário precisam ser aceitos como obrigatórios e devem ser obedecidos. No jargão do senso comum: decisão judicial é para ser cumprida e não discutida. Sem isso, o chamado Estado de Direito não pode existir e nem funcionar. A decisão judicial vem de fora, de terceiros julgadores a quem o Estado atribui o poder de julgar, seja o Juiz singular, seja o colegiado dos Tribunais de Justiça, até a autoridade máxima o Supremo Tribunal Federal. É assim que funciona a heterocomposição dos litígios: decisão por uma autoridade julgadora estatal com poderes emanados do sistema legal, independentemente da vontade das partes.

O crescente número de processos em tramitação nas diversas esferas do poder judiciário, juntamente com a crescente complexidade dos conflitos sociais

existentes, realça a ineficácia e a injustiça potencial da dependência exclusiva da via jurisdicional.

No âmbito do Direito Administrativo, em especial, devido a herança advinda do modelo francês de administração executiva<sup>66</sup>, cujo sistema foi construído a partir das bases teóricas do direito romano, o efeito de dependência e centralização de decisões na autoridade formalmente constituída se tornou também elemento presente. Amaral (2015) aponta que, após a revolução francesa, a necessidade de estabelecimento de um sistema de administração que pudesse impor a atuação do estado sobre um status quo, com um judiciário excessivamente poderoso e vinculado ao modelo vigente, trouxe elementos centrais que se tornaram o cerne da máquina pública.

Em primeiro lugar, a separação dos poderes conferiu ao Poder Executivo a autonomia necessária em relação aos juízes, fortemente ligados à corte e tendentes a suprimir a atuação do estado de forma independente. O estabelecimento do que Amaral denomina “um sistema de garantia de direitos” a partir da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, conferiu os direitos subjetivos públicos do administrado contra o Estado. Nesta seara, foi ofertada à autoridade administrativa a prerrogativa de impor suas decisões de forma unilateral e centralizada, de modo que, conforme Amaral (2015, p.100):

[...] com a Revolução Francesa, uma nova classe social e uma nova elite dirigente chega ao poder. Para impor as novas ideias, para implementar todas as reformas políticas, econômicas e sociais ditadas pela Razão, e para vencer as resistências suscitadas, torna-se indispensável construir um aparelho administrativo disciplinado, obediente e eficaz.

Di Pietro (2016, p.12) cita esse episódio como separação das autoridades administrativas e judiciárias e das matérias nas quais os tribunais judiciais são incompetentes.

No mesmo sentido, ao longo do século XIX, o Conseil d’Etat francês passou a considerar que agentes e órgãos administrativos estão posição distinta dos particulares, o que lhes assegura o poder de impor decisões, segundo Amaral, quer de privilégios ou imunidades pessoais, que os coloquem ao abrigo de perseguições ou más vontades vindas dos interesses feridos.

“Tendo a Administração de prosseguir com o interesse público, satisfazendo as necessidades colectivas, há-de poder sobrepor-se aos interesses particulares que se oponham à realização do interesse geral, e para isso carece de especiais poderes de autoridade – sendo certo, por outro lado que a sujeição ao interesse público também submete a Administração a especiais deveres e restrições, que não vigoram em relação aos particulares.” (AMARAL, 2015, p 111)

Assim, a administração passa a ser subordinada a um arcabouço normativo próprio, o qual se diferencia do direito privado em medidas de poderes e restrições perante particulares. Uma das características marcantes dessa construção é a autoexecutoriedade de suas decisões, podendo ser impostas à sociedade sem a tutela judicial específica em caso de descumprimento ou inobservância.

Por outro lado, Amaral (2015) aponta que o desenvolvimento do que se conhece como direito administrativo conduziu a conjunto de garantias jurídicas aos particulares, de forma a assegurá-los contra abusos e ilegalidades da Administração Pública, inclusive quanto à legalidade de atos unilaterais tomadas no exercício de poderes de autoridade.

A busca pela justiça social e a satisfação das pretensões das partes na solução de conflitos exige, portanto, o resgate da percepção do indivíduo quanto à sua responsabilidade na resolução de disputas e o reconhecimento da necessidade de participação ativa na proposição de saídas que possam descortinar novas formas de se relacionar socialmente, reduzindo a dependência de uma solução imposta por um Estado-Juiz, o que a doutrina denomina como autocomposição ou métodos alternativos de solução de conflitos. Cintra et. al (2014, p.48) ressalta que a utilização do termo método alternativo de solução de conflitos não significa alternativa ao processo estatal, mas de outras vias, que subsistem ao lado deste e que, a depender do tipo de conflito, podem ser mais adequadas, razão pela qual adota-se a terminologia “métodos adequados” para referir-se aos meios de solução de controvérsias.

## **O consenso como recurso para autocomposição**

A autocomposição é definida por Calmon (2013, p.47) como a solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito. Segundo o autor, a solução passa a ser parcial, de forma não impositiva, pois se apresenta como obra dos próprios envolvidos através do consenso. Enquanto a autotutela não é reconhecida como meio de solução adequado, sendo inclusive definida como crime no ordenamento jurídico, Cintra et. al. (2014, p.47)<sup>71</sup> aponta que a jurisdição tem condão de buscar a pacificação com justiça, por meio de um sistema complexo de normas e processos, órgãos jurisdicionais e instâncias específicas para recursos na qual a composição é formada mediante imposição, ainda que a satisfação da pretensão das partes seja insuficiente. Este sistema, conforme tratado no tópico anterior, surgiu como solução possível perante a tendência à autotutela, e obteve a quase absoluta exclusividade no exercício desta função.

O consenso e a autocomposição surgem como expressão da fraternidade na busca pela pacificação social, por meio de métodos cujo objetivo último é a eficiência. No mesmo sentido, ao abordar o tema Sociedade e Tutela Jurídica, Cintra et. al. (2014, p.47) expõe:

Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

A construção de uma solução de pacificação social eficiente não pode prescindir da busca pela melhor solução do conflito entre as partes envolvidas. Conforme Fonseca (2014, p.42), o exercício da jurisdição como atividade substitutiva do Estado, resolve a disputa, o litígio, mas não elimina o conflito subjetivo, sendo que na maioria das vezes, incrementa ainda mais a disputa interpessoal. “Há sempre vencedor e vencido, nos termos da Lei aplicada pelo Estado. ”

No mesmo sentido, Spengler, F.(2012, p.32) *apud* Alberto Warat traduzem a necessidade da mudança nessa percepção no modo de tratamento de conflitos com uma nova abordagem:

---

<sup>71</sup> CINTRA et. al.(2014, p. 47). exemplifica a vedação à autotutela com menção ao Art. 345 do Código Penal que veda o exercício arbitrário das próprias razões e o Art. 350 CP referente ao exercício arbitrário ou abuso de poder pelo Estado.

A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos.

A visão humanizada do indivíduo como detentor de deveres para com a comunidade a qual pertence e com o outro, em relação de interdependência, aliada à percepção do conflito e sua solução como oportunidade do exercício de solidariedade, resgata o centro da expressão do princípio da fraternidade. O referido princípio, de acordo com Jaborandy (2016, p.162), além de ser fundamento jurídico normativo de direitos, evidencia a responsabilidade dos indivíduos em comunidade, resgata os deveres fundamentais, incentiva a participação democrática, impõe o reconhecimento da dignidade do outro e o respeito às diversidades num contexto multicultural, coadunando, portanto, com os objetivos da construção de uma sociedade justa e fraterna contemporânea. Assim, a construção de resoluções consensuais de disputas, em especial aquelas de cunho jurídico, em complemento à atuação estatal, encontra na adoção dos chamados métodos adequados de solução de conflitos, a expressão do princípio constitucional da fraternidade.

“o princípio da fraternidade consubstancia-se num instrumento essencial para formação de um sistema de garantias aos direitos fundamentais transindividuais, pois muitos atores têm que ser envolvidos no processo de efetivação desses direitos numa estrutura dialógica e plural”. (JABORANDY, 2016, p. 161).

Os institutos da mediação e conciliação<sup>77</sup>, enquanto ferramentas complementares à tutela exclusiva da jurisdição para a solução de conflitos, são alicerçadas nos valores fraternos, na busca por uma solução consensual humana e equilibrada, afastando a frieza excessiva e o racionalismo da atuação exclusiva da

---

<sup>77</sup> Spengler F.,(2012, p.41). ao citar Lilia Maia de Moraes Sales (2004) aponta que a diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, se resolve o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo.

jurisdição estatal, que pode influenciar as partes a uma conduta pouco empática e beligerante na busca pela vitória a qualquer custo, permitindo o exercício da alteridade na atuação das partes. Sobre o tema, Ghisleni (2011, p.24) retrata a relação que se pretende estabelecer através da mediação:

[...] insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom, procurando “alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações”. Sem esquecer que a ela está necessariamente atrelada a ideia de amizade, na medida em que prevê a “comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças”.

Desta forma, busca-se incentivar ânimos participativos na solução a ser encontrada e a convergência dos interesses pelo bem de todos os envolvidos. É fundamental citar a abordagem específica de Warat (2004, p.26), que sustentou em sua obra que os conflitos entre os indivíduos nunca desaparecem, mas apenas se transformam. E essa transformação pode ocorrer de forma impositiva ou mediante uma construção fraterna, inserida em um modelo de justiça com caráter solidário para com o próximo, digna na busca pela solução e proativa na ação das partes, invocando a alteridade<sup>80</sup> como concepção fundamental nesta autocomposição. Warat (2004, p. 32) trata ainda da necessidade de auxiliar as partes a desdramatizar seus conflitos, através de um mediador, de forma a extrair aquilo que de fato contribuirá para a solução da contenda. No entanto, esta mediação não é de longe uma tarefa fácil ou existente em manuais. Trata-se da mudança da maneira de enxergar as relações entre indivíduos e construir uma saída psicológica propícia para que as partes caminhem lado a lado na busca da conciliação.

O que se pretende superar com estes métodos de autocomposição são os efeitos da positivação, em códigos, do modo de viver, os quais produziram uma cultura beligerante na sociedade, na qual a jurisdição exerce o papel de solução dos conflitos sociais e a figura do juízo representa a única palavra esperada a resolver o litígio existente, como se as partes fossem inimigas.

Desta forma, a aplicação prática destes conceitos e a materialização desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro, através da manifestação expressa do constituinte em 1988 e posteriores evoluções legislativas culminou na criação de

---

<sup>80</sup> Alteridade: interdependência dos indivíduos. A necessidade de interação com o outro para a percepção eu-individual.

mecanismos no âmbito do sistema de justiça para incentivar e acolher as práticas consensuais de resolução de conflitos.

### **A solução pacífica de controvérsias na constituição brasileira**

O Preâmbulo da Carta Magna<sup>82</sup>, consagrou a fraternidade como aspiração de uma sociedade justa e invoca o princípio constitucional da solução pacífica de controvérsias como uma das vias para a construção de uma sociedade fraterna. No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o direito de todo cidadão de recorrer à jurisdição estatal (art. 5º, XXXV) no caso de lesão, ou ameaça de lesão a seu direito. Por outro lado, resgatando o tema dos deveres fundamentais, é também dever de todos buscar a desoneração da jurisdição, trabalhando para solucionar seus conflitos da maneira menos gravosa para todas as partes, de forma que a vida em comunidade seja possível. O consenso, naturalmente, seria o melhor método para a solução de controvérsias e adequada satisfação das pretensões das partes. Além da celeridade processual e menor ônus, quando as duas partes litigantes alcançam sucesso em compor suas diferenças por meio de autocomposição, ambos saem vencedores, pois podem, livremente, negociar, renunciando a parte de suas demandas para terem outras contempladas.

Neste sentido o CNJ - Conselho Nacional de Justiça<sup>83</sup> ressalta ainda que o direito de acesso à Justiça, previsto no artigo citado acima, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa. Por isso, cabe ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação. Estes mecanismos se configuram como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e a sua apropriada disciplina nos programas já implementados no país tem reduzido a excessiva

---

<sup>82</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>83</sup> Portal CNJ - Movimento pela Conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em 14 dez 2024.

judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

No que tange à legislação infraconstitucional, uma primeira tentativa de positivizar esse princípio, a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou o art. 331 do Código de Processo Civil de 1973, acrescentando aos objetivos da Audiência Preliminar a tentativa de autocomposição das partes. Essa audiência tinha ainda o condão de fixar os pontos controvertidos, decidir acerca das questões processuais pendentes, determinar as provas a serem produzidas, e designar audiência de instrução e julgamento, se necessária. Nota-se que essa iniciativa ficou bem aquém das aspirações dos constituintes previstos no preâmbulo da Carta Magna, não se traduzindo no incentivo à autocomposição, mas como uma espécie de rito instrutório auxiliar ao processo de conhecimento.

O novo Código de processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, veio suprir essa lacuna, dedicando o Capítulo V e art. 334 à Audiência de Conciliação que além de ser dedicada exclusivamente na busca da autocomposição entre as partes, introduz alguns mecanismos que favorecem o atingimento dessa meta:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Dentre esses mecanismos, destaca-se o § 1º deste artigo, o qual estabelece que, sempre que possível, essa audiência será presidida por um conciliador ou mediador. O § 2º por sua vez prevê que uma segunda sessão de conciliação ou mediação poderá ser marcada, caso seja necessária à composição das partes. O § 4º estabelece que a Audiência de Conciliação somente não será realizada se ou o direito em questão for indisponível, não admitindo a autocomposição, ou ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na autocomposição. Veremos adiante que essa não parece ser uma estratégia interessante para o réu, razão pela qual, via de regra essa audiência ocorre. Ainda, o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação/mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, punível com multa de até 2% sobre o benefício econômico ou valor da causa (§ 8º). Havendo a autocomposição, esta será reduzida

a termo e homologada por sentença pelo juiz, encerrando a lide, conforme estabelece o § 11.

O art. 335 do CPC estabelece o prazo para o réu oferecer sua contestação, que será de 15 dias a partir da audiência de conciliação, ou a partir da data do protocolo do pedido de cancelamento desta audiência. Vê-se que para o réu, essa opção não é interessante, já que caso a audiência ocorra, ele terá prazo bastante dilatado para apresentar sua defesa, como também esta será apresentada após conhecer os argumentos do autor.

A respeito da inovação legislativa introduzida pelo art. 334, Theodoro Junior (2016, p.797-798) escreveu:

No regime do Código de 1973, a audiência preliminar de conciliação realizava-se na fase de saneamento do processo, ou seja, depois de contestada a ação. Assim, além da busca da autocomposição do litígio, servia de oportunidade para facilitar o contato do juiz com as partes, com o fito de delimitar o objeto do conflito e de definir as provas a ele pertinentes (CPC/73, art. 331). O sistema do Código de 2015 é outro: a audiência de mediação ou conciliação realiza-se *in limine litis*, antes, portanto, da resposta do réu ao pedido do autor. Em tal estágio, entende o legislador que seria mais fácil encaminhar os litigantes para uma solução negociada da contenda, mormente porque a tentativa de conciliação não mais será realizada pelo juiz, mas por auxiliares técnicos do juízo (mediadores ou conciliadores)”

Conforme Machado (2021, p.46), não bastasse a posição de precedência da audiência de conciliação, no Capítulo do Código referente aos auxiliares da justiça, foi incluída a Seção V, composto dos art. 165 a 175, tratando exclusivamente dos Conciliadores e Mediadores Judiciais. Desta forma, observa-se que o projeto do Código de Processo Civil de 2015 representou os pilares para a consolidação e normatização do citado princípio constitucional, estando a legislação processual pátria apta a dar amplo respaldo à autocomposição judicial de lides.

A edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 tratou de detalhar os procedimentos legais para a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Segundo o parágrafo único daquela lei, considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Ainda que a legislação trate de mediação e conciliação como

sinônimos, as diferenças sutis entre os institutos residem no papel do terceiro envolvido no processo<sup>85</sup>.

É fundamental ressaltar o papel do CNJ - Conselho Nacional de Justiça na criação de práticas e campanhas para incentivo ao uso de soluções consensuais na prática jurídica brasileira, antes mesmo da edição dos dispositivos legais dispostos acima. A criação do Movimento pela Conciliação em meados de 2006, cuja missão é “Contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça Brasileira.” incentivou a realização de fóruns e debates sobre o tema, culminando na criação da Semana Nacional da Conciliação e a edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual estabelece as diretrizes para a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, promovendo a utilização da mediação e da conciliação como métodos preferenciais no âmbito do Poder Judiciário (BRASIL, 2010), a partir da qual, segundo o próprio CNJ<sup>86</sup>, se pode extrair a responsabilidade social na atuação do Poder Judiciário, auxiliando na preservação e restauração de vínculos entre pessoas, melhorando seu desempenho social e a pacificação social decorrente desta política é notória, na medida em que, conciliadas, as partes deixam de gerar novas demandas e ganham confiança no sistema de justiça.

A mencionada resolução instituiu a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conforme estabelecido no art. 8º do referido instrumento normativo. De acordo com esse dispositivo, os tribunais devem instituir unidades específicas do Poder Judiciário – denominadas Centros ou CEJUSCs – destinadas, preferencialmente, à realização ou gestão de sessões e audiências de conciliação e mediação conduzidas por conciliadores e mediadores, bem como ao atendimento e à orientação dos cidadãos. Além disso, o Conselho também publicou a Recomendação nº. 50/2014 para estimular e apoiar os tribunais na adoção das

---

<sup>85</sup> De acordo com a definição existente no portal do TJDFT, tanto a Lei 13.140/2015 quanto o Código de Processo Civil tratam a conciliação como um sinônimo de mediação, mas na prática há uma sutil diferença, a técnica usada na conciliação para aproximar as partes é mais direta, há uma participação mais efetiva do conciliador na construção e sugestão de soluções. Na mediação, o mediador interfere menos nas soluções e age mais na aproximação das partes. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/mediacao-x-conciliacao-x-arbitragem>. Acesso em 14 dez 2024.

<sup>86</sup> Portal CNJ - Movimento pela Conciliação. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em 14 dez 2024.

técnicas consensuais de resolução de conflitos. A Resolução nº 198/2014, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o período 2015-2020, ressaltou a importância da efetividade na prestação jurisdicional, e apontou como cenário desejado: justiça mais acessível, desjudicialização, descongestionamento do Poder Judiciário.

### **Panorama do litígio judicial no Brasil e a adoção da conciliação**

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, considerada a Constituição cidadã, trouxe expressamente o viés conciliador e a pretensão de se observar os princípios de Direitos Humanos e a duração razoável do processo, dentre outros dispositivos garantidores. A doutrina e o legislador trataram de extrair os preceitos constitucionais a partir destes dispositivos e culminou na formação das bases da solução adequada de conflitos como instrumento efetivo de exercício da fraternidade.

Conforme já abordado, o Código de Processo Civil de 2015 é imperativo ao incentivar, como norma fundamental do processo, as soluções consensuais de conflitos em seu Capítulo I, Parágrafo 3º:

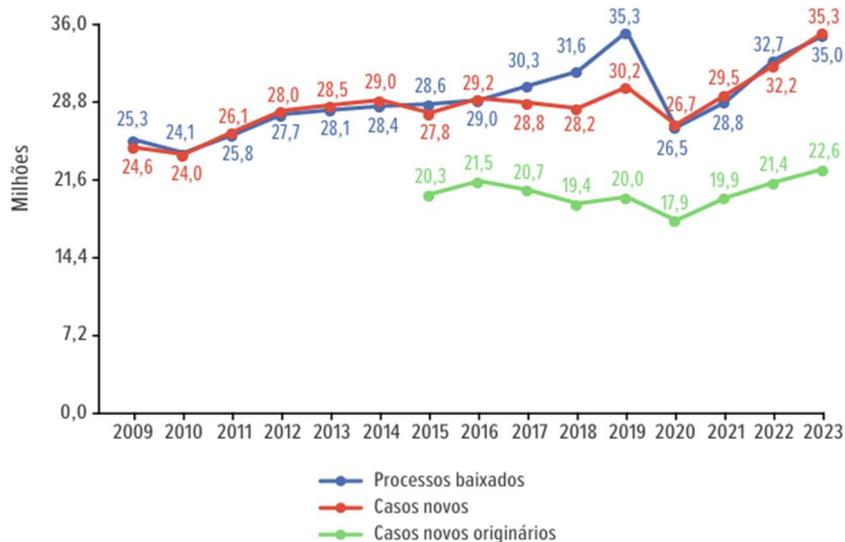
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ainda que previsto extensivamente e literalmente no ordenamento jurídico brasileiro, é importante avaliar de forma estatística a efetiva aplicabilidade dos instrumentos de autocomposição no sistema judicial brasileiro frente ao volume de processos em tramitação e novas demandas ingressantes. Segundo dados do relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2024- ano-referência 2023 (CNJ, 2024, p.139), o Poder Judiciário encerrou o último exercício com 83,8 milhões de processos em tramitação. Por outro lado, no que tange às sentenças e decisões, no ano de 2023 foram proferidas cerca de 33,2 milhões durante o período, representando aproximadamente um terço do volume pendente no sistema judicial.

Convém destacar que ingressaram, no mesmo período, cerca de 35,3 milhões de novos processos, número este compatível em certa maneira com a capacidade de

baixa de processos do sistema de justiça, o qual baixou<sup>88</sup> 35 milhões de processos, conforme gráfico:

**Figura 01 - Série histórica dos casos novos e processos baixados**



Fonte: CNJ - Justiça em Números 2024

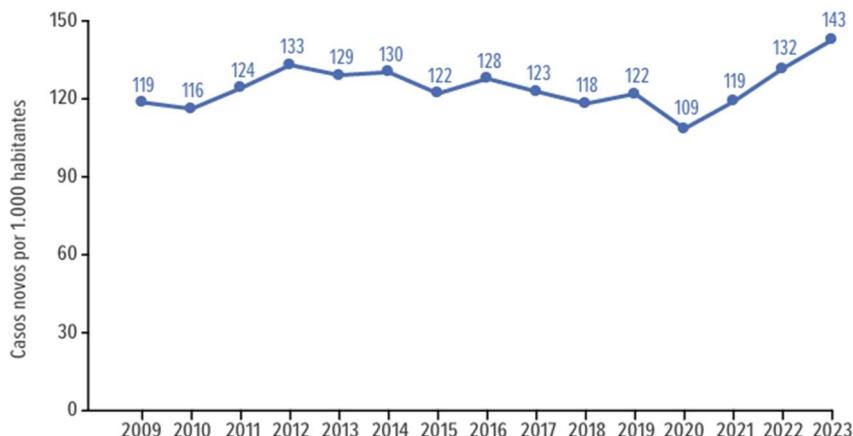
A partir dos dados apresentados, verifica-se que o elevado volume de processos em tramitação em todo o sistema judiciário esbarra na limitação técnica e operacional das diversas instâncias, sendo que seriam necessários pelo menos 2,5 anos para encerrar o passivo existente<sup>89</sup> na primeira instância e 1 ano na segunda instância, mantendo a produtividade dos magistrados e servidores da Justiça, sem que nenhum novo processo ingressasse, o que é virtualmente impossível.

É relevante compreender também a litigiosidade na solução de conflitos pela sociedade brasileira, que pode ser representada a partir de dados sobre o número novo de casos por mil habitantes no ano de 2023 do CNJ: A cada grupo de 100 mil habitantes, 14.273 ingressaram com uma ação judicial no período.

<sup>88</sup> Conforme CNJ (2024), é oportuno esclarecer que, conforme o glossário da Resolução CNJ n. 76/2009, consideram-se baixados os processos remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes, remetidos para as instâncias superiores ou inferiores, arquivados definitivamente e aqueles em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução.

<sup>89</sup> Conforme CNJ (2024, p. 184), este indicador é denominado “tempo de giro de acervo”, utilizado para medição do prazo estimado para zerar o estoque de processos nos diversos segmentos da justiça.

**Figura 02** - Série histórica do número de casos novos por mil habitantes



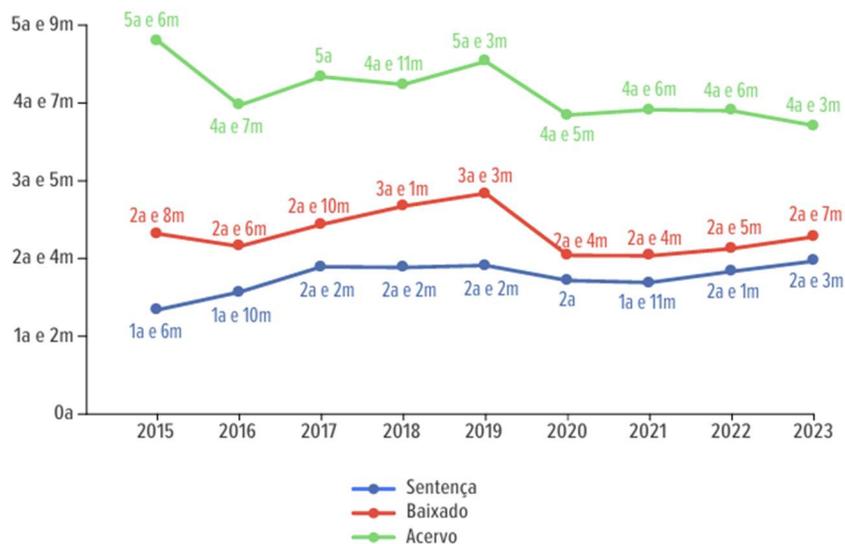
Fonte: CNJ - Justiça em Números 2024

Após o início da tramitação do processo, é relevante apontar o tempo efetivamente utilizado até o primeiro movimento de baixa de cada fase, sendo notória a diferença entre as fases de conhecimento e execução. Para fins de interpretação dos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, considera-se que a baixa dos processos ocorre logo após a sentença.

No Poder Judiciário, o tempo médio do processo baixado é de 2 anos e 10 meses na fase de conhecimento em primeiro grau, de 7 anos e 9 meses na fase de execução no primeiro grau de jurisdição e de 11 meses no segundo grau. Segundo o CNJ (2024, p.17), a fase de execução é a mais morosa e representa um grande número de processos pendentes e de acervo processual.

A Figura 03 apresenta um panorama importante do CNJ (2024, p.280) quanto ao cenário a ser enfrentado por qualquer pessoa que acesse a jurisdição para solução de conflitos:

**Figura 03** – Série histórica do tempo médio de duração dos processos

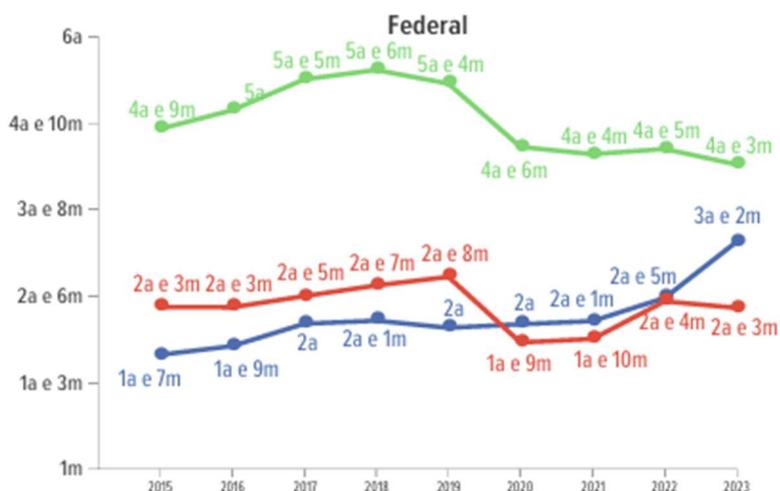


Fonte: CNJ - Justiça em Números 2024

Cabe destacar especificamente a execução extrajudicial em 1º grau, cujo tempo chega a quase 8 anos na justiça comum e mais de 1 ano no juizado especial, o que representa grande lapso temporal entre o pedido e a efetiva satisfação do direito pleiteado.

No que tange à justiça federal, o CNJ (2024, p. 281) tempo médio de duração dos processos é o maior entre as especializações da justiça, cabendo salientar que somado o tempo até a sentença na fase de execução pode ultrapassar 8,5 anos.

**Figura 04** – Série histórica do tempo médio de duração dos processos – justiça federal



Fonte: CNJ - Justiça em Números 2024

Em relação especificamente à conciliação, segundo os dados do CNJ (2024, p.251), os índices de processos resolvidos em audiências são medidos pelo índice de conciliação, o qual representa “o percentual de sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas”.

Quando se analisa os dados por segmento da justiça, os resultados demonstram que tal instituto ainda possui pouca expressão dentro do universo de processos em tramitação. Os índices de conciliação total, incluída a fase-pré-processual, ou seja, aquela que independe da existência de processo formal em tramitação no Poder Judiciário, o qual atinge os patamares de 11,3% para a Justiça Estadual, 20,2% para Justiça do Trabalho e 11% na Justiça Federal, perfazendo um total de 12,1% de conciliação no Poder Judiciário.(CNJ, 2024, p. 255)

Em relação ao índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal, atinge a marca de 11% para a fase de execução e 20,9% acumulados na fase de conhecimento.

Esses resultados ratificam a existência de uma grande janela de oportunidade para a expansão dos meios consensuais de solução de conflitos, notadamente a mediação e conciliação, com a consequente celeridade na solução de conflitos e a necessária redução de custos de gestão administrativa do sistema judiciário brasileiro. A massiva litigância característica do Brasil vem enfrentando desafios com a limitação de recursos e o baixo número de magistrados por habitantes, o que acarreta o acúmulo de processos nas diversas instâncias e, consequentemente, insegurança quanto à garantia constitucional da celeridade processual. O uso de mecanismos que possam desonerar o sistema judicial é fundamental para a eficiência e eficácia da sua atuação.

Especificamente sobre a conciliação, tal expansão tem sido incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça desde a Resolução nº 125, sendo que na justiça estadual, existiam 1.724 CEJUSCs instalados no ano de 2023, representando um crescimento de mais de 476% em relação a 2014, quando existiam 362 CEJUSCs em funcionamento. Em paralelo, o incentivo por parte de Magistrados, servidores dos Tribunais, a instrumentalização de ferramentas digitais, promoção de mutirões e campanhas de conciliação e formação de consciência social quanto aos benefícios das soluções amigáveis dos conflitos são institutos poderosos na disseminação da cultura da busca pelo consenso.

Nos casos em que a União figura como parte, sendo uma das maiores litigantes do sistema judicial brasileiro, a instrumentalização de mecanismos de solução consensual de conflitos se torna ainda mais urgente, em razão da elevada quantidade de processos em trâmite e, em parte, da atuação da advocacia pública<sup>94</sup>, cuja prerrogativa de esgotar os recursos possíveis como dever de ofício, infla os tribunais superiores e conseqüentemente protela soluções de disputas de forma indefinida. O percentual de audiências de conciliação em processos no âmbito da Justiça Federal é o menor entre todas as esferas, sendo que apenas 4,2% dos casos novos a realizam.

### **A crise no direito administrativo e a necessidade de novas abordagens**

Diante deste cenário, no qual é notório a saturação do sistema judicial como solucionador de conflitos sociais, é impossível considerar que a implementação de políticas públicas e o cumprimento dos preceitos constitucionais possam depender única e exclusivamente da jurisdição para resolver suas controvérsias e pacificar os negócios e pactos administrativos.

As relações entre a Administração e administrados tem sofrido transformações importantes para o desempenho de suas funções e cumprimento de objetivos em adequação à nova realidade social, política e econômica em que se insere. Maia Filho (2021, p.315) aponta que:

O abandono da perspectiva exclusivamente estatal caracteriza o direito administrativo na atualidade. O paradigma do Estado democrático de direito levou esse ramo do direito a deixar de ser espaço reservado unicamente ao administrador público para se tornar uma dimensão da cidadania na defesa do interesse público, que não mais se confunde com o interesse estatal.

Há necessidade de uma atuação transversal que proporcione meios de superar o modelo pautado pela unilateralidade, típico do modelo de Estado vigente. No mesmo sentido, Bitencourt Neto (2017, p.217) destaca que a nova realidade impõe nova forma de participação dos particulares e de transferência de responsabilidades voltadas à prossecução de interesse públicos, dentre as quais a busca pelo consenso

---

<sup>94</sup> Esse fenômeno guarda estreita relação com o suposto dever de ofício que os advogados públicos têm de interpor recursos em todos os casos. São, em grande número de vezes, expedientes meramente protelatórios, contrários à jurisprudência dominante e reforçados pela compreensão de que não se aplica à Fazenda Pública a litigância de má-fé, mesmo que o ato praticado cause efetivo prejuízo à parte contrária. (MAIA FILHO, 2021, p.319)

ou, nas palavras do autor, “uma administração concertada” se faz impositiva em relação ao formato de atuação unilateral típico existente.

Desta forma, Maia Filho (2024, p. 316) destaca ainda que o poder estatal, pautado pelo conceito de “liberdades públicas negativas” precisa atuar no sentido de ofertar uma democracia material, buscando realizar os preceitos fundamentais à dignidade humana e aos princípios constitucionalmente garantidos.

A tradição liberal, com foco nos direitos civis e políticos, desprezou essa dimensão na qual a ação do sujeito é determinante para que a democracia seja efetivamente exercida. Bem diferente do que pleiteia o Estado democrático constitucional, em cujo processo de consolidação afirmou-se uma nova categoria de direitos – a dos interesses difusos – que tanto se relaciona com o espaço público como com o privado. Isso se deu, em grande medida, por conta da “publicização” do Direito, fruto de uma concepção na qual a esfera pública, deixando de se cingir apenas ao domínio estatal, passou a intervir cada vez mais na órbita privada, com o foco da prestação jurisdicional passando a ser o interesse social e as condições econômicas e sociais das partes envolvidas nas relações jurídicas. (MAIA FILHO, p.316)

No âmbito do direito administrativo, portanto, a problemática reside na complexidade das controvérsias que envolvam o Estado e particulares. A atuação estatal, pautada pela rigidez da lei e pela observância imprescindível dos princípios<sup>95</sup> que norteiam o direito administrativo, tem enfrentado constantes mudanças para adequar-se aos anseios sociais e permitir o desempenho do seu papel institucional<sup>96</sup>.

A aproximação da administração pública com a busca pela solução consensual de seus conflitos é matéria relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro e ainda demanda aprofundamento doutrinário quanto à superação de uma visão de que tais institutos promoveriam a relativização da indisponibilidade sobre os interesses públicos confiados ao Estado<sup>97</sup>, cuja transação envolve diversos desafios

---

<sup>95</sup> Pietro (2017, p.95) aponta que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são expressos no texto constitucional, porém são acrescidos de outros como a razoabilidade, motivação, finalidade, interesse público.

<sup>96</sup> Maia Filho (2021, p.317) destaca que o novo papel do Estado no mundo atual “implicou a criação de institutos inovadores de direito administrativo, fazendo surgir uma Administração Pública voltada ao estabelecimento de mecanismos de gestão dos serviços públicos que têm como base a cooperação e a mediação, em substituição à lógica regulamentadora clássica de unilateralidade que pautou a conduta administrativa desde que se ampliou a base de legitimação do exercício do poder político-estatal.”

<sup>97</sup> Sobre o tema, Pietro (2017, p. 95) apud Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”.

na tomada de decisão por parte dos gestores e encontra, na escassez de procedimentos e normativos específicos, riscos associados à interpretação dos órgãos de controle<sup>98</sup> sobre o tema.

Os organismos de controle externo brasileiros têm reconhecido que devido à um histórico de hipertrofia do controle e a implementação de uma cultura de punição generalizada de gestores públicos, a exemplo do período da Operação Lava-Jato<sup>99</sup>, essa barreira em relação à atuação dos gestores públicos no processo decisório esbarra no que Dantas (2023, p.17) denomina como infantilização da gestão pública, como se os servidores fossem comparáveis a crianças que se submeteram a uma educação extremamente rígida e como consequência crescem com temor de cometer erros em suas escolhas, deixando de decidir quando necessário por medo da punição. No mesmo sentido, Dantas (2023) destaca sobre a cultura do medo na administração pública, a qual paralisa a gestão e incute a aversão à inovação nas práticas decisórias

A hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública. Agências reguladoras e gestores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio do TCU. Para remediar isso, é preciso introduzir uma dose de consequencialismo. (DANTAS, 2023. p.17)

Dantas (2023) destaca ainda o código do fracasso na administração pública descrito pelo jurista argentino Roberto Dromi, o qual estrutura em forma alegórica de um código, artigos que representam condutas que representam esse comportamento do medo: Art 1º: Não Pode; Art. 2º: em caso de dúvida, abstenha-se; Art 3º: se é urgente, espere; Art 4º: sempre é mais prudente não fazer nada.

---

<sup>98</sup> Ao tratar das controvérsias sobre a indisponibilidade do interesse público no tema da arbitragem, Di Pietro (2017, p.1027) aponta "(...) é correto afirmar que o interesse público é indisponível. Mas isto não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação.". A autora exemplifica ainda o caso do reequilíbrio econômico financeiro de contratos administrativos "(...)sem a recomposição, o contrato pode tornar-se inviável e levar à necessidade de sua rescisão É do interesse público a continuidade dos contratos administrativos."

<sup>99</sup> A operação Lava-Jato foi considerada uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil, teve início em março de 2014 e seus desdobramentos foram responsáveis pela prisão, afastamento e demissão de diversos agentes públicos e privados. A legalidade e parcialidade de procedimentos são objeto de questionamento e anulações pelo STF.

A legislação americana já possui certa evolução em relação ao tema, inclusive com atos<sup>102</sup> que modificaram a forma de resolução de conflitos que envolvem entidades estatais. O fato é que litígios, geralmente, representam desperdícios de recursos orçamentários, dedicação de valiosos recursos humanos especializados e disponibilidade de tempo.

No que se refere à proteção do interesse público, a busca pela eficiência em suas ações e a execução de políticas públicas que representam prestações positivas, direta ou indiretamente vinculados à proteção de garantias e direitos fundamentais, demanda que o aparato estatal e os dispositivos normativos estejam aptos a promoverem o ânimo participativo para o consenso, através das diversas alternativas previstas em lei<sup>103</sup>.

Desta forma, depositar no sistema judicial a solução de conflitos administrativos não é garantia de resultado da melhor escolha pública possível ou da consideração de todos os fatores que envolvem a entrega do objeto pactuado entre o estado e o ente privado, inclusive devido à insuficiência de conhecimento técnico especializado e da visão limitada de consequências<sup>104</sup> práticas no âmbito da entrega das políticas públicas nas decisões judiciais. No caso de garantias de direitos fundamentais, tem sido prática recorrente<sup>105</sup> a adoção de medidas em juízo para obtenção de prestações vinculadas a políticas públicas de obrigação do Poder Executivo, o qual, por razões diversas como planejamento setorial, diretrizes gerais

---

<sup>102</sup> Lan (1997, p. 27-35) aponta que, nos Estados Unidos, importantes instrumentos como The Civil Justice Reform Act of 1990, the Administrative Dispute Resolution Act of 1990 e the Negotiated Rulemaking Act of 1990 representam respostas do Congresso ao crescimento extraordinário dos custos da litigância civil e aos atrasos que contribuem para esses custos.

<sup>103</sup> A Lei nº 13.140 de 2015 trata especificamente da mediação de conflitos que envolva pessoa jurídica de direito público. A nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133 de 2021, possui capítulo específico para tratar das soluções adequadas de conflitos no âmbito de contratos administrativos, configurando verdadeira inovação para a administração e gestão de contratos públicos.

<sup>104</sup> Posner (1994 p. 465), afirma que “o Direito, conforme atualmente concebido na academia e no Judiciário, possui um viés demasiadamente teocrático. Há ênfase excessiva na autoridade, na certeza, na retórica e na tradição, e ênfase insuficiente nas consequências e nas técnicas das ciências sociais voltadas à mensuração dessas consequências. Há confiança demais, curiosidade de menos e pouca consideração pelas contribuições de outras disciplinas. A própria jurisprudência se mostra excessivamente solene e autocentrada” (tradução nossa). Conforme Dantas (2023, p. 13) [...] É comum decisões bem-intencionadas causarem resultados desastrosos.

<sup>105</sup> Sobre a judicialização e seus efeitos nas políticas públicas, é recomendada a leitura do artigo BARREIRO, Guilherme S. S et. al. **Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 459-480, abr. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/QhFKxBfp3knhh89dtDNwS3D/>. Acesso em: 6 fev. 2025.

do órgão responsável pela formulação das políticas<sup>106</sup>, limitações orçamentárias, ineficiência administrativa, divergências de ordem técnicas e jurídicas, deixam de atender ao interesse do particular no âmbito administrativo, transferindo ao juiz a discricionariedade para execução daquele ato.

Nesta seara, Di Pietro (2017, p.1019) destaca que a multiplicação de demandas levadas ao Poder Judiciário, envolvendo a administração pública, fortaleceu a tendência de adotar métodos adequados de solução de conflitos. O direito administrativo tem experimentado transformações para adequar-se à realidade de uma sociedade complexa e democrática, cujas soluções não se satisfazem de forma unilateral, razão pela qual têm se destacado a busca pela construção de medidas consensuais.

Neste espectro, o Tribunal de Contas da União inova ao atrair para si o protagonismo na solução desta apatia administrativa por meio do estabelecimento do consenso, por meio da aproximação do administrado e do controle, para privilegiar o ânimo de solução de todos os envolvidos com o enfoque voltado às questões técnicas, sociais e econômicas.

---

<sup>106</sup> A área da saúde, por exemplo, é fortemente impactada por decisões judiciais que violam o planejamento, orçamento e as diretrizes das políticas do setor. Segundo Insper (2019, p.13), “Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios “Justiça em Números” do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. O crescimento das demandas sobre saúde foi, portanto, muito superior ao crescimento das demandas em geral do Judiciário, reforçando a relevância do tema.”

## Capítulo 3 – Otimização de contratos de concessão

### Panorama do mercado de concessões rodoviárias no Brasil

Guasch et al. (2003, p. 2) em estudo realizado para o World Bank Group aponta que o nível e a qualidade da infraestrutura existente são fundamentais para sustentar o crescimento das economias em desenvolvimento<sup>108</sup> e viabilizar a competitividade de seus mercados. O modelo de ampla prestação direta de serviços por parte de empresas de propriedade do estado passou por uma considerável transformação nos últimos 30 anos.

Segundo o autor, esse sistema provou-se majoritariamente ineficiente em comparação com a atuação de entes privados ou modelos de parceria. Importantes mudanças foram implementadas nesses países a partir da década de 1980, motivadas por necessidades econômicas e reformas estatais, as quais impuseram a criação de programas e modelagens de prestação de serviços pelo setor privado através de concessões em setores como rodovias, ferrovias, saneamento, transporte e energia.

Na esteira dessa transformação em curso na América Latina, o programa de privatizações no Brasil teve seu marco inicial na década de 1990, através do Programa Nacional de Desestatização – PND, posteriormente modificado pela Lei nº 9.491 de 09/09/1997<sup>109</sup>, o qual objetivou:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial

---

<sup>108</sup> Sobre o tema, Guasch et. al. (2003, p 2) indicam que estudos empíricos relacionam o crescimento da economia com os níveis de infraestrutura, com impacto direto destas estruturas (ou da falta delas) na limitação de competitividade dos mercados.

<sup>109</sup>

do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

No caso de rodovias, a escassez de recursos para investimentos decorrentes de um cenário fiscal complexo no final da década de 1980 e a elevada deterioração da malha nacional foram alguns dos fatores essenciais para que as estradas fossem consideradas no amplo programa de desestatização em curso.

CASTELAR e GIAMBIAGI (2000, p.13-43) apresentam um relato histórico sobre a crise econômica brasileira e os fatores que levaram o estado brasileiro a optar por um modelo de privatização de setores considerados não-essenciais. Dentre os apontamentos, destaca-se que a proposta de venda das empresas estatais e dos serviços públicos passíveis de prestação por empresas privadas iniciou em meados da década de 1970 e visava criar um fluxo de caixa permanente para auxiliar no equilíbrio da despesa pública e no controle da inflação galopante que país experimentava naquele período. Os autores indicam que esse objetivo inicial não foi cumprido devido aos diversos desafios políticos e macroeconômicos, razão pela qual o programa só foi levado a termo e passou a ser relevante no contexto econômico nacional durante o governo de Fernando Henrique Cardoso.

Este contexto, no setor de transportes, culminou no desenvolvimento de um programa específico de concessões para rodovias por parte do Ministério dos Transportes, o PROCROFE, instituído pela Portaria MT nº 10 de 1993.

O modelo adotado no Brasil segue a lógica de leilão pensado por Demisetz (1968, p.56) em seu estudo de 1968, o qual propôs a ideia de disputa pelo menor preço ofertado no serviço a ser prestado, de forma que as empresas concorrentes possam mensurar os seus próprios limites de custos operacionais, sem que o Estado tenha que calcular um preço ótimo virtual.

O primeiro marco regulatório do setor é sancionado através da Lei nº 8.987/1995, a qual estabeleceu as primeiras diretrizes nacionais sobre os regimes de concessão e permissão de serviços públicos no Brasil, cujo intuito foi regulamentar o dispositivo da Constituição Federal de 1988 sobre o tema.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Conforme aponta a CNI (2018, p. 21), a primeira fase de concessões ocorreu com a realização de contratação de 858,6km de rodovias diretamente pelo Ministério dos Transportes, em segmentos que já estavam sob jurisdição do extinto DNER – Departamento Nacional de Estradas e Rodagem<sup>113</sup>, enquanto estudos eram realizados para identificar outros segmentos considerados técnica e economicamente viáveis para inclusão no Programa, no qual foram analisados 18 mil km de rodovias, dos quais 11 mil km foram considerados viáveis para concessão e cerca de 7 mil km viáveis somente para a concessão dos serviços de manutenção.<sup>114</sup> Destes, foram contratados no total cerca de 1,3mil km nos principais eixos viários do país, conforme a seguir:

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-116/RJ/SP (NOVADUTRA)	Rio de Janeiro – São Paulo	402
BR-040/MG/RJ (CONCER)	Rio de Janeiro – Juiz de Fora	179,9
BR-116/RJ (CRT)	Rio de Janeiro – Teresópolis – Além Paraíba	142,5
BR-290/RS (CONCEPA)	Osório – Porto Alegre	121
BR-116/293/392/RS (ECOSUL)	Pólo de Pelotas	457,3
BR-493-101 (RIO-NITEROI)	Ponte Rio Niteroi	13,2
<b>TOTAL</b>	<b>06 Lotes</b>	<b>1315,9</b>

**Tabela 01 – Concessões da 1ª Etapa – Fonte: ANTT**

<sup>113</sup> O DNER foi responsável pela gestão de rodovias públicas e a estruturação e fiscalização das rodovias concedidas durante a sua existência, sendo extinto pela Lei n 10.233/2001, a qual criou o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, segregando as atividades de implantação de infraestrutura direta e de regulação e fiscalização de serviços concedidos.

<sup>114</sup> ANTT. **Histórico. Infraestrutura Rodoviária.** Disponível em <http://anuario.antt.gov.br/index.php/content/view/4978/Historico.html>. Acesso em: 01/02/2025.

O programa evolui então mediante uma estratégia de qualificação de trechos de rodovias federais e estaduais, considerados os eixos rodoviários de maior fluxo e que dependiam de maiores investimentos públicos para a sua manutenção, com uma taxa interna de retorno (TIR<sup>115</sup>) elevada para atração de investidores, Plano de Exploração Rodoviária (PER) para cada caso e mecanismos de reajustes anuais que visavam atualizar os preços dos contratos frente ação da desvalorização dos valores de arrecadação previstos, vinculado à uma tarifa básica de pedágio que seria revisada em condições específicas por parte do Poder Concedente. Uma peculiaridade do programa naquele momento foi a obrigatoriedade de participação de grupos construtores nacionais que já atuavam em obras públicas e possuíam “know-how” em construção pesada, atribuindo a empresas construtoras a responsabilidade de garantir o fluxo financeiro necessário ao projeto<sup>116</sup>.

Outras características marcantes da primeira etapa foi a atuação do ente público responsável pelo planejamento das obras e um plano de exploração rígido que não ofertava flexibilidade ao ente privado, como se fosse um contrato de obra pública mediante remuneração por tarifas. Segundo estudo realizado pela CNI (2018, p. 21), o reajuste destas tarifas era vinculado a índices de serviços de engenharia, o que tornou o pedágio excessivamente alto em algumas rodovias e o modelo de execução de obras vinculadas a quantitativos específicos estrangulou a capacidade de modificação ou melhorias nos contratos, o que viria a causar desequilíbrios e ônus desproporcionais aos concessionários.

Em paralelo, foram desenvolvidos mecanismos de delegação de rodovias estaduais para que houvesse a participação daqueles entes na concessão e gestão de ativos em suas regiões, que culminaram na edição da Lei nº 9.277/1996, a chamada Lei das Delegações. Este modelo descentralizado com o tempo se mostrou

---

<sup>115</sup> Conforme GITMAN (2009), TIR é a Taxa Interna de Retorno, um indicador financeiro utilizado para avaliar a viabilidade de investimentos, representando a taxa de desconto que iguala o valor presente dos fluxos de caixa futuros ao investimento inicial, resultando em um Valor Presente Líquido (VPL) igual a zero, ou seja, a TIR reflete a rentabilidade esperada de um projeto ou investimento ao longo do tempo. Se a TIR for superior à taxa mínima de atratividade da empresa, o investimento pode ser considerado viável. A TIR é utilizada na análise de investimentos devido à sua simplicidade, sendo especialmente útil na comparação entre diferentes oportunidades de investimento.

<sup>116</sup> Atualmente são utilizados mecanismos de Project Finance, nos quais o próprio projeto garante a financiabilidade, desvinculando-se da dependência do balanço da empresa para o fluxo de caixa, o qual pode, em certas circunstâncias, ser prejudicado a ponto de inviabilizar as operações da companhia e causar o fracasso do projeto. Estas práticas são fruto de um modelo regulatório mais avançado, o qual o Brasil não possuía na primeira rodada de concessões.

ineficiente e demandou a criação de um formato de unificação da política de concessões rodoviárias.

É importante salientar que o cenário regulatório naquele momento era consideravelmente imaturo no Brasil. O programa de concessões estava a cargo da gestão de um órgão com profundas deficiências estruturais, orçamentárias e técnicas, o DNER, e não existia até aquele momento, um marco regulatório específico que pudesse orientar ou direcionar um modelo que oferecesse a credibilidade necessária para a condução e expansão do PROCROFE.

Assim, na esteira de um processo de criação e estruturação de agências reguladoras que foi levado a termo no início dos anos 2000, marcando o início de uma transformação da atuação do estado, suas funções e do que se conhecia como regulação de mercado no Brasil, foi criada a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres<sup>118</sup>, autarquia federal que tem por finalidade regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes terrestres exercidas por terceiros.

Em 2007, alguns anos após a criação da ANTT, cerca de 10 anos após a primeira rodada, iniciou-se a estruturação de uma segunda etapa de concessões, marcada por inovações regulatórias que visavam corrigir erros estruturais do ciclo anterior. A modicidade tarifária e a sustentabilidade econômica do contrato foram extensamente consideradas, assim como a centralização em obras de infraestrutura para melhorias e ampliação de capacidade, como duplicações, com foco na segurança viária e pagamento de menores tarifas de pedágio por parte dos usuários. Uma segunda fase desta etapa foi responsável por inovações contratuais como “gatilhos” para início de obras de aumento de capacidade, baseado em tráfego, implementação de matriz de risco do projeto e mecanismos de desconto de reequilíbrio em caso de descumprimento contratual por parte da Concessionária. Esta etapa foi responsável pela concessão de 2.640 km em sua 1ª fase e 680,6km na 2ª fase, totalizando 3.305km

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

<b>Rodovias</b>	<b>Trecho</b>	<b>Extensão (km)</b>
BR-116/PR/SC (AUTOPISTA PLANALTO SUL)	Curitiba – Div. SC/RS	412,7
BR-116/PR - BR-376/PR - BR 101/SC (AUTOPISTA LITORAL SUL)	Curitiba – Palhoça	405,9
BR-116/SP/PR (AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT)	São Paulo – Curitiba (Régis Bitencourt)	401,6
BR-381/MG/SP (AUTOPISTA FERNÃO DIAS)	Belo Horizonte – São Paulo (Fernão Dias)	562,1
BR-101/RJ (AUTOPISTA FLUMINENSE)	Ponte Rio-Niterói – Div. RJ/ES	320,1
BR-153/SP (TRANSBRASILIANA)	Div. MG/SP – Div. SP/PR	321,6
BR-393/RJ (RODOVIA DO AÇO)	Div. MG/RJ - Entr. BR-116 (Dutra)	200,4
BR-116/324/BA e BA-526/528 (VIABAHIA)	Divisa BA/MG - Salvador - Acesso à Base Naval de Aratu	680,6
<b>TOTAL</b>	<b>08 Lotes</b>	<b>3305</b>

**Tabela 02 – Concessões da 2ª Etapa - Fonte: ANTT**

O Tribunal de Contas da União realizou diversas auditorias<sup>119</sup> com o propósito de avaliar a efetividade e o cumprimento dos objetivos dos contratos de concessão sob gestão da ANTT no âmbito do PROCROFE, bem como a atuação da agência no papel de fiscalização. Uma das auditorias realizados pelo TCU no âmbito do processo TC 006.351/2013-1, julgado por meio do Acórdão 3.237/2013- TCU-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, referentes à 2ª etapa de concessões, demonstrou níveis elevados de descumprimento das obras pactuadas, com um índice médio de inexecução acima de 80% no período de 2010 a 2012.

<sup>119</sup> Relatórios de Auditorias TCU TC 006.351/2013-1, TC 010.222/2019-7, TC 012.524/2017-9, TC 012.624/2017-9 e respectivos acórdãos.

Concessão	Trecho	Extensão	Inexecuções de obras obrigatórias			
			2009	2010	2011	2012
BR-381/MG/SP Fernão Dias	Belo Horizonte - São Paulo	562,10 km	83,71%	83,71%	75,25%	76,51%
BR-101/RJ Fluminense	Div. RJ/ES Pte. Pres. Costa e Silva	320,10 km	21,75%	89,43%	74,64%	90,32%
BR-116/376/PR e 101/SC Litoral Sul	Curitiba -Florianópolis	382,30 km	65,56%	90,00%	84,80%	91,30%
BR-116/PR/SC Planalto Sul	Curitiba – Divisa SC/RS	412,70 km	0,00%	44,00%	71,80%	64,00%
BR-116/SP/PR Régis Bittencourt	São Paulo – Curitiba	401,60 km	18,27%	87,41%	77,00%	80,63%
BR-153/SP Transbrasiliana	Div. MG/SP - Divisa SP/PR	321,60 km	46,09%	89,00%	96,00%	86,64%
BR-393/RJ Rodovia do Aço	Div. MG/RJ-Entr. BR-116 (Dutra)	200,40 km	95,65%	99,88%	81,24%	97,05%
BR - 116/324 BA Via Bahia	BR-116-Feira de Santana BR-324-Salvador-Feira BR-526/BR-324/BA -528 BA-528/BA-526/Aratu	680,60 km	*	100%	85,96%	**
Índice médio de inexecução			47,29%	85,43%	80,84%	83,78%

Fonte: Processo TC 006.351/2013-1  
\* Assinatura do contrato se deu em 2009.  
\*\* Não apurado, à época da elaboração do Relatório de Auditoria

**Tabela 03 – Auditoria concessões da 2ª Etapa - Fonte: TCU**

A terceira etapa do PROCROFE foi marcada por um modelo de execução mais agressivo, com uma quantidade expressiva de leilões, a alocação dos investimentos de grande monta na fase inicial do cronograma, no qual a concessionária deveria executar o maior volume de obras estruturantes nos primeiros 5 anos da vigência do contrato. Conforme aponta Coutinho (2020), o viés desta etapa foi voltado ao incentivo às grandes obras e investimentos vultuosos, voltados à integração regional e com um perfil desenvolvimentista. Foram implementados mecanismos de garantia por parte de bancos públicos e privados, além de uma distribuição detalhada de riscos. O BNDES editou, juntamente com Caixa e Banco do Brasil, a Carta de Apoio dos Bancos Públicos, a qual serviu de instrumento para assegurar a manutenção das tarifas em patamares estabelecidos, mediante concessão de crédito em condições especiais às concessionárias participantes dos leilões da rodada. Foram realizados então 07 leilões, os quais transferiram 5.348,7km de rodovias para a gestão privada.

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-101/ES/BA (ECO-101)	Entr. com a BA-698 (acesso a Mucuri) - Divisa ES/RJ	475,9
BR-050/GO/MG (MGO Rodovias)	Entr. com a BR-040 (Cristalina/GO - Divisa MG/SP)	436,6
BR-060/153/262/DF/GO/MG (CONCEBRA )	630,20 km da BR-060 e BR-153, desde o entr. com a BR-251, no DF, até a divisa MG/SP, e 546,30 km da BR-262, do entr. com a BR-153 ao entr. com a BR-381, em MG	1.176,50
BR-163/MS (MS VIA)	Trecho integralmente inserido no estado do MS (início na divisa com o estado do MT e término na divisa com o PR)	847,2
BR- 163/MT (CRO)	Trecho de 822,8 km na BR-163 e 28,1 km na MT-407 (início na divisa com o estado do MS e término no km 855,0, no entroncamento com a MT-220)	850,9
BR-040/DF/GO/MG (Via 040)	Trecho Brasília/DF – Juiz de Fora/MG	936,8
BR-153/TO/GO	Trecho Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070)	624,8
<b>TOTAL</b>	<b>07 Lotes</b>	<b>5348,7</b>

**Tabela 04 – Concessões da 3ª Etapa Fonte: ANTT**

Contrariando as expectativas baseadas no crescimento econômico da última década, o cenário econômico do Brasil entrou em crise a partir do ano de 2013, o que causou a frustração de expectativas quanto ao crescimento de demanda e a impossibilidade de cumprimento de compromissos por parte dos bancos quanto à financiamento dos projetos nos anos seguintes.

a conjunção de fatores extraordinários, como o esfacelamento do cenário macroeconômico, evidenciado pelo aumento da SELIC, a inflação crescente percebida via IPCA, o aumento dos preços administrados absorvidos e não reequilibrados, a recessão econômica atingindo as projeções de demanda e as condições de financiabilidade dos projetos de concessão rodoviária, a obrigação de investimentos concentrados nos primeiros anos de implantação da infraestrutura rodoviária e impossibilidade de se repassarem os sobrecustos ao mercado culminaram em condição extraordinária, imprevisível e inevitável, agravada ainda mais pelo contingenciamento fiscal soberano (COUTINHO, 2020, p. 31)

A crise afetou todo o mercado de concessões brasileiro, inclusive contratos referentes às etapas anteriores, os quais passaram a pleitear reequilíbrios econômico-financeiros e ajustes contratuais para reestabelecer a viabilidade de seus negócios. Medidas judiciais foram sistematicamente acionadas, período que marcou o início de uma série de conflitos e litígios entre a ANTT e Concessionárias, o que causou o congelamento de investimentos privados e a redução massiva do ritmo de execução de obras na malha rodoviária.

A quarta etapa do programa de concessões foi concebida no contexto da criação do PPI – Programa de Parcerias e Investimentos<sup>120</sup>, vinculado à Presidência da República, e trouxe inovações quanto a mecanismos regulatório desde a fase de leilão, com aplicação de condições relacionadas à deságio acima do limite estabelecido, a previsão de investimentos em travessias urbanas, o estabelecimento de regramento quanto a gatilhos de tráfego para implementação de obras de aumento de capacidade, além de penalidades contratuais mais rígidas em relação ao descumprimento de obrigações por parte de concessionárias.

Rodovias	Trecho	Extensão (km)
BR-101/RJ (ECOPONTE)	Ponte Rio-Niterói	13,2
BR-101/290/386/448/RS (VIASUL)	Rodovias de Integração do Sul	473,4
BR-101/SC (VIACOSTEIRA)	BR-101/SC	220,4
BR-364/365/MG/GO - ECOVIAS DO CERRADO	BR-364/365/MG/GO	437
BR-101/116/RJ/SP - RIO SP	BR-101/116/RJ/SP - Via Dutra	402
BR 116/465/493/MG/RJ - ECORIOMINAS	BR 116/465/493/MG/RJ	726,9
BR-163/230/MT/PA - VIABRASIL	BR-163/230/MT/PA	1009,5
BR-080/153/414/GO/TO - ECOVIAS DO ARAGUAIA	BR-080/153/414/GO/TO	850,7
<b>TOTAL</b>	<b>07 Lotes</b>	<b>4133,1</b>

**Tabela 05 – Concessões da 4ª Etapa Fonte: ANTT**

Por fim, a recente edição da Política Pública de Outorgas por intermédio da Portaria MT nº 995 de 17 de outubro de 2023, instituiu a política nacional de outorgas Rodoviárias no âmbito do Ministério dos transportes e de suas entidades vinculadas, tornando-se o divisor de águas para o início da 5ª etapa do PROCROFE.

A referida portaria busca a modernização, padronização e otimização dos contratos de concessão de rodovias federais os quais devem ser, segundo o normativo, “orientados para o incentivo a participação da sociedade civil e do

<sup>120</sup> Conforme ementa, a MPV nº 727/2016 criou o "Programa de Parcerias de Investimentos" (PPI) e cria estruturas governamentais para gerenciá-lo. O PPI é composto por todos os empreendimentos públicos de infraestrutura a serem executados pelo setor privado. O programa busca garantir segurança jurídica aos investidores privados, estabelecer regras estáveis, fortalecer o papel regulamentador do Estado e a autonomia das agências reguladoras, com o fim de expandir a oferta de infraestrutura ao País. Cria o "Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República", instância de assessoramento imediato do Presidente da República no que concerne ao PPI. Autoriza o BNDES a constituir e participar do fundo de apoio à estruturação de projetos. Estabelece como dever dos órgãos governamentais a atuação de forma coordenada para que a “viabilização” dos empreendimentos do PPI possa ocorrer “de forma uniforme, econômica e em prazo compatível com o caráter prioritário nacional do empreendimento”.

mercado, definindo diretrizes e procedimentos objetivos e transparentes, capazes de fomentar a sustentabilidade contratual, social e ambiental”.

A nova política se destaca, ao proporcionar, o enfoque na modicidade tarifária, a padronização dos projetos da mesma etapa, a possibilidade de aportes públicos quando previstos investimentos de grande vulto ou de grande complexidade, de forma a garantir o equilíbrio econômico e a viabilidade dos projetos, a previsão de parcerias público-privadas nos termos da Lei de PPPs<sup>121</sup>, o adequado compartilhamento de riscos entre o poder concedente e a concessionária, um dos pontos chave do sucesso ou fracasso de contratos públicos, a retomada dos investimentos em infraestrutura com eficiência e transparência, além do foco na resiliência e na sustentabilidade ambiental, em consonância com as agendas atuais.

A regulamentação do “sandbox regulatório”<sup>122</sup> na ANTT permitiu o incentivo à inovação por parte das Concessionárias, cujas experiências foram responsáveis por novas tecnologias presentes nos novos editais, como a adoção do free-flow (pedágio sem cancelas), sistema de pesagem de veículos em movimento e, no âmbito das soluções consensuais, a implementação do processo competitivo, o qual será detalhado adiante.

### **Porque os contratos de concessão entram em crise: as causas de mutabilidade**

Os contratos de concessão são concebidos a partir de um contexto de generalidades e incompletudes<sup>123</sup>, determinados pela complexidade de seus objetos,

---

<sup>121</sup> BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Diário Oficial da União, 2004.

<sup>122</sup> O sandbox regulatório é um espaço experimental controlado que possibilita a implementação temporária de inovações regulatórias sob monitoramento direto do órgão responsável. No contexto da ANTT, essa iniciativa tem como objetivo estimular o desenvolvimento de soluções inovadoras no setor de transportes terrestres. Implantado por meio da Resolução ANTT nº 5.999/2022, a qual definiu as diretrizes para a criação e operação desse ambiente na agência, permitindo que empresas testem novas soluções sem a aplicação imediata de todas as normas regulatórias. Essa abordagem busca equilibrar a modernização do setor com a segurança jurídica, promovendo maior eficiência e o incentivo à inovação. No ambiente do sandbox, os participantes podem desenvolver e validar novas tecnologias e modelos de negócios, desde que cumpram os critérios definidos e respeitem os limites estabelecidos para a experiência.

<sup>123</sup> Guasch (2003, p.6), sobre incompletude dos contratos de concessão afirma que “*the reasons invoked for these contractual incompletenesses are contractual transaction costs difficult to pin down, bounded rationality of players which are rarely explicitly modeled or some imperfections of the judicial*

as múltiplas variáveis que não são necessariamente previstas (ou passíveis de previsão) de ocorrência durante a existência do ajuste, com características de longo prazo de duração, período no qual coexistem com cenários políticos, econômicos, sociais e regulatórios dinâmicos. A garantia do interesse público na prestação do serviço concedido e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se constituem faces em um delicado balanço que o poder público deve administrar com as ferramentas existentes para a manutenção de uma relação jurídica harmônica e eficaz.

Neste contexto, Di Pietro (2016, p. 323) ressalta que esse equilíbrio é particularmente complexo em contratos nos quais participa a Administração, em razão da diferença em relação à atuação do ente privado, o qual detém maior autonomia da vontade do que o ente público. Este último, em razão da indisponibilidade do interesse público e da dinâmica inerente a ele, possui maior imprevisibilidade na manutenção do equilíbrio na relação contratual<sup>124</sup>.

O interesse público, por natureza, não é rígido, estático ou, mesmo, inerte. (...) interliga-se e se entrelaça com a Economia, com a Política, com as Finanças, com os avanços tecnológicos e com tudo o mais que conforma o entorno fático do contrato.

(...) reconhecer a mutabilidade e o dinamismo das alterações e modificações que podem e certamente surgirão durante a execução de um contrato que contenha um prazo longo é o primeiro passo para concebê-lo a partir das bases e dos parâmetros corretos, prevendo mecanismos que possam ajustá-lo à realidade cambiante.

A interface dos contratos administrativos com o mundo exterior é também causa de instabilidade ao pacto original e às condições inicialmente ajustadas. (...) a mutabilidade encontra-se igualmente atrelada à ocorrência de fatos novos, imprevisíveis e completamente estranhos à vontade das partes, que impactam diretamente nas condições originalmente estabelecidas pelos contratantes. (Garcia, 2022, p. 139)

Di Pietro (2016, p. 340), destaca que a mutabilidade e a presença de cláusulas exorbitantes são característica intrínseca dos contratos de concessão, notadamente no que se refere às causas que fundaram as teorias justificadoras da inexecução de

---

*system, which are assumed in a rather ad hoc way.*” (Os fatores que contribuem para essa incompletude contratual incluem custos de transação difíceis de quantificar, a racionalidade limitada das partes envolvidas—embora raramente modelada explicitamente—e diversas imperfeições no sistema judicial, frequentemente assumidas de maneira arbitrária.) – tradução nossa

<sup>124</sup> Conforme Di Pietro (2023, p.323) a relação entre entes privados e a Administração é objeto de teorias que buscam explicar a complexidade da manutenção do equilíbrio desses contratos, dentre elas destaca-se a “teoria das áleas”, a qual busca compreender os riscos inerentes que os particulares enfrentam ao contratar com a Administração, do ponto de vista empresarial, administrativo e econômico.

contratos, como a teoria da imprevisão, o fato do príncipe, o fato administrativo e alteração unilateral.

Meirelles (2007, p. 239), define fato do príncipe como decisão positiva ou negativa do estado, que possa onerar a execução do contrato administrativo por razões extraordinária e extracontratuais, sendo imprevista e imprevisível, ou seja, fato que possa causar um prejuízo ao contratado ao qual o poder público tem o dever de indenizar para garantir condições para a execução do contrato ou a sua rescisão. Meirelles (2007, p. 239) e Di Pietro (2016, p. 324) destacam que esta causa modificativa constitui uma das áleas administrativas.

O fato administrativo, por sua vez, decorre de condutas do estado em relação ao contrato específico, que inviabiliza, impede ou prejudica a execução por parte do contratado, o que se constitui, na lição de Hely Lopes Meirelles, excludente de responsabilidade por inexecução do ajuste, equiparável à força maior.

A alteração unilateral é medida exorbitante, na qual o estado utiliza-se de sua prerrogativa de modificar o contrato para garantia do interesse público, sendo que conforme assinala Di Pietro (2016, p. 324), é obrigação do poder público reestabelecer o equilíbrio contratual rompido por sua vontade.

Garcia (2022 p. 139) aponta que a mutação é um efeito decorrente das características do próprio contrato de concessão, o qual o autor denomina “idiossincrático por natureza”, do qual não haveria mecanismo suficiente para padronizar ou estabelecer sistemática possível para abarcar todas as possibilidades e causas de modificação. Desta forma, define-se mutação como “a mudança que impacta no contrato de concessão, podendo decorrer de variadas causas, assumir distintas roupagens jurídicas e provocar efeitos e consequências que não obedecem a critérios uniformes”.

Por fim, Garcia (2022, p.139) afirma que “a mutabilidade é um atributo inerente aos contratos de concessão e uma das notas características a sua essência.”, existindo, portanto, dois fundamentos para a mutabilidade:

“(a) a prossecução do interesse público, cuja técnica desenvolvida para sua operacionalização foi o poder de alterar unilateralmente o contrato; (b) a ocorrência de novos fatos econômicos, jurídicos, financeiros, políticos e técnicos que engendrem mudanças significativas em relação ao que foi pactuado originalmente.” (Garcia, 2022, p. 139)

Dadas as situações para mutabilidade dos contratos administrativos, é premissa fundamental a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, ou seja, a paridade originalmente pactuada entre encargos assumidos, prestação e remuneração esperada, na relação estabelecida, conforme preceitua o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e na legislação aplicável. Tal equilíbrio deve ser, portanto, exaustivamente perseguido pelo poder público nas relações contratuais com particulares, pois representa, conforme Garcia (2023, p.211) uma espécie de garantia que envolve a certeza de que haverá reciprocidade econômica entre as obrigações pactuadas e as contrapartidas devidas durante a existência do acordo.

Convém repisar que os entes privados, ao assumirem compromissos contratuais perante a Administração, estão sujeitos a cláusulas exorbitantes que impõem restrições e sujeições diversas daquelas existentes em relações privadas. No que tange a contratos de concessão de longo prazo, a restrição ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*, por exemplo, impõe um ônus desproporcional ao concessionário caso não haja reequilíbrio econômico-financeiro em razão de mutações, tendo em vista que o particular não pode interromper unilateralmente a prestação do serviço ou realizar rescisão unilateral, em razão do princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público (Di Pietro, 2016, p.322).

Desta forma, Garcia (2023, p.210) afirma que a regulação de serviços públicos deve, portanto, considerar central o estabelecimento de formas para “disciplinar aspectos substanciais e procedimentais da mutabilidade, o que alcança equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio” dos instrumentos pactuados.

A falha da Administração na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e das condições ajustadas gera contratos incapazes de entregar os resultados almejados para a sociedade e possui consequências muito mais gravosas do ponto de vista de direitos coletivos, difusos e transindividuais, haja vista que há violação de princípios constitucionais<sup>125</sup>, riscos à continuidade do serviço público, resultando na má gestão da coisa pública e na ineficiência. No caso de concessões rodoviárias, há ainda fatores como o prejuízo à segurança e à vida e dano ao erário, por degradação

---

<sup>125</sup> A CF 1988 estabelece no Art. 37, XXI a garantia da manutenção das condições pactuadas nos instrumentos contratuais. A Lei 8.987/1995 em seu art. 9º, § 4º, estabelece que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ocorrer assim que observado o desequilíbrio contratual. Por fim, a Lei 14.133/2021 no art. 124, II, “d” prevê a possibilidade de alteração do contrato público para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

do patrimônio rodoviário nacional, ainda que não seja oriunda de ato deliberado, porém suficientemente capazes de materializar-se em prejuízos socioeconômicos diretos e indiretos.

Assim, viola-se também o poder-dever de agir da administração, tendo em vista que tal poder é irrenunciável e a omissão na resolução de contratos desequilibrados com consequências danosas aos interesses públicos fere o propósito do dispositivo constitucional<sup>126</sup> que trata da incumbência da Administração de prestar os serviços públicos.

Desta forma, a busca pelo equilíbrio dos instrumentos contratuais se constitui medida exigível do gestor público, não sendo aceitável que a máquina administrativa fique silente perante iniciativas de permissão ou concessão que falhem na consecução de seu objeto.

### **Ativos Estressados no âmbito da ANTT**

Neste contexto, suponha um contrato de concessão hipotético<sup>127</sup>, no qual o estado optou em certo momento por transferir a um ente privado, através de certame público, a execução de determinada atividade, por meio de exploração de seus ativos rodoviários, mediante um regramento específico previsto em edital, em contratos de longo prazo, vinculados à investimentos e serviços, remunerado por cobrança de tarifas, regulados por um marco específico e fiscalizados pela Agência Reguladora correspondente.

Durante a execução contratual, o ente privado deixa de apresentar o desempenho esperado ao descumprir o seu Plano de Exploração Rodoviária e os parâmetros de eficiência e qualidade exigidos. A agência reguladora, utilizando-se de suas prerrogativas legais, aplica as penalidades previstas no contrato e na legislação vigente, as quais são questionadas judicialmente e administrativamente, inclusive com obtenção de medidas cautelares, mediante alegações de desequilíbrios

---

<sup>126</sup> O Art. 175 da CF 1988 estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>127</sup> Define-se concessão em sentido amplo “o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”. (DI PIETRO, 2016. p.336).

econômico-financeiros fundadas em frustrações nas expectativas de demanda, divergências de entendimento técnico, fatos supervenientes ou casos fortuitos e força maior.

O fato é que o resultado efetivo para a sociedade é absolutamente perverso e contrário ao objetivo da delegação da atividade. A agência é compelida judicialmente a permitir que a concessionária mantenha a cobrança de pedágio, esta obtém direito de reajuste de tarifas pela via judicial, deixa de executar as obras de aumento de capacidade e melhoria da segurança viária necessárias para a população e obtém ainda medidas liminares para suspensão de multas e penalidades contratuais aplicadas pela agência reguladora, a qual se torna refém de decisões judiciais reiteradas sem fundamentação técnica adequada.

A concessionária, por sua vez, permanece com um contrato desequilibrado do ponto de vista econômico, muitas vezes suportando prejuízos financeiros, responsabiliza-se por acidentes e ocorrências nas rodovias sob sua gestão, deixa de apresentar resultados práticos na sua operação, por não executar as obras esperadas pela região, não usufrui de incentivos regulatórios para melhoria da sua prestação de serviços e detém o status de inadimplente perante o Estado, sem a possibilidade de rescisão ou transferência do negócio jurídico em razão do elevado ônus ou de impedimentos relativos à modificações societárias.

Chega-se a um ponto de inflexão nas relações subjetivas e institucionais que se assemelham ao conceito conhecido na teoria dos jogos e na economia como “soma-zero”<sup>128</sup>, situação de equilíbrio na qual qualquer impulso por um dos lados da equação resulta no prejuízo do outro. Não se vislumbram, a partir das variáveis existentes e das ferramentas legais ou contratuais utilizadas, alternativas de solução passíveis de gerar ganhos para o Estado, para a sociedade ou para o grupo econômico detentor daquele contrato.

Há, portanto, o que se convencionou denominar “ativo estressado”, ou seja, um projeto de elevado vulto econômico, sem capacidade de entregas relevantes e adequadas ao momento atual, com a frustração dos resultados esperados, desafios

---

<sup>128</sup> Von Neumann. al. (1944) descreveu na obra **Theory of Games and Economic Behavior** a aplicabilidade da teoria dos jogos nos mercados econômicos e como a busca por ganhos indefinidos tende a retirar o equilíbrio (ou mantê-lo) a depender da postura dos atores envolvidos. A teoria dos jogos é amplamente utilizada na análise econômica.

financeiros incapacitantes por parte da SPE detentora do contrato, passivos judiciais e econômicos e prazos de vigência longos, distantes da data para a resolução do contrato e interesse em devolução de ativos por parte das concessionárias.

### **Relicitação e prorrogação contratual – uma nova abordagem**

No contexto de contratos de concessão de infraestrutura (rodovias, ferrovias, aeroportos e portos) com baixa performance e diante do cenário de crise política e econômica no Brasil, foi editada pelo então Presidente Michel Temer, Medida Provisória nº 752, de 24/11/2016, com o foco na retomada dos investimentos privados no setor, cuja exposição de motivos elaborada pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aeroportos, EMI nº 00306/2016 MP MTPA, previu dentre seus objetivos:

(...)reparar problemas e desafios históricos em importantes setores de infraestrutura, buscando viabilizar a realização imediata de novos investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável. (...)

Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho.(...)

[...]Os novos investimentos em concessões existentes têm o condão de reaquecer o setor de infraestrutura logística de forma muito rápida, resolvendo entraves logísticos, aprimorando os níveis de serviços prestados e criando novos postos de trabalho. MTPA (2016, p.01)

A MPV, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2016, surge então como mecanismo para oportunizar a devolução dos ativos pelos detentores, mediante extinção amigável, e a ascensão de nova concessionária por meio de um processo de relicitação coordenada pela ANTT. É criado ainda o instituto da prorrogação e estabelece a possibilidade de solução arbitral no âmbito dos contratos de parceria, o que representa significativo avanço na legislação brasileira para solução de conflitos no setor de infraestrutura.

A arbitragem<sup>129</sup> ganhou notoriedade na ANTT a partir da edição da referida Lei e foi solicitada em 10 ocasiões desde a implantação do método na área de concessões rodoviárias.

<b>PARTES</b>	<b>CÂMARA</b>	<b>PROCESSO ARBITRAL</b>
MGO (atual ECO 050) X ANTT	CCI	23238/2017/GSS/PFF
GALVÃO x ANTT & UNIÃO	CCI	23433/2018/GSS/PFF
VIA 040 x ANTT	CCI	23932/2018/GSS/PFF
CONCEBRA x ANTT	CCI	24595/2019/PFF
VIABAHIA x ANTT	CAM-CCBC	64/2019/SEC7
MS-VIA x ANTT & UNIÃO	CCI	24957/2019/PFF
AUTOPISTA LITORAL X ANTT	CCI	26437/2021/PFF
CONCEBRA x ANTT	CCI	28225/2023/PFF

**Tabela 06 – procedimentos arbitrais em andamento - Fonte: ANTT<sup>130</sup>**

<b>PARTES</b>	<b>CÂMARA</b>	<b>PROCESSO ARBITRAL</b>
ROTA DO OESTE X ANTT	CCI	23960/2018/GSS/PFF
VIA 040 x ANTT	CCI	25572/2020/PFF

**Tabela 07 – procedimentos arbitrais arquivados - Fonte: ANTT**

Após a regulamentação do procedimento de relicitação de contratos no âmbito da ANTT, diversas concessionárias apresentaram pedido de devolução amigável, com expectativa de solução de seus casos em prazos razoáveis, principalmente devido a celeridade prevista em comparação ao processo de caducidade. O procedimento de relicitação tem início em requerimento de interesse por parte da concessionária, análise de viabilidade técnica e econômica e deliberação por parte da ANTT, análise e manifestação por parte do Ministério dos Transportes e posterior avaliação por parte do Comitê do Programa de Parcerias e Investimentos – PPI, o qual possui o condão de qualificar o projeto para licitação futura.

<sup>129</sup> A arbitragem foi introduzida no Brasil pela Lei nº 9.307/1996, com alterações da Lei nº 13.129/2015, e consiste em um meio extrajudicial para resolver disputas sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nesse processo, as partes envolvidas escolhem árbitros, que recebem sua autoridade por meio de um acordo arbitral. A decisão tomada é vinculante e irrecorrível, tendo a mesma validade de uma sentença judicial.

<sup>130</sup> Portal ANTT. **Arbitragem**. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/arbitragem>. Acesso em 09/02/2025.

O rito estabelecido demonstrou ser, na prática, excessivamente lento e de difícil operacionalização por parte da ANTT, não tendo obtido, até meados de 2022, resultados significativos.

Não obstante a necessidade de investimentos prementes no setor de infraestrutura, e quase oito anos da edição da MP 752/2016, o instituto da relicitação não conseguiu demonstrar resultados sólidos no setor de concessão rodoviária.

No setor de concessões rodoviárias, cinco pediram relicitação, e somente uma teve o processo finalizado até o momento. Não obstante o êxito, esse foi apenas parcial, pois para atrair mais competidores o Poder Concedente optou por dividir a concessão em dois lotes, o segundo será relicitado ainda em 2024. (Tribunal de Contas da União – Acórdão 2434/2024 – PLENÁRIO)

Tal situação gerou sucessivas prorrogações contratuais e, devido ao instituto previsto em lei, causou a suspensão de obrigações originalmente pactuadas, inclusive com a postergação da realização de investimentos nas rodovias concedidas, ocasionando uma paralisia ampla de obras no programa de concessões.

Diante deste contexto, o Tribunal de Contas da União, após consulta realizada pelo Ministério dos Transportes, emitiu em 02/08/2023 o Acórdão TCU nº 1593/2023 – PLENÁRIO, o qual manifestou-se sobre a possibilidade de desistência, por parte das Concessionárias, do processo de relicitação solicitada nos termos da Lei nº 13.448/2016, com a consequente permissão de repactuação dos contratos mediante regramento específico.

### **Otimização contratual – uma nova abordagem através do consenso**

O cenário apresentado em relação às dificuldades experimentadas no processo de relicitação de contratos vigentes no âmbito da ANTT, culminou na publicação da Portaria MT nº 848, de 25 de agosto de 2023 pelo Ministério dos Transportes, a qual implementou os procedimentos relativos à otimização dos contratos de concessão, no que se refere à exploração da infraestrutura rodoviária federal, em consonância com a Política Pública de Outorgas<sup>131</sup> e em observância ao Acórdão TCU nº 1593/2023 – PLENÁRIO.

---

<sup>131</sup> A Política de Outorgas do Ministério dos Transportes, desenvolvida pela Secretaria Nacional de Transporte Rodoviário e publicada por meio da Portaria MT nº 995, de 17 de outubro de 2023, busca a modernização, padronização e otimização dos contratos de concessão de rodovias federais os quais devem, segundo o normativo ser orientados para o incentivo à participação da sociedade civil e do

A otimização se define<sup>132</sup> como a readaptação extraordinária dos contratos de concessão da exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal com os objetivos de garantir a defesa do interesse público, a viabilidade técnica, econômica e jurídica, a execução, em curto prazo, de investimentos que tenham por objetivo garantir a trafegabilidade e fluidez segura da rodovia, com a melhoria da capacidade do nível de serviço e a modicidade tarifária.

A portaria é um desdobramento interno da criação, pelo TCU, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos, a SECEXConsenso, em dezembro de 2022, sob comando do então Presidente da Corte, Ministro Bruno Dantas. A SECEXConsenso foi instituída no Tribunal de Contas da União por meio da Instrução nº 91/2022, com o objetivo de estabelecer os procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Esse normativo teve inspiração no princípio da eficiência, incluído na Constituição Federal do Brasil apenas com a Emenda Constitucional 19/1998. Como explica Janaína Jacolina Morais, em “Princípio da Eficiência na Administração Pública”, princípio da eficiência atribui à “administração pública e aos seus agentes a busca do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira evitarem-se os desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”.

Trata-se de um mecanismo para solucionar controvérsias relevantes e prevenir conflitos afetos a órgãos e entidades da administração pública federal, alusivo igualmente ao disposto no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê a celebração de compromisso pelo poder público. (TCU – Portal Solução Consensual) <https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual>

Conforme abordado no tópico anterior, no setor de infraestrutura rodoviária, os contratos de concessão possuem longo prazo de duração, podendo chegar a 30 anos e, naturalmente, muitas das premissas econômicas, financeiras, sociais, técnicas e de desempenho podem não se materializar ao longo dos anos, de forma satisfatória, nos moldes em que foram idealizadas.

---

mercado, definindo diretrizes e procedimentos objetivos e transparentes, capazes de fomentar a sustentabilidade contratual, social e ambiental.

<sup>132</sup> Definição extraída do Art. 1º da Portaria MT nº848, de 25 de agosto de 2023 a qual estabelece a política pública e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão, no que se refere à exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal.

O contrato de concessão não ingressa no mundo jurídico como uma abstração descasada da realidade. As transformações econômicas, financeiras, sociais e tecnológicas acarretam constantes mudanças na realidade de fato, podendo a agência – no exercício de suas competências institucionais e inserida em um sistema de dupla regulação – promover releitura e a reinterpretação do contrato, sem que, a rigor, tenha havido qualquer modificação formal. (GARCIA, 2022. p.129)

Devido ao dinamismo geo-econômico e político, podem surgir ainda a necessidade de execução de novos empreendimentos na vigência dos contratos de concessão, em consequência do desenvolvimento de determinadas regiões, de acordo com o interesse público e decisão por parte do Poder Concedente. Conforme assevera Garcia:

[...] é natural e esperado que cláusulas celebradas em um período mais remoto ou em um determinado contexto demandem releituras – interpretativas ou integrativas – que as tornem adequadas e efetivas à luz das novas realidades e desafios impostos ao contrato e às próprias partes”. (...)Claro que o método a ser utilizado pela agência não é unilateral, mas essencialmente dialógico, com a indispensável ponderação e o sopesamento de outros valores e condicionantes que assegurem os direitos do contratado e preservem a essência e o núcleo do contrato de concessão. (GARCIA, 2022. p.129)

A modificação dos contratos através do processo de otimização propõe uma modernização e padronização desses instrumentos, possibilitando a retomada imediata da execução de obras em concessões que estão com os contratos "estressados"<sup>134</sup>, isto é, com obras paralisadas e/ou com obrigações suspensas, incluindo também aqueles em que os principais investimentos previstos já foram realizados e encontram-se estagnados no ponto de vista de desenvolvimento da infraestrutura. E, ainda, almeja viabilizar, no curto prazo, a execução de novas obras necessárias, mas que não estavam previstas nos contratos originais ou cuja necessidade tenha surgido posteriormente.

Caso contrário, seria necessário aguardar o encerramento dos contratos vigentes, alguns ainda com longo prazo a frente, para que fossem então estruturados

---

<sup>134</sup> Definição específica sobre o termo é tratada no tópico anterior.

novos projetos<sup>135</sup> e realizadas novas licitações, desconsiderando a urgência e relevância dessas novas obras e demandas para a sociedade.

Portanto, a proposta da otimização possibilita a antecipação de novas obras em, no mínimo, 4 (quatro) anos, se comparado com o prazo previsto nos novos projetos em estruturação. Isso porque, os novos projetos em desenvolvimento no âmbito da Portaria MT nº 939/2023, as obras de grande vulto se concentram até o 10º ano de concessão, período este necessário para que a nova concessionária conheça a rodovia, elabore os projetos executivos e obtenha os licenciamentos ambientais pertinentes. O modelo de otimização permite que as concessionárias possam atualizar e utilizar os projetos existentes e os licenciamentos ambientais válidos, possibilitando, após a assinatura dos termos aditivos, o início imediato dessas novas obras.

Além das entregas diretas, a proposta das alterações contratuais por meio da otimização também objetiva modernizar os contratos de concessão das etapas anteriores, que ainda não contemplavam, por exemplo, os mecanismos modernos de incentivos baseados nas teorias de regulação responsiva<sup>136</sup>, novas técnicas de execução de obras, de fiscalização e, ainda, de regulação contratual.

A portaria em questão adentrou em uma necessária uniformização regulatória do modelo de revisão e otimização dos instrumentos contratuais, dentre as quais destaca-se a padronização dos contratos de forma a garantir que os instrumentos contratuais passassem a ter um rol semelhantes de direitos e obrigações, bem como uma sistemática de estruturação do plano de exploração e suas características econômicas de modelagem, de forma a otimizar e sistematizar o processo de fiscalização por parte da agência reguladora. Sob a perspectiva da defesa do interesse público, ressalta-se a vantagem para os usuários a partir da possibilidade de trafegar por rodovias com parâmetros técnicos e de segurança viária similares.

---

<sup>135</sup> Conforme levantamento realizado no âmbito do Ministério dos Transportes, a estruturação de um projeto de concessão pode levar até 4 anos, a depender da complexidade envolvida. Um rito ordinário contempla estudos de pré-viabilidade, EVTEA, levantamentos de campo, modelagem econômico-financeira, qualificação, consultas públicas, submissão ao TCU, aprovação de edital, publicação, leilão e assinatura de contrato.

<sup>136</sup> A regulação responsiva, é uma teoria da idealizada por Ian Ayres e John Braithwaite que se apresenta como alternativa ao modelo de comando-e-controle baseado em punições. A teoria propõe, em apertada síntese, que o regulado tende a responder positivamente a incentivos adequados em um ambiente de cooperação mútua com o regulador e este possui um aparato de mecanismos graduais de *enforcement* para ajuste do comportamento divergente do regulado.

Isso decorre da padronização técnica dos contratos, cuja consequência esperada é a redução do custo regulatório, a facilitação da fiscalização por parte da ANTT e a melhor compreensão das obrigações das concessionárias pela sociedade.

Esta iniciativa traçou um caminho para corrigir uma deficiência histórica<sup>137</sup> no âmbito da fiscalização de contratos por parte da ANTT, em razão da coexistência de diversos contratos estruturados em modelos distintos, sob a égide de marcos regulatórios alterados ao longo do tempo, cuja forma de fiscalização e aplicação de penalidades não é convergente, razão pela qual exige do corpo técnico da agência um aparato administrativo extenso para garantir o cumprimento contratual, monitoramento e a adequada prestação do serviço concedido.

O rito processual que culminará na solução consensual perante o TCU inicia-se com a manifestação de interesse por parte da Concessionária perante o Ministério dos Transportes, responsável por realizar a análise de pré-admissibilidade da proposta, mediante requisitos que delineiam, em sua essência, os preceitos gerais que nortearão a renegociação consensual nas comissões coordenadas pela SECEXConsenso.

O primeiro requisito trata da manifestação quanto à renúncia de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais existentes anteriormente. Tal medida possui o condão de sanear juridicamente o projeto, de forma que os novos termos pactuados de forma consensual não sejam objeto de decisões cautelares que visem a rediscussão de temas referentes ao instrumento original. É importante citar que o modelo de otimização proposto é uma medida alternativa ao litígio no sentido amplo, ou seja, uma construção conjunta de um caminho de pacificação submetida a um regimento especial, com o objetivo central de retomar a capacidade de investimento e entrega de um serviço público de qualidade, na qual tanto a administração quanto o particular devem se comprometer com o resultado do acordo consensual, no âmbito administrativo. Cabendo ressaltar que é prevista na Portaria nº 828 a suspensão das obrigações referentes as pendências contratuais<sup>138</sup>, como multas e penalidades e é

---

<sup>137</sup> A problemática foi objeto de recomendação no Acórdão nº 3237/2013 – TCU – Plenário, o qual indicou a necessidade de reestruturação do modelo de fiscalização dos contratos de concessão de rodovias por parte da ANTT e assinalou a ausência de padronização como uma das deficiências da gestão destes instrumentos por parte do corpo técnico da agência.

<sup>138</sup> A Portaria MT Nº 848 prevê expressamente que não pode haver Termos de Ajuste de Conduta descumpridos por parte da Concessionária. Tal medida é claramente uma solução para coibir o risco moral, evitando-se que o processo de otimização se torne ferramenta para premiar inadimplentes

condição *sine qua non* a inexistência de Termos de Ajustamento de Conduta descumpridos.

O segundo requisito trata da capacidade técnica, econômica e financeira de execução imediata das obras, o qual retrata o interesse maior da administração em relação ao processo: a retomada dos investimentos e entrega de obras para o usuário final das rodovias.

A concessionária interessada na solução consensual fica sujeita a restrições do ponto de vista societário e de permanência no contrato, no que se refere à modificações no controle da sociedade controladora e na possibilidade de transferência do negócio a outro grupo, a vedação de distribuição de dividendos bem como a inaplicabilidade de requerimento de processo de relicitação, nos termos da Lei nº 13.448/2017 após assinatura do acordo pleiteado.

Por fim, é mandatória a renúncia a alegados desequilíbrios passados não reconhecidos pela ANTT e o ressarcimento dos novos estudos em andamento por parte da concessionária.

A proposta submetida pela Concessionária é encaminhada à empresa pública INFRA S/A, para análise preliminar às premissas estabelecidas na Portaria nº 848/2023 e na Política Pública de Outorgas aprovada pela Portaria nº 939/2023, a partir da avaliação da modelagem econômico-financeira, visando subsidiar a manifestação quanto à admissibilidade por parte do Ministério dos Transportes. Em caso positivo, a ANTT, enquanto agência responsável pela regulação e fiscalização do setor, inicia a fase de análise técnica e jurídica da viabilidade das modificações contratuais propostas, considerando as premissas do modelo de otimização e renegociação:

- “I - período de suspensão das obrigações;
  - II - demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade; e
  - III - excedente tarifário cobrado;
  - IV - tarifa básica de pedágio oferecida; e
  - V - valor de outorga oferecido nos leilões.
- §2º Deverão ser mantidos a natureza do objeto contratual, o equilíbrio

---

costumazes, que utilizam do benefício da repactuação para eximir-se de suas responsabilidades, abusando da boa fé.

econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de risco contratual original, além dos objetivos da concessão original.

§3º A análise de que trata o caput deverá comprovar a viabilidade econômico-financeira e operacional do novo termo aditivo.

§4º O termo aditivo deverá prever as premissas de política pública descritas nesta Portaria”

Atendidas as premissas estabelecidas, o processo é remetido ao Tribunal de Contas da União, onde inicia-se o rito para a solução consensual, mediante atuação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos.

O processo de “otimização” é construído conjuntamente por diversos setores da administração pública, com o propósito de buscar maior efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica de soluções tempestivas construídas de modo colaborativo e célere com a sociedade e os entes públicos. Conforme salientado em tópico anterior, a solução consensual de conflitos e o consensualismo podem ser interpretados como poder-dever da administração, em razão dos elevados prejuízos resultantes da inércia na tomada de decisão.

No âmbito do TCU, o procedimento que regulamenta o funcionamento da SECEXConsenso e o rito referente ao processo é a Instrução nº 91/2022, qual possui como objetivo a realização de procedimentos voltados para a solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. O infográfico a seguir apresenta de forma sistematizada procedimento realizado internamente na Corte de Contas, na qual o processo inicia-se com a análise de admissibilidade por parte da Presidência e, havendo manifestação positiva, a designação de comissão específica (CSC – Comissão de Solução Consensual) para cada processo a ser negociado.

A referida Comissão, coordenada por membro da SECEXConsenso, é composta por:

- I - um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador;
- II - um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e
- III - um representante de cada órgão ou entidade da administração pública federal que tenha solicitado a solução consensual ou que, nos termos do inciso V do art. 3º desta IN, tenha manifestado interesse na solução.

§ 2º A Segecex poderá, avaliadas as circunstâncias da respectiva SSC, admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia.

O referido normativo prevê ainda a possibilidade de convite, para participação nas reuniões, na qualidade de colaborador, especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia.

Iniciado o funcionamento da referida Comissão, inicia-se a contagem de prazo de até 90 dias para finalização do termo de acordo, com possibilidade de única prorrogação de até 30 dias, o que ratifica o interesse do TCU em impor celeridade na análise e elaboração de proposta final entre os participantes.

Após a tratativa referente ao termo de acordo, havendo consenso entre as partes envolvidas, o processo é remetido ao Ministério Público junto ao TCU para apreciação e posterior submissão ao Ministro Relator sorteado, ao qual caberá propor a solução à apreciação do Plenário do Tribunal que poderá ser aceito ou rejeitado através de Acórdão.



Figura 5 – Fluxo das etapas da solução consensual no TCU

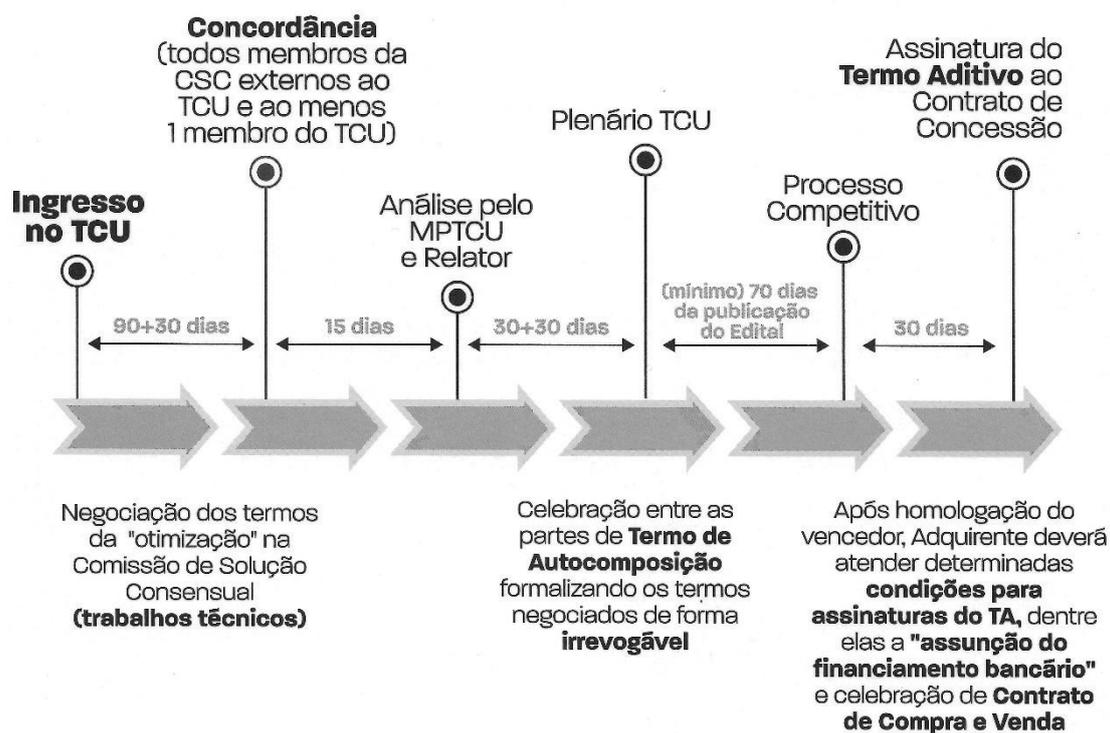


Figura 6 – Etapas e prazos da solução consensual no TCU

A etapa posterior à aprovação do Termo de Autocomposição constitui uma das maiores inovações no processo de otimização contratual, o chamado processo competitivo. O procedimento encontra-se em fase de implementação pela ANTT, no contexto do “sandbox regulatório” especialmente instituído para esta finalidade, na Portaria ANTT DG nº 245<sup>139</sup>, de 16 de setembro de 2024, com o intuito de testar a solução regulatória, prevista no texto preliminar do Regulamento de Concessões Rodoviárias 4 (RCR4), que institui o processo competitivo, a ser realizado no Regime de Recuperação Regulatória (RRR)<sup>140</sup>, nos processos de otimização e readaptação dos contratos de concessão, conduzidos pela SecexConsenso no Tribunal de Contas da União.

O processo competitivo é reflexo dos princípios constitucional previsto no caput do Art. 37, o qual estabelece que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência,

<sup>139</sup> A Portaria DG nº 245 foi posteriormente alterada pela Portaria DG nº 59, de 17 de março de 2025, que modificou a composição da comissão mencionada.

<sup>140</sup> O Regime de Recuperação Regulatória é procedimento estabelecido pela ANTT em alternativa ao modelo de relicitação autorizado pela Lei nº 13.448/2017,

bem como ao preceito fundamental da administração referente ao dever de licitar, previsto no inciso XXI, que abrange os órgãos integrantes da Administração Pública direta, as autarquias, as fundações públicas, os fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do Art. 1º da Lei nº 14.133/2021.

O conceito do procedimento consiste em ofertar publicamente o projeto remodelado, ou seja, permitir que outros partícipes do mercado possam avaliar o contrato de concessão no novo contexto, após a adequação ao novo regramento e aos parâmetros da negociação consensual, podendo arrematá-lo em leilão público mediante regras a serem estabelecidas de competição. Desta forma, outros atores econômicos podem concorrer de forma isonômica ao projeto remodelado, não sendo garantido ao atual concessionário, a permanência no contrato, caso exista melhor oferta para aquisição do ativo.

Assim sendo, atualmente encontra-se em processo de otimização, 14 contratos de concessão de rodovias federais no âmbito do Ministério dos Transportes, oriundos das 4 etapas conduzidas pela União e ANTT desde a década de 1990 e atualmente vigentes:

Concessionária	Trecho	Extensão	Prazo Concessão
Via Brasil	BR-163/MT/PA e BR-230/PA	1.009 km	10 anos
Transbrasiliana	BR-153/SP	321,6 km	25 anos
Rodovia do Aço	BR-393/RJ	200,4 km	25 anos
Planalto Sul	Br-116/SC/PR	412,7 km	25 anos
Litoral Sul	BR-116/376/PR e BR-101/SC	405,9 km	25 anos
Ecosul	BR-116/392/RS	457,3 km	28 anos
Concer	BR-040/MG/RJ	179,9 km	28 anos
Concebra	BR-060/153/262/DF/GO/MG	1.176,5 km	30 anos
Via Bahia	BR-324 e BR-116/BA	680 km	25 anos
Régis Bittencourt	BR-116/SP/PR	389,8 km	25 anos
MSVia	BR-163/MS	847,2 km	30 anos
Fluminense	BR-101/RJ	320,1 km	25 anos
Fernão Dias	BR-381/MG/SP	562 km	25 anos
Eco 101	BR-101/BA/ES	475,9 km	25 anos

**Tabela 08 – Concessões em processo de otimização em andamento**

Os contratos relacionados, segundo estimativas realizadas pela ANTT<sup>141</sup>, viabilizarão o investimento de aproximadamente, R\$ 110 bilhões na malha rodoviária brasileira, dos quais R\$ 26 bilhões aplicados nos primeiros anos dos contratos readaptados.

Convém salientar que o processo de otimização contratual através do consenso é uma alternativa ao procedimento de relicitação previsto na Lei nº 13.448/2007. Desta forma, a negociação consensual para renegociação dos termos contratuais pode concluir pela inviabilidade de prosseguimento do contrato de concessão e pactuar os termos necessários para o encerramento e devolução dos ativos à União. A solução de encerramento pode ser a melhor alternativa ao interesse público, não se configurando, portanto, como um fracasso do processo consensual, pois o propósito central do rito é o saneamento de instrumentos jurídicos incapazes de entregar o objeto previsto e garantir os investimentos necessários. Assim, no caso de acordo para encerramento da relação contratual, consideradas todas as medidas de mitigação de risco moral e garantia do interesse público, é pactuado um plano de transição para que o ativo rodoviário retorne à gestão da União e possa futuramente integrar um novo projeto de concessão rodoviária.

### **Assimetrias de Informação e Risco Moral – mecanismos de tratamento adotados no processo de otimização contratual**

A formatação do modelo de otimização contratual, em razão das características relacionadas à peculiaridades do setor e o vulto econômico em transação, preocupou-se em implementar mecanismos para a mitigação da assimetria de informações que porventura possa existir entre os membros participantes das comissões da SECEXConsenso e os possíveis novos entrantes no mercado de contratos otimizados, bem como o controle e sopesamento dos incentivos de modo a gerir o risco moral (“moral hazard”) que possa ser induzido no âmbito da solução consensual.

A assimetria de informações e o risco moral não são tratados de forma literal na Instrução Normativa TCU nº 90/2022, na Portaria MT nº828/2023, tampouco na

---

<sup>141</sup> Anexo I – Apresentação de lançamento Programa de Otimização de Concessões Rodoviárias do Governo Federal – realizada em 21/11/2024 – Presidência da República.

legislação específica do setor, porém para o presente estudo, considerou-se relevante um destaque haja vista que o tema é inovador em razão do recente impulso que a consensualidade recebeu no âmbito do Tribunal de Contas da União, cuja atuação tem se debruçado na renegociação de instrumentos com elevada complexidade econômica e técnica que apresentam riscos de assimetrias que podem desencadear comportamentos indesejáveis dos agentes e conseqüentemente vícios relevantes como resultado dos acordos a serem firmados.

Em um breve apanhado histórico, não há como tratar do tema da assimetria de informações sem referenciar o clássico exemplo do economista e professor americano George Akerlof (1970), o qual realizou estudo sobre o tema aplicado ao mercado de veículos.

O autor apresenta a tese na qual os produtos no mercado de veículos usados se dividem em dois grupos: bons (pêssegos) e ruins (limões). Um comprador médio desconhece as características específicas de cada grupo, confiando que exista um padrão médio de qualidade que irá receber ao adquirir um veículo.

Não há informações sobre o que os diferencia e quais os parâmetros utilizados na definição do valor dos bens. Enquanto isso, os vendedores possuem a experiência, vivência e acesso ao histórico de manutenção, peças, acidentes e ocorrências mecânicas dos veículos, possuindo maior propriedade sobre a qualidade dos automóveis e oportunidades de benefícios na realização dos negócios, podendo inclusive modular o momento em que esses veículos bons ou ruins acessam o mercado, a depender do preço médio que os compradores de boa-fé estão dispostos a pagar.

Ainda sobre a assimetria de informações e seus efeitos quanto ao risco moral, Holmström (1979, p.88), em um estudo sobre como a observação das ações pode afetar contratos de incentivo e a respectiva alocação de riscos, destaca que no âmbito dos contratos, ainda que haja o estabelecimento de uma regra de compartilhamento ou critério de simetria e igualdade nos acordos, um dos agentes naturalmente, com o passar do tempo, obterá alguma informação nova sobre o ambiente em que está inserido e dificuldades que porventura possam surgir e impactar a performance da sua atividade. Esta constante alteração no equilíbrio do acesso às informações deveria, em tese funcionar como catalizador de ajustes e melhorias naqueles instrumentos.

No mesmo sentido, Pires e Pinto Jr. (2000, p. 3) sobre o tema no setor de energia, destacam que no âmbito da regulação, a assimetria de informações representa um desafio ao regulador que demanda mecanismos para contorná-la.

O regulado tem um conhecimento profundo de suas atividades, etapas de produção e estrutura de custos, enquanto o regulador não possui essas informações. Isto significa que as decisões tomadas pelo regulador muitas vezes se subordinam ao conjunto de informações fornecidas pelos regulados. O regulador não dispõe de instrumentos de mensuração (mecanismos formais para medir) do “esforço” dos regulados. Portanto, o ideal é a criação de um sistema que induza a firma a revelar as informações que o regulador necessita ou a induza a ser eficiente e repartir ganhos de eficiência com consumidores.

[...] cabe notar que o problema da assimetria de informações nunca é eliminado. Desta forma, o regulador deve ser capaz de arbitrar sobre as questões de sua competência sem dispor do mesmo conjunto de informações da firma regulada.

No caso dos contratos objeto de otimização, trata-se, em apertada síntese, da realização de ajustes que visam viabilizar a continuidade do contrato, mediante a suspensão de obrigações, revisão do plano de investimentos, prorrogação de prazos e modificações no modelo de fiscalização. Conforme estabelece a Portaria MT nº 848, a proposta de otimização se inicia a partir de provocação fundamentada por parte da concessionária, ou seja, daquele personagem que detém na teoria todas as informações específicas sobre o negócio, suas nuances operacionais, vícios e oportunidades.

O Poder Concedente, por sua vez, possui uma relação jurídica com uma sociedade privada, cujos objetivos contratuais não têm sido alcançados em sua plenitude e almeja construir um caminho célere de ajustes contratuais baseado em incentivos, com o objetivo de viabilizar a continuidade do projeto e atrair os investimentos necessários para garantir a finalidade original: a infraestrutura de qualidade, dentro dos parâmetros operacionais exigidos, para a sociedade e interesses do país. Sobre o incentivo na regulação, Goettenauer (2009, p.126) destaca:

O que se passa é um reposicionamento do Estado no mercado como um agente que implementa medidas voltadas a buscar o interesse público o incentivo para a adoção pelas empresas de condutas específicas. Para tanto, o governo usa um acervo de estratégias e técnicas regulatórias em linha com um método voltado a produzir mudanças da governança empresarial

O desafio do estabelecimento de uma mesa de negociações e a busca por um acordo através do consenso exige, portanto, a criação de mecanismos específicos para garantir o tratamento da assimetria de informações e coibir a deturpação dos objetivos dos incentivos previstos, de forma que não haja comportamento oportunista ou danoso por parte do ente privado, ou seja, coibir o risco moral. Sobre o tema, Rosa (2023) destaca:

[...] existência de assimetria informacional posterior à celebração do contrato, momento no qual o contratante (principal) busca maximizar sua utilidade a partir do adequado comportamento do contratado (agente), mas não possui informações completas para controlar perfeitamente as ações ou para monitorar a adequação dos comportamentos efetivamente praticados pelo agente. [...]

[...] desequilibra as transações e pode alterar o comportamento das partes, impactando na eficiência e na própria estrutura do negócio. Em face disso, faz-se necessária a previsão de mecanismos contratuais que incentivem ou induzam a revelação e o compartilhamento de informações entre as partes do negócio e que possibilitem a construção de reputação entre as partes envolvidas na relação, reduzindo custos de transação e desincentivando práticas oportunistas entre as partes. (ROSA, 2023, p. 115-116)

Desta forma, o processo de otimização prevê a utilização de instrumentos de indução para incentivar a execução dos investimentos, como o gatilho tarifário, com tarifa diferenciada antes e após a entrega das obras previstas, de forma que a concessionária poderá exercer a cobrança de tarifa maior somente após a entrega da ampliação de capacidade prevista em seu contrato.

Tal medida, segundo a definição de Lopes (2018, p. 188), é um instrumento de indução positiva, em que o regulado ganha um prêmio por ter realizado um comportamento desejável.

[...] Esses instrumentos tem uma íntima relação com a correção de externalidades, em que seu efeito negativo não intencionado para terceiros é trasladado para o agente que o causa por meio da imposição de sobrepreços, tarifas ou tributos.[...]

É um instrumento econômico que pode apresentar vantagens em relação ao comando e controle, por dispensar um conjunto pormenorizado de padrões e um amplo aparato administrativo para fiscalizar e inibir atividades [...] (LOPES, 2018, p.188)

Tem-se, desta maneira, maior sensibilidade da entrega útil por parte da sociedade, com a percepção de justiça tarifária e aplicação de incentivos para

estimular a concessionária a cumprir suas obrigações contratuais com eficiência, por meio da conclusão célere das obras pactuadas.

No sentido oposto, há também a previsão de redução tarifária como penalidade e a previsão de “saída expressa”, o qual se constitui um mecanismo de resolução do acordo pactuado, no qual a concessionária é substituída em caso de descumprimento reiterado de obrigações.

Em relação ao risco moral envolvido, o encerramento da relação contratual por descumprimento do acordo pactuado implicaria no cancelamento de todas as suspensões de obrigações e penalidades existentes antes do termo aditivo, o que se constitui um importante mecanismo de *enforcement* para desencorajar a conduta desfavorável por parte da concessionária.

No que tange ao monitoramento das medidas pactuadas, o Ministério dos Transportes propôs um período de transição no aparato fiscalizatório e de acompanhamento contratual por parte da ANTT, no qual a concessionária fica sujeita, no mínimo nos três primeiros anos, a medidas coercitivas de maior rigor, com avaliações trimestrais, diferentemente das avaliações anuais ordinárias, com a participação e apoio de verificadores independentes no processo de acompanhamento das metas pactuadas, a serem contratados pela empresa pública Infra S.A, com o objetivo de realizar a auditoria de tráfego e receita, avaliação do atendimento aos parâmetros de desempenho e a avaliação técnica das obras em execução, o que tende a reduzir a assimetria de informações entre regulador e regulado.

É importante ressaltar que o processo de otimização, por se tratar de um modelo para tratamento excepcional de ativos estressados e solucionar passivos de contratos existentes, demanda um regramento específico de coerção para garantia do cumprimento das obrigações pactuadas e da mitigação do risco moral envolvido em uma readaptação ampla dos contratos.

A Portaria ainda prevê, expressamente, que não pode haver Termos de Ajuste de Conduta descumpridos por parte da Concessionária solicitante. Tal medida representa uma solução para coibir o risco moral, evitando-se que o processo de otimização se torne ferramenta para premiar inadimplentes costumazes, que utilizam do benefício da repactuação para eximir-se de suas responsabilidades, abusando da boa-fé. Não faria sentido estabelecer uma relação para solução de controvérsias e

prorrogação da relação jurídica sob novos termos, existindo compromissos e pleitos anteriores, em processos em tramitação para rediscussão sobre o tema.

O modelo de consenso impõe ainda um regramento especial em relação à parte societária do grupo controlador da concessionária, o qual deve permanecer inalterado durante o período de transição, bem como fica proibido de transferir seu controle ou distribuir dividendos. Convém salientar que as concessões de rodovias são geridas por SPEs – Sociedades de Propósito Específico, composta por uma ou mais empresas.

A restrição imposta deriva de uma possível preocupação quanto à criação de um mercado secundário de ativos pós repactuação, na qual contratos estressados e inadimplentes, com valor de mercado virtualmente nulos ou negativos devido aos passivos existentes, passassem a ser negociados como projetos rentáveis pelos grupos controladores, deturpando a finalidade e o interesse público da proposta de saneamento dos contratos. Tal medida, aliada à declaração de interesse em permanecer prestando serviço público objeto do contrato vigente, representa importante iniciativa para coibir a mudança de comportamento ou intenção do agente econômico através de incentivos.

No que tange à transparência e isonomia, o estabelecimento de um acordo entre as partes envolvidas na sistemática estabelecida pela SECEXConsenso do TCU, não implica em lavratura imediata de termo aditivo e continuidade do contrato com a concessionária proponente.

O rito estabelece, por fim, a necessidade de um processo competitivo, cujo objetivo é garantir a prevalência dos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e dever de licitar, através da realização de leilão público do ativo remodelado no âmbito da otimização, de forma que qualquer grupo empresarial habilitado que possua interesse no projeto possa concorrer em iguais condições e eventualmente adquirir o ativo. Após o encerramento da fase consensual, é submetido à consulta pública é posteriormente oferecido ao mercado por Edital, com o propósito de alienação de 100% das ações relacionadas à Sociedade de Propósito Específico criada para gestão do contrato. Desta forma, o vencedor do certame adquire o controle acionário da concessionária e passa a ser o detentor do instrumento firmando para exploração e ampliação da infraestrutura, vinculado à

todas as obrigações firmadas no Acordo consensual junto ao Poder Concedente e o TCU.

## Conclusão

Os conflitos são parte inerente e inevitável das relações sociais. A expectativa de atingimento das pretensões individuais passou a enxergar no aparato estatal da jurisdição o solucionador de disputas das mais diversas áreas, com a confiança de que o sistema seria capaz de endereçar todas as diferenças para uma resposta ótima favorável. Assim, passou-se a entender que a responsabilidade pela pacificação social seria de uma instituição, a qual deveria entregar respostas diretas a problemas complexos, encerrando contendas do ponto de vista formal, definindo vencedores e perdedores, sem, no entanto, efetivamente pacificar o conflito interpessoal.

O alcance da pacificação e realização plena como ser humano, por meio de relações baseadas no respeito mútuo, surge da consciência dos deveres em relação ao próximo e da efetivação dos direitos e prerrogativas garantidas pela Constituição. Neste sentido, o ideal da fraternidade tem permeado as relações sociais, o sistema de justiça, o aparato estatal e as instituições, dada a complexidade do tecido social e a quantidade de variáveis que modificam o ambiente em que estão inseridos, o que torna necessário implementar medidas transformadoras e modificadoras das interfaces entre indivíduos e instituições.

É fundamental a concepção de que a construção de uma consciência de responsabilidade fraternal envolva o compromisso do ser com o outro, por meio do diálogo, compreensão e adequada comunicação para que os conflitos sejam solucionados mediante a busca pelo bem comum, em complementação à atuação jurisdicional, através de atuação ativa, com ânimo de transformação do conflito e o atingimento de objetivos e expectativas. A evolução da sociedade tornou possível a incorporação de princípios e valores fraternos em suas cartas constitucionais, de forma que as normas tem se desenvolvido no sentido de incorporar premissas e mecanismos para a solução consensual de disputas.

Os métodos adequados como a conciliação e a mediação tem sido amplamente difundidos no judiciário, incentivadas pelo Conselho Nacional de Justiça com a criação e expansão dos CEJUSCs, com o foco na ampliação da eficácia e a celeridade da solução de conflitos, a qual, impulsionada pelas inovações do Código de Processo Civil de 2015, tem apresentado resultados relevantes nos índices de conciliação. Tal iniciativa se apresenta como fundamental, tendo em vista o volume

de quase 35 milhões de processos que ingressam anualmente no sistema judicial brasileiro e supera inclusive a capacidade de processamento e julgamento, criando passivos importantes e conseqüentemente a morosidade no encerramento dos conflitos.

Do ponto de vista da Justiça Federal e das disputas que envolvam a União, o cenário que se apresenta ainda mais desafiador, tendo em vista que parte das questões são oriundas de conflitos administrativos que envolvem contratos públicos em andamento, voltados à implementação de políticas públicas que não podem aguardar alguns anos por uma decisão e não deveriam estar sujeitas a decisões eminentemente jurídicas, cujas conseqüências sociais e econômicas não podem ser adequadamente medidas.

Diante disso, o reposicionamento da Administração nas suas relações, nas quais a unilateralidade e a imposição de vontade tem se transformado em uma abordagem sistêmica e integrada para construção conjunta de soluções, há necessidade do reconhecimento das oportunidades com a utilização de métodos consensuais nos litígios com origem administrativa, de forma a reduzir ou evitar que tais disputas dependam de decisões judiciais para sua pacificação. É necessário, no entanto, superar o fenômeno da paralisação das canetas e a infantilização dos gestores públicos, os quais, cerceados pela atuação contundente e expansiva de órgãos de controle, deixam de decidir e transacionar tecnicamente no âmbito administrativo como forma de autopreservação, visualizando o litígio judicial como uma medida confortável para situações de alta complexidade.

Neste contexto, o Tribunal de Contas da União, adotou medidas institucionais importantes no sentido de reposicionar a sua atuação técnica para se tornar um Órgão participante das soluções administrativas complexas, por meio de orientação, suporte e endosso aos gestores públicos nas decisões, de forma que a Administração retome o protagonismo e o poder decisório. Assim, a criação da SECEXConsenso se tornou um verdadeiro marco na gestão pública, ao construir um ambiente técnico e seguro de transação, pautado na transparência, participação social, compartilhamento de riscos e segurança jurídica.

No que tange a políticas públicas voltadas à infraestrutura, o mercado de concessões rodoviárias do país é relativamente recente e a regulação tem

amadurecido conjuntamente com os desafios surgidos nesses 30 anos de existência. Contratos de concessão firmados nesse período experimentaram décadas de mudanças políticas, econômicas, técnicas e sociais, as quais alteraram o seu equilíbrio e a sua capacidade de entregas reais à sociedade, originando descumprimentos, penalidades e litígios judiciais que paralisaram a efetividade dos contratos por quase uma década no âmbito da ANTT, dependendo de uma solução definitiva para o avanço e retomada investimentos necessários ao desenvolvimento econômico nacional.

A criação do processo de otimização contratual pelo Ministério dos Transportes, materializado na Portaria MT nº 848/2023, se constitui uma medida importante para a recuperação de ativos ineficientes e busca a padronização dos contratos existentes para que possam retomar sua capacidade de investimentos na infraestrutura rodoviária brasileira. A criação de um ambiente coordenado pela SECEXConsenso, que possa mediar a solução consensual de contratos estressados, representa um marco evolutivo para o setor de transportes e para a Administração, tendo em vista que a negociação dos ativos de concessão envolve atores econômicos com interesses divergentes e convergentes, incentivos e obrigações, os quais devem ser organizados e moderados adequadamente para que não exista desvios nas intenções e nas condutas dos agentes durante e após a celebração dos acordos.

A solução consensual como alternativa à dependência da jurisdição para resolução de todas as disputas impõe celeridade, eficiência e modernidade ao processo de readaptação de contratos, com importantes mecanismos de garantia de isonomia e impessoalidade, como o processo competitivo.

O Ministério dos Transportes demonstrou, no texto da Portaria nº 848, a previsão de mecanismos importantes para assegurar a minimização da assimetria de informações, por meio da implementação de ferramentas de acompanhamento e monitoramento, com a participação de verificadores independentes, mecanismos de garantia de permanência da Concessionária, de forma a solidificar o comprometimento com o acordo pactuado, propôs incentivos e mecanismos de indução positiva e negativa, bem como ferramentas para garantia da transparência e isonomia do processo, com o inovador processo competitivo.

Por fim, foram impostas medidas de restrição quanto à composição societária e a transferência do controle da SPE, de forma que o ativo remodelado não se torne

mercadoria negociável, desvirtuando o propósito da otimização contratual. Desta forma, conclui-se que houve um tratamento importante quanto à possível assimetria de informações e o risco moral envolvidos no processo de consensualidade. A eficácia de tais medidas pode ser objeto de futuros estudos acadêmicos, após a lavratura dos primeiros termos aditivos resultantes do processo de otimização, previsto para o ano de 2025.

O processo de otimização dos contratos de concessão rodoviária se constitui como uma das mais modernas técnicas de solução consensual atual e possui o potencial de resolver disputas em pelo 14 contratos de infraestrutura com baixo desempenho, possibilitando a retomada e ampliação dos investimentos de cerca de R\$ 110 bilhões de reais o que permitirá o desenvolvimento de projetos atualizados e consistentes com as necessidades e interesses públicos, garantindo ao parceiro privado o adequado equilíbrio contratual que viabilize a realização dos investimentos previstos.

## Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A evolução dos direitos fundamentais**. Artigo. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais: São Paulo, 2005. p. 06.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Nota Técnica nº 9/2000 – Risco Moral e Contratos de Concessão**. Rio de Janeiro: ANP, 2000.

AKERLOF, George A. **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1879431>. Acesso em: 08/02/2025.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

ANTT. **Histórico. Infraestrutura Rodoviária**. Disponível em <http://anuario.antt.gov.br/index.php/content/view/4978/Historico.html>. Acesso em: 01/02/2025.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, 1992

BARREIRO, Guilherme S. S et. al. **Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 459-480, abr. 2015.

BEZERRA, Jeanne Almeida. **Carta de Direitos Inglesa (BILL OF RIGHTS, 1689): Um Importante Documento na Constituição dos Direitos Humanos**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/carta-de-direitos-inglesa-bill-of-rights-1689-um-importante-documento-na-constituicao-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

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

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2007.

BRASIL. **CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, DF : Diário da Justiça Eletrônico, 2010.

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. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 1995.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997.

BRASIL. **Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação como meio de solução de conflitos e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.** Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 2021.

BRASIL. **Portaria ANTT DG nº 245, de 16 de setembro de 2024.** Altera a composição da Comissão Mista de Processo Competitivo. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2024.

BRASIL. **Portaria MT nº 848, de 25 de agosto de 2023.** Estabelece a política pública e os procedimentos relativos à readaptação e otimização dos contratos de concessão, no que se refere à exploração da infraestrutura de transporte rodoviário federal. Brasília: Diário Oficial da União, 2023.

BRASIL. **Portaria MT nº 995, de 17 de outubro de 2023.** Institui a Política Nacional de Outorgas Rodoviárias no âmbito do Ministério dos Transportes e de suas entidades vinculadas. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2023.

BRASIL. **PL 11277/2018 - Câmara dos Deputados. Relatório EMI nº 00127/2018**  
**MP MJ MCidades.** Disponível em  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190285>. Acesso em 14 dez 2024.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 3237/2013 – TCU – Plenário. Brasília, DF: TCU, 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. **Acórdão nº 2434/2024 - Plenário**. Relator: **Ministro Aroldo Cedraz**. **Processo nº 033.777/2023-3**. Brasília, DF, 13 nov. 2024. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/2434/2024/Plen%C3%A1rio>. Acesso em: 05/02/2025

BITTONI, Ademir. **A mediação e a lei: o mal-estar no Estado Democrático de Direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5189, 15 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60348>. Acesso em: 22 dez 2024.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2ª Ed. Brasília,DF: Gazeta Jurídica, 2013

CARVALHO, Daniel G. **Thomas Paine e a Revolução Francesa: entre o liberalismo e a democracia (1794-1795)**. Revista. hist. (São Paulo), n.180, a01920, 2021. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/167250/173311>. Acesso em 30 dez. 2024.

CASTELAR, Armando e GIAMBIAGI, Fabio. **A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

CERVO, Amado Luis; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica: para uso dos estudantes universitários**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO. Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30ª Ed. São Paulo, SP. Malheiros, 2014.

CNI. **Concessões rodoviárias: experiência internacional e recomendações para o Brasil**. CNI:Brasília, 2018.p.21-25.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2024**. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 09 de fev de 2025.

COLET, Charlise Paula; HOMMERDING, Adalberto Narciso; SUSKI, Liana Maria Feix. **O conflito social como ferramenta teórica para interpretação da sociedade**. Scientia Iuris, Londrina, v. 26, n. 2, p. 147–166, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bgoeldi/a/53FFNRtTKkg7N5Hc5JNj7Hc>. Acesso em: 12 de fev 2025

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª Ed. São Paulo: JusPodivm, 2009

DA SILVA, Fabiana Lopes. **Os modelos de avaliação para concessões rodoviárias: uma análise crítica dos principais parâmetros nas rodovias brasileiras**. 2014. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

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

DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? *Journal of Law and Economics*, v. 11, n. 1, p. 55-65, 1968. Disponível em: <https://masonlec.org/site/files/2011/04/Demsetz-1968-Why-Regulate-Utilities.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2025.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

DNIT. **Relatório de Gestão 2021**. Disponível em: [https://www.gov.br/dnit/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias-antiga/relatorio-de-gestao/copy\\_of\\_RelatriodeGesto2021.pdf](https://www.gov.br/dnit/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias-antiga/relatorio-de-gestao/copy_of_RelatriodeGesto2021.pdf). Acesso em 16 dez 2024.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Fraternidade e sua relação com a igualdade e a liberdade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4350, 30 mai. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39333>. Acesso em: 12 dez. 2024.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Fraternidade e a 'boa sociedade'**. Cadernos de Ética e Filosofia Política, São Paulo, n. 25, p. 11–19, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5499003.pdf>. Acesso em: 14 dez 2024.

FONSECA. Reynaldo Soares. **A Conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. Reynaldo Soares. **O Princípio da Fraternidade: Seu resgate no sistema de justiça**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. **A Mutabilidade nos Contratos de Concessão**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

GITMAN, Lawrence J.; ZUTTER, Chad J. **Princípios de Administração Financeira**. 13. ed. São Paulo: Pearson, 2012. p. 351.

GHISLENI, Ana Carolina. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal** [recurso eletrônico]/ Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler - Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2011.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6ª Ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. Tradução Claudia Freire. 1ª Ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet (Org.). **Alteridade e fraternidade nas relações sociais: perspectivas para a mediação de conflitos** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018

GROTIUS, Hugo. **The rights of war and peace/Hugo Grotius: edited and with an introduction by Richard Tuck**. From the edition by Jean Barbeyrac. Liberty Fund: Indianápolis, 2015.

GUASCH, J. L.; LAFFONT, J. J.; STRAUB, S. **Renegotiation of Concession Contracts in Latin America**. Washington, D.C.: World Bank, 2003.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; MACHADO, Edinilson Donisete. **O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. p. 3288-3297., 2010.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções: Europa 1789–1848**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HOLMSTRÖM, Bengt. **Moral hazard and observability**. The Bell Journal of Economics, v. 10, n. 1, p. 74-91, 1979.

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução – Sumário executivo**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 21 jan 2025

JABORANDY, MACHADO e FONSECA. **A (in) completude da teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2019. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 13, Nº 2, jul. /Dez. 2019.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: Um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

LAN, Zhiyong. **A Conflict Resolution Approach to Public Administration**. Public Administration Review, vol. 57, no. 1, 1997, pp. 27–35. JSTOR. Acesso em 22 fev 2025.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018. p. 188.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da**

**consensualidade.** In: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - 'Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos'. 56ed. Florianópolis: Boiteaux, 2012, v. 21, p. 14031-14060.

MACHADO, A.M. **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: a desapropriação por interesse público.** Monografia Final de Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 71 p.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica - Fundamentos e Alcance.** 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2017

MARDONES, Rodrigo. **Estudios recientes sobre fraternidad: de la enunciación como principio a la consolidación como perspectiva.** 1ª Ed. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2010.

MAIA FILHO, Mamede Said. **Sentido e Alcance do Direito Administrativo no Estado Contemporâneo e os Influxos da Globalização.** In: Desigualdades globais e justiça social [livro eletrônico]: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia. Org. Rebecca Lemos Igreja e Camilo Negri. 1ª ed. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p.315-339

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 33ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. **Exposição de Motivos EMI nº 00306/2016 MP MTPA - Documento**

MOREIRA NETO, Diogo F. **Novos Institutos Consensuais Da Ação Administrativa.** In: Revista de Direito Administrativo. Ed. 231. Rio de Janeiro, RJ. Jan./Mar. 2003. p.129-156.

MORIN, Edgar. **Terra Pátria.** 4ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

PESSOA, Mariana Lisboa. **Ocupação Irregular e Regularização Fundiária de Interesse Social em Áreas de Proteção Ambiental: O caso da Ilha Grande dos Marinheiros, Porto Alegre/RS.** Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional). Porto Alegre, 2014

Portal ANTT. **Arbitragem.** Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/arbitragem>. Acesso em 09/02/2025.

POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.

PREIS, Marco Antônio. **Teoria dos Deveres Fundamentais.** 2020. I Concurso de Artigos Científicos Justiça Cidadã. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/RCSTJ/article/download/6426/6550>>. Acesso em: 12 dez. 2024

PROFETA, Graciela Aparecida; LÍRIO, Viviani Silva; SANTOS, Elke Silva. **Atuação das agências reguladoras nas concessões de rodovias no Brasil: implicações do problema agente-principal**. *Redes (St. Cruz Sul, Online)*, v. 21, n. 1, p. 189-208, jan./abr. 2016.

ROUSSEAU. Jean-Jaques. **O Contrato Social**. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

SANDEL. Michael J. **A Tirania do Mérito - O que aconteceu com o bem comum?** 1ª Edição. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira, 2020.

SIMMEL, Georg. **The Sociology of Conflict: I**. Tradução de A. W. SMALL. The Mead Project, 2007. Disponível em: [https://brocku.ca/MeadProject/Simmel/Simmel\\_1904a.html](https://brocku.ca/MeadProject/Simmel/Simmel_1904a.html). Acesso em: 12 fev 2025.p. 490-525

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas** / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: atualizado de acordo com o novo CPC. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Direito no séc. XXI - o que a Fraternidade tem a dizer - Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Josiane Rose Petry Veronese; Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira; Sergio Ricardo Ferreira Mota (Orgs.). Florianópolis,SC: Insular, 2016.

VIAL, Sandra Regina Martini. **O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível** / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte: ESP-MG, 2010, p. 117

VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1944.

WARAT, Luiz Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e cartografia**. Tradução de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Florianópolis: ALMED, 1998.

\_\_\_\_\_, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004