

**FLÁVIO AMARAL GARCIA**

***A MUTABILIDADE  
NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO***

## ***A MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO***

© FLÁVIO AMARAL GARCIA

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495  
URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
04.2021

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

G216m Garcia, Flávio Amaral.  
A mutabilidade nos contratos de concessão / Flávio Amaral Garcia. –  
São Paulo : Malheiros, 2021.  
368 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-5860-017-6

1. Contratos de concessão - Mutabilidade. 2. Contratos de concessão  
- Regulação. 3. Contratos administrativos. 4. Contratos de concessão -  
Aspectos econômicos. 5. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

CDU 347.9:35.078.6

### **Índice para catálogo sistemático:**

1. Contratos de concessão : Mutabilidade 347.9:35.078.6  
(Biblioteca responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 8/10213)

**SUMÁRIO**

<b>APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS</b> .....	9
<b>PREFÁCIO</b> .....	11
<i>Capítulo 1 – INTRODUÇÃO</i>	
<b>1.1 Objeto da investigação</b> .....	18
<b>1.2 Delimitação do objeto</b> .....	20
<b>1.3 Plano de investigação</b> .....	23
<i>Capítulo 2 – A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEU IMPACTO NA MUTABILIDADE</i> .....	
<b>2.1 A evolução histórica dos contratos de concessão</b> .....	28
<b>2.2 Os contratos de concessão contemporâneos: sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade</b> .....	32
2.2.1 <i>A dimensão regulatória dos contratos de concessão</i> .....	33
2.2.1.1 <i>A margem de autonomia da regulação do contrato de concessão</i> .....	37
2.2.1.2 <i>A regulação por contrato e o grau de flexibilidade</i> .....	40
2.2.1.3 <i>A procedimentalização da mutabilidade na regulação do contrato de concessão</i> .....	43
2.2.2 <i>A alocação de riscos</i> .....	45
2.2.2.1 <i>A teoria das âleas e a evolução para alocação dos riscos</i> .....	45
2.2.2.2 <i>A alocação contratual dos riscos e a sua metodologia</i> .....	50
2.2.2.3 <i>As consequências de uma inadequada alocação contratual dos riscos</i> .....	55
2.2.2.4 <i>Os riscos e a mutabilidade endocontratual</i> .....	58
2.2.3 <i>A regulação de resultados nos contratos de concessão</i> .....	59
2.2.4 <i>A construção dialógica do contrato de concessão</i> .....	70
2.2.4.1 <i>Os instrumentos dialógicos e o contrato de concessão</i> .....	74
2.2.4.2 <i>Os reflexos da concepção dialógica do contrato de concessão na mutabilidade</i> .....	80
2.2.5 <i>A concepção multilateral do contrato de concessão</i> .....	84
2.2.5.1 <i>A multilateralidade e a mutabilidade</i> .....	90
2.2.6 <i>Os contratos de concessão à luz da Análise Econômica do Direito</i> .....	94
2.2.6.1 <i>A teoria dos contratos incompletos</i> .....	95
2.2.6.1.1 <i>A incompletude dos contratos de concessão e a mutabilidade</i> .....	100
2.2.6.2 <i>A teoria dos contratos relacionais</i> .....	106
2.2.6.2.1 <i>A natureza relacional dos contratos de concessão e a mutabilidade</i> .....	111

2.2.6.3	<i>As agências reguladoras e os contratos de concessão incompletos e relacionais</i>	116
2.2.6.3.1	A regulação por contrato e a regulação por agência	117
2.2.6.3.2	A função interpretativa e integrativa da agência nos contratos de concessão incompletos e relacionais	123
<b>Capítulo 3 – A MUTABILIDADE E AS CAUSAS TRADICIONAIS DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO</b>		131
3.1	<b>Uma contextualização inicial da mutabilidade: histórico e fundamentos</b>	132
3.2	<b>O “ius variand”</b>	136
3.2.1	A reponderação do interesse público	140
3.2.2	A procedimentalização do “ius variandi”	142
3.3	<b>A teoria da imprevisão</b>	148
3.3.1	A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão	156
3.3.2	A imprevisão na previsão	160
3.4	<b>O fato do príncipe</b>	169
3.5	<b>O fato da Administração</b>	182
3.6	<b>As sujeições imprevistas</b>	185
3.7	<b>Caso fortuito e força maior (o exemplo da COVID-19)</b>	188
3.8	<b>As alterações bilaterais e as suas mais variadas causas</b>	192
3.9	<b>A renegociação nos contratos de concessão</b>	196
3.10	<b>As causas tradicionais de modificação dos contratos de concessão à luz da realidade contemporânea</b>	199
<b>Capítulo 4 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E A MUTABILIDADE</b>		202
4.1	<b>Aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão</b>	203
4.2	<b>Equilíbrio econômico-financeiro e riscos</b>	213
4.3	<b>Equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio nos contratos de concessão</b>	217
4.3.1	Desequilíbrio e reequilíbrio: completudes, incompletudes e aspectos procedimentais	220
4.3.2	Medidas e parâmetros para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão	228
4.3.2.1	O plano de negócios	231
4.3.2.2	O Caso Base	233
4.3.2.3	A Taxa Interna de Retorno (TIR)	235
4.3.2.4	O Fluxo de Caixa Marginal	237
4.3.3	As medidas antecipatórias de preservação do equilíbrio econômico-financeiro	238
4.3.3.1	O reajuste	239
4.3.3.2	A revisão ordinária	242
4.4	<b>A importância do prazo na conformação do equilíbrio econômico-financeiro e sua delimitação temporal na lei e no contrato</b>	245

4.4.1	<i>A prorrogação do prazo nos contratos de concessão: pressupostos, fundamentos e requisitos</i> .....	250
4.4.2	<i>A prorrogação do prazo como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão</i> .....	256
4.4.3	<i>A formalização da prorrogação do prazo</i> .....	258
<b>Capítulo 5 – LIMITES MATERIAIS À MUTABILIDADE dos Contratos de Concessão</b> .....		262
5.1	<b>O princípio da concorrência</b> .....	263
5.2	<b>O princípio da intangibilidade do objeto</b> .....	268
5.3	<b>O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual</b> .....	270
5.3.1	<i>As modificações que podem ser introduzidas sem nova licitação</i> .....	274
5.3.1.1	<i>As modificações que tenham sido previstas no edital</i> .....	274
5.3.1.2	<i>A modificação decorrente da necessidade de obras ou serviços adicionais</i> .....	276
5.3.1.3	<i>As modificações decorrentes da imprevisibilidade</i> .....	279
5.3.1.4	<i>As modificações subjetivas do cocontratante</i> .....	281
5.3.1.5	<i>As modificações que não sejam substanciais</i> .....	284
5.3.2	<i>As modificações de valor que podem ser introduzidas sem nova licitação</i> .....	284
5.3.3	<i>As modificações substanciais que não podem ser introduzidas sem nova licitação</i> .....	285
5.3.3.1	<i>As modificações substanciais que alterariam a regra do jogo</i> .....	287
5.3.3.2	<i>As modificações substanciais que alterariam o equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante</i> .....	288
5.3.3.3	<i>As modificações substanciais que alargam o âmbito da concessão</i> .....	289
5.3.3.4	<i>As modificações substanciais subjetivas</i> .....	290
5.3.4	<i>Reflexões sobre a regulação europeia da mutabilidade</i> .....	290
5.4	<b>A mutabilidade no Direito Brasileiro e os limites materiais</b> .....	295
5.4.1	<i>A ausência de uma regulação normativa sistêmica sobre mutabilidade nos contratos de concessão</i> .....	295
5.4.2	<i>A inexistência de limite de valor para a modificação dos contratos de concessão</i> .....	297
5.4.3	<i>O princípio da atualidade e sua vinculação com a mutabilidade</i> .....	301
5.4.3.1	<i>A atualidade na vertente da incorporação de novas tecnologias</i> .....	302
5.4.3.2	<i>A atualidade na vertente da melhoria e da expansão do objeto</i> .....	306
5.4.4	<i>O controle procedimental dos limites materiais da mutabilidade</i> .....	309
5.4.5	<i>A alteração subjetiva e seus limites</i> .....	310
5.4.5.1	<i>A transferência do contrato de concessão e a transferência do controle acionário</i> .....	311
5.4.5.2	<i>O “step-in rights” e a assunção do controle acionário pelo financiador</i> ....	319
<b>Capítulo 6 – CONCLUSÕES</b> .....		325
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....		335