

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
e-mail: 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

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS	9
PREFÁCIO	11
<i>Capítulo 1 – INTRODUÇÃO</i>	
1.1 Objeto da investigação	18
1.2 Delimitação do objeto	20
1.3 Plano de investigação	23
<i>Capítulo 2 – A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEU IMPACTO NA MUTABILIDADE</i>	
2.1 A evolução histórica dos contratos de concessão	28
2.2 Os contratos de concessão contemporâneos: sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade	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
Capítulo 3 – A MUTABILIDADE E AS CAUSAS TRADICIONAIS DE MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO		131
3.1	Uma contextualização inicial da mutabilidade: histórico e fundamentos	132
3.2	O “ius variand”	136
3.2.1	A reponderação do interesse público	140
3.2.2	A procedimentalização do “ius variandi”	142
3.3	A teoria da imprevisão	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	O fato do príncipe	169
3.5	O fato da Administração	182
3.6	As sujeições imprevistas	185
3.7	Caso fortuito e força maior (o exemplo da COVID-19)	188
3.8	As alterações bilaterais e as suas mais variadas causas	192
3.9	A renegociação nos contratos de concessão	196
3.10	As causas tradicionais de modificação dos contratos de concessão à luz da realidade contemporânea	199
Capítulo 4 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E A MUTABILIDADE		202
4.1	Aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão	203
4.2	Equilíbrio econômico-financeiro e riscos	213
4.3	Equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio nos contratos de concessão	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	A importância do prazo na conformação do equilíbrio econômico-financeiro e sua delimitação temporal na lei e no contrato	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
Capítulo 5 – LIMITES MATERIAIS À MUTABILIDADE dos Contratos de Concessão		262
5.1	O princípio da concorrência	263
5.2	O princípio da intangibilidade do objeto	268
5.3	O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual	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	A mutabilidade no Direito Brasileiro e os limites materiais	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
Capítulo 6 – CONCLUSÕES		325
BIBLIOGRAFIA		335