

FLÁVIO AMARAL GARCIA

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

*2ª edição,
revista e atualizada*

2023

A Mutabilidade nos Contratos de Concessão

© FLÁVIO AMARAL GARCIA

1ª edição, 2021; 2ª edição, 2023;

*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*

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

09.2022

1227305

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G216m Garcia, Flavio Amaral

A mutabilidade nos contratos de concessão / Flavio Amaral Garcia – 2. ed., rev., atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

384 p.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-442-3964-3

1. Direito Administrativo 2. Contratos de concessão - Mutabilidade 3. Contratos de concessão – Regulação

I. Garcia, Flavio Amaral II. Título.

CDD 341.352

Índice para catálogo sistemático:

1. Contratos de concessão : Mutabilidade 347.9:35.078.6

(Biblioteca responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 8/10213)

SUMÁRIO

Capítulo 1 – Introdução	15
1.1 <i>Objeto da investigação</i>	16
1.2 <i>Delimitação do objeto</i>	18
1.3 <i>Plano de investigação</i>	22
Capítulo 2 – A Concepção Contemporânea dos Contratos de Concessão e seu Impacto na Mutabilidade	27
2.1 <i>A evolução histórica dos contratos de concessão</i>	28
2.2 <i>Os contratos de concessão contemporâneos: sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade</i>	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>	41
2.2.1.3 <i>A procedimentalização da mutabilidade na regulação do contrato de concessão</i>	44
2.2.2 <i>A alocação de riscos</i>	46
2.2.2.1 <i>A teoria das áleas e a evolução para alocação dos riscos</i>	46
2.2.2.2 <i>A alocação contratual dos riscos e a sua metodologia</i>	51
2.2.2.3 <i>As consequências de uma inadequada alocação contratual dos riscos</i>	56
2.2.2.4 <i>Os riscos e a mutabilidade endocontratual</i>	59
2.2.3 <i>A regulação de resultados nos contratos de concessão</i>	60
2.2.4 <i>A construção dialógica do contrato de concessão</i>	71
2.2.4.1 <i>Os instrumentos dialógicos e o contrato de concessão</i>	76
2.2.4.2 <i>Os reflexos da concepção dialógica do contrato de concessão na mutabilidade</i>	81
2.2.5 <i>A concepção multilateral do contrato de concessão</i>	86
2.2.5.1 <i>A multilateralidade e a mutabilidade</i>	92
2.2.6 <i>Os contratos de concessão à luz da Análise Econômica do Direito</i> ...	96
2.2.6.1 <i>A teoria dos contratos incompletos</i>	97
2.2.6.1.1 <i>A incompletude dos contratos de concessão e</i>	

	a mutabilidade	102
2.2.6.2	A teoria dos contratos relacionais	108
2.2.6.2.1	A natureza relacional dos contratos de concessão e a mutabilidade	114
2.2.6.3	As agências reguladoras e os contratos de concessão incompletos e relacionais	119
2.2.6.3.1	A regulação por contrato e a regulação por agência	120
2.2.6.3.2	A função interpretativa e integrativa da agência nos contratos de concessão incompletos e relacionais	126

Capítulo 3 – A Mutabilidade e as Causas Tradicionais de Modificação dos Contratos de Concessão	135
3.1 <i>Uma contextualização inicial da mutabilidade: histórico e fundamentos</i>	136
3.2 <i>O ius variandi</i>	140
3.2.1 A reponderação do interesse público	144
3.2.2 A procedimentalização do <i>ius variandi</i>	147
3.3 <i>A teoria da imprevisão</i>	152
3.3.1 A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão	160
3.3.2 A imprevisão na previsão	164
3.4 <i>O fato do príncipe</i>	174
3.5 <i>O fato da Administração</i>	187
3.6 <i>As sujeições imprevistas</i>	190
3.7 <i>Caso fortuito e força maior (o exemplo da COVID-19)</i>	193
3.8 <i>As alterações bilaterais e as suas mais variadas causas</i>	197
3.9 <i>A renegociação nos contratos de concessão</i>	201
3.10 <i>As causas tradicionais de modificação dos contratos de concessão à luz da realidade contemporânea</i>	204

Capítulo 4 – Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão e a Mutabilidade	209
4.1 <i>Aspectos conceituais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão</i>	210
4.2 <i>Equilíbrio econômico-financeiro e riscos</i>	220
4.3 <i>Equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio nos contratos de concessão</i>	225
4.3.1 Desequilíbrio e reequilíbrio: completudes, incompletudes e aspectos procedimentais	227
4.3.2 Medidas e parâmetros para recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão	236
4.3.2.1 O plano de negócios	239

4.3.2.2	O Caso Base	241
4.3.2.3	A Taxa Interna de Retorno (TIR)	243
4.3.2.4	O Fluxo de Caixa Marginal	245
4.3.3	As medidas antecipatórias de preservação do equilíbrio econômico-financeiro	246
4.3.3.1	O reajuste	247
4.3.3.2	A revisão ordinária	250
4.4	<i>A importância do prazo na conformação do equilíbrio econômico-financeiro e sua delimitação temporal na lei e no contrato</i>	254
4.4.1	A prorrogação do prazo nos contratos de concessão: pressupostos, fundamentos e requisitos	258
4.4.2	A dilação do prazo como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão	265
4.4.3	A formalização da prorrogação do prazo	266
Capítulo 5 – Limites Materiais à Mutabilidade dos Contratos de Concessão		271
5.1	<i>O princípio da concorrência</i>	272
5.2	<i>O princípio da intangibilidade do objeto</i>	278
5.3	<i>O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual</i>	280
5.3.1	As modificações que podem ser introduzidas sem nova licitação ...	283
5.3.1.1	As modificações que tenham sido previstas no edital ...	284
5.3.1.2	A modificação decorrente da necessidade de obras ou serviços adicionais	286
5.3.1.3	As modificações decorrentes da imprevisibilidade	288
5.3.1.4	As modificações subjetivas do cocontratante	291
5.3.1.5	As modificações que não sejam substanciais	294
5.3.2	As modificações de valor que podem ser introduzidas sem nova licitação	294
5.3.3	As modificações substanciais que não podem ser introduzidas sem nova licitação	295
5.3.3.1	As modificações substanciais que alterariam a regra do jogo	297
5.3.3.2	As modificações substanciais que alterariam o equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante	298
5.3.3.3	As modificações substanciais que alargam o âmbito da concessão	298
5.3.3.4	As modificações substanciais subjetivas	299
5.3.4	Reflexões sobre a regulação europeia da mutabilidade	300
5.4	<i>A mutabilidade no Direito Brasileiro e os limites materiais</i>	305
5.4.1	A ausência de uma regulação normativa sistêmica sobre mutabilidade nos contratos de concessão	305

5.4.2	A inexistência de limite de valor para a modificação dos contratos de concessão	307
5.4.3	O princípio da atualidade e sua vinculação com a mutabilidade ...	311
5.4.3.1	A atualidade na vertente da incorporação de novas tecnologias	312
5.4.3.2	A atualidade na vertente da melhoria e da expansão do objeto	316
5.4.4	O controle procedimental dos limites materiais da mutabilidade	319
5.4.5	A alteração subjetiva e seus limites	321
5.4.5.1	A transferência do contrato de concessão e a transferência do controle acionário	321
5.4.5.2	O <i>step-in rights</i> e a assunção do controle acionário pelo financiador	329
Capítulo 6 – Conclusões		335
BIBLIOGRAFIA		345