

FLÁVIO AMARAL GARCIA

*A MUTABILIDADE
NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO*

*2ª edição,
revista e atualizada*

2023

Capítulo 2

A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEU IMPACTO NA MUTABILIDADE

2.1 A evolução histórica dos contratos de concessão. 2.2 Os contratos de concessão contemporâneos: sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade: 2.2.1 A dimensão regulatória dos contratos de concessão: 2.2.1.1 A margem de autonomia da regulação do contrato de concessão – 2.2.1.2 A regulação por contrato e o grau de flexibilidade – 2.2.1.3 A procedimentalização da mutabilidade na regulação do contrato de concessão – 2.2.2 A alocação de riscos: 2.2.2.1 A teoria das âleas e a evolução para alocação dos riscos – 2.2.2.2 A alocação contratual dos riscos e a sua metodologia – 2.2.2.3 As consequências de uma inadequada alocação contratual dos riscos – 2.2.2.4 Os riscos e a mutabilidade endocontratual – 2.2.3 A regulação de resultados nos contratos de concessão – 2.2.4 A construção dialógica do contrato de concessão: 2.2.4.1 Os instrumentos dialógicos e o contrato de concessão – 2.2.4.2 Os reflexos da concepção dialógica do contrato de concessão na mutabilidade – 2.2.5 A concepção multilateral do contrato de concessão: 2.2.5.1 A multilateralidade e a mutabilidade – 2.2.6 Os contratos de concessão à luz da Análise Econômica do Direito: 2.2.6.1 A teoria dos contratos incompletos: 2.2.6.1.1 A incompletude dos contratos de concessão e a mutabilidade – 2.2.6.2 A teoria dos contratos relacionais: 2.2.6.2.1 A natureza relacional dos contratos de concessão e a mutabilidade – 2.2.6.3 As agências reguladoras e os contratos de concessão incompletos e relacionais: 2.2.6.3.1 A regulação por contrato e a regulação por agência – 2.2.6.3.2 A função interpretativa e integrativa da agência nos contratos de concessão incompletos e relacionais.

Para os fins do presente estudo é indispensável examinar as principais características hodiernas que conformam a estrutura e a modelagem do contrato de concessão e se conectam diretamente com a temática da mutabilidade.

A lente da mutabilidade incide em uma estrutura totalmente distinta das conhecidas concessões oitocentistas. Os contratos de concessão contemporâneos apresentam características e peculiaridades que produzem, dentre tantas outras consequências no universo do direito administrativo, um impacto direto no modo e na forma de enxergar a mutabilidade.

Desse modo, esses contratos exigem constante atenção acerca da mutabilidade, com a previsão de mecanismos assecuratórios capazes de se adaptarem às vicissitudes que porventura aconteçam durante a execução, de acordo com os parâmetros e a moldura própria do direito público.

A mutabilidade integra a essência dos contratos de concessão e deve ocupar um papel de centralidade na sua regulação, como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho. Por isso, é relevante compreender como a mutabilidade se insere nos contratos de concessão e na forma como eles são atualmente estruturados.

2.1 A evolução histórica dos contratos de concessão

Examinar os contratos de concessão contemporâneos requer, ainda que de forma bastante sucinta e estritamente conectada aos objetivos deste trabalho, expor alguns traços evolutivos dos contratos de concessão.

Esses contratos – nomeadamente aqueles cujo objeto era a prestação de um serviço público – passaram por vários ciclos no Brasil, com maior ou menor intensidade na sua utilização. Essa marcha, nem sempre linear, pode ser atribuída não só a questões ideológicas (com a compreensão de maior ou menor preponderância do Estado na execução das tarefas públicas), mas também aos aspectos fiscais que, não raro, empurram os entes públicos a contar com investimentos privados para alavancar serviços e infraestruturas públicos.

A técnica concessionária foi bastante utilizada no Brasil na parte final do século XIX até os primeiros anos do século XX.¹ Era um período caracterizado pela escassez de recursos públicos e pela alta demanda por construções de infraestruturas e serviços públicos, tais como estradas de ferro, iluminação pública, fornecimento de água e esgotamento sanitário – entre tantos outros.

Apresentava-se, portanto, o cenário ideal para convocar os particulares a investir em infraestruturas e serviços públicos por meio de contratos de concessão, naturalmente dotados de prazos alongados para a viabilização da amortização dos investimentos.² Assim, a ausência de uma legislação consistente³ ou, mesmo, de definições mais concretas da jurisprudência centrava nos contratos de concessão a estipulação dos direitos e deveres das partes.

Para os fins específicos da investigação da mutabilidade é importante anotar que essa era uma época marcada por regulamentos e por contratos que procuravam predeterminar as ocorrências, já que os tempos eram de elevada estabilidade,⁴ em

1. Sobre a evolução histórica das concessões no Brasil e no mundo v.: Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessões*, Belo Horizonte, Fórum, 2015, pp. 36-112.

2. Para um aprofundamento dos aspectos históricos v.: Caio Tácito, “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro”, in Caio Tácito, *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*, vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 722.

3. A primeira legislação sobre o tema foi editada em 1852 com o advento da Lei 631, de 26.6.1852, autorizando o Governo Federal a celebrar o contrato de concessão para a construção e a exploração de ferrovia que atravessava os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

4. Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre M. Wald relatam que os riscos de oscilações de mercado, mesmo das taxas de juros, não eram elevados e que as relações contratuais eram marcadas pelas “(...) determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes” (*O Direito de Parceria e a Nova Lei Geral de Concessões Comuns: Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95*, São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 37).

especial, se comparados com os dias atuais. Havia certo grau de previsibilidade, com as mudanças políticas e econômicas operadas de modo lento e bastante gradual.

Mesmo em contextos com essas características buscava-se criar condições seguras para o aporte de recursos privados pelos empresários, atribuindo ao contratado a exclusividade na exploração do negócio e um conjunto sólido de garantias e de salvaguardas econômicas redutoras de maiores riscos.⁵

Sob os auspícios e a influência das decisões do Conselho de Estado francês, iniciou-se também a concepção no Brasil de que esses contratos podiam ser unilateralmente alterados para bem prover o interesse público, assegurando, em contrapartida, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro⁶ – como será aprofundado nos capítulos subsequentes.

Entretanto, após essa fase de intensa utilização deu-se um ciclo de esvaziamento do contrato de concessão. Isto foi causado, fundamentalmente, pelo impacto das Guerras Mundiais e pelo movimento estatizante que levou o Brasil a criar empresas estatais nos mais variados setores da economia, ocupando o lugar que outrora era reservado às sociedades empresárias por meio da técnica de delegação do contrato de concessão. Também à época não estavam as sociedades empresárias capitalizadas para promover investimentos em contratos dessa natureza, o que explica, sob a ótica econômica, o declínio das concessões.⁷

Assim, a partir da década de 1930 a intervenção estatal se fez presente em vários campos das atividades econômicas e na prestação dos serviços públicos, com a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas integrantes da Administração Pública indireta, agigantando a máquina estatal.⁸ Claro que, num ambiente marcado pela presença forte do Estado em vários setores da economia, a delegação aos particulares pela via do contrato de concessão foi perdendo espaço e se esvaziando.

O pêndulo voltaria a se movimentar a partir da década de 1980. A ausência de recursos públicos, aliada a uma percepção generalizada da perda de eficiência do Estado na execução de suas tarefas, fez retomar, com intensidade, a discussão sobre a

5. Cf.: Themístocles Brandão Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967, p. 315.

6. Cf.: Caio Tácito, “O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”, in Caio Tácito, *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*, vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 239.

7. Conforme explica Floriano de Azevedo Marques Neto: “O período do pós-Segunda Guerra Mundial assistiu a uma redução do recurso dos Estados ao instituto da concessão como meio de viabilizar a realização e a oferta de utilidades públicas. Em grande medida, nesse período, a concessão foi substituída pela multiplicação de entes privados da Administração Pública encarregados, por mecanismos de descentralização, de organizar e prestar serviços públicos. Mas isso não fez desaparecer a concessão como um instrumento fundamental de engajamento dos privados na consecução de finalidades públicas a cargo da Administração. Esse processo ocorreu por uma série de fatores, a começar pela debilidade dos atores privados, combatidos principalmente pelo destouro das economias mundiais pelos anos de guerra” (*Concessões*, cit., p. 63).

8. Durante esse período várias empresas estatais foram criadas, podendo-se mencionar como exemplos a Companhia Vale do Rio Doce, a Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS), as Centrais Elétricas Brasileiras S/A (ELETROBRAS), a SIDERBRAS, a PORTOBRAS, a TELEBRAS – entre tantas outras.

redução da participação estatal na economia e a imperiosa necessidade fiscal de contar com os recursos privados para a alavancagem de infraestruturas e serviços públicos.

No entanto, foi a partir da década de 1990 que o movimento de desestatização se solidificou, seja por razões fiscais, seja por um ideário mais liberal, cujo marco legal mais expressivo foi a aprovação do Programa Nacional de Desestatização (PND). Este foi instituído pela Lei 8.031/1990 – posteriormente revogada pela Lei 9.491/1997 –, que manteve, entretanto, os objetivos fundamentais dessa retomada do pêndulo a favor da maior participação privada nos negócios públicos.

É nesse contexto que os contratos de concessão retomaram o seu papel de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, que se consolidou, de forma definitiva, com o advento da Lei 8.987/1995, a qual instituiu um regime jurídico de concessões e permissões de serviços públicos para a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, fixando normas gerais sobre a matéria.⁹

Esse breve recorte histórico da evolução das concessões no Brasil não difere, a rigor, do que ocorreu na Europa. Até porque, como se demonstrará nos capítulos subsequentes, o direito administrativo brasileiro teve como inspiração o direito administrativo francês, o que explica, em certa medida, a coincidência do itinerário histórico.

Assim, também no século XIX as concessões ganharam enorme impulso na França¹⁰ e em outros Países da Europa Continental, designado como a “época de ouro das grandes concessões”.¹¹ O franco declínio na utilização das concessões avizinhou-se no período pós-Guerra, quando se afirmou um Estado Social de cunho mais intervencionista.

No início dos anos 1980 retomou-se novamente um processo de liberalização e de desestatização das economias na Europa. Em outras palavras, abandona o

9. Assim, apesar de as concessões apresentarem *status* constitucional desde a Constituição/1934, apenas com o advento da Lei 8.987/1995 se construiu um regime jurídico com natureza de norma geral e não mais apoiado em legislações esparsas como o Código de Águas, instituído pelo Decreto 24.643 de 10.7.1934, o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei 4.117 de 27.8.1962, ou mesmo o Código Brasileiro de Aeronáutica, instituído pela Lei 4.117, de 27.8.1986.

10. Como lembra Xavier Bezançon, *Essai sur les Contrats de Travaux et Services Publics*, Paris, LGDJ, 1999, p. 104.

11. Pedro Gonçalves contextualiza esse momento histórico: “Mas a expansão da utilização da concessão verifica-se sobretudo a partir do último quartel do século XIX, com o desenvolvimento da então designada atividade social ou de serviço público do Estado (que a doutrina distinguia da atividade jurídica ou de função pública). Neste contexto, a concessão passava a representar um fenômeno de substituição do Estado por particulares no desempenho das tarefas de serviço público, sendo essencialmente aplicada na nova administração de infraestrutura (construção de caminhos de ferro, de redes de abastecimento de água, de iluminação pública e de comunicações) e na exploração dos serviços prestados com base nesse infraestrutura (prestação de serviços públicos ferroviários, de abastecimento de água, de iluminação pública, telégrafos e telefones): nascia a concessão (de obras e) de serviços públicos e iniciava-se a época dourada das concessões” (*A Concessão de Serviços Públicos (Uma Aplicação da Técnica Concessória)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, pp. 47-48).

Estado a satisfação direta de determinadas tarefas públicas e de uma responsabilidade administrativa máxima,¹² assumindo funções mais afetas à regulação, ao controle e à fiscalização e menos voltadas à execução e à gestão direta das atividades.¹³ A liberalização das atividades é centrada também no incremento da efetiva concorrência entre os diversos operadores econômicos,¹⁴ sendo assentada na premissa de que, quanto maior a competição, maiores a eficiência e os benefícios para consumidores e usuários.

Esse cenário fez a técnica concessionária retomar o seu papel de centralidade para a atração de investimentos privados, mas agora em um panorama bastante distinto em relação àquelas concessões oitocentistas.¹⁵

Aquelas concessões refletiam o direito administrativo da época, com algumas características que as distinguiam dos contratos de concessão contemporâneos: (a) eram definidas, estruturadas e modeladas unilateralmente pelo ente público, sem maiores espaços dialógicos para interações com o setor privado; (b) como consequência dessa visão unilateral do contrato, as obrigações eram rigidamente definidas nele, sem maiores espaços de flexibilização ou adequação; (c) o contrato não era concebido como uma estratégia regulatória; (d) os cenários eram de maior previsibilidade e as mutações econômicas, políticas, financeiras e, principalmente, tecnológicas eram operadas com uma velocidade bem menor do que nos tempos atuais; (e) a engenharia financeira dos contratos era mais singela; (f) a relação jurídica era essencialmente bilateral, ou seja, constituída apenas entre o poder concedente e o concessionário; (g) predominava a teoria doutrinária das áleas, e o estudo dos riscos não havia, ainda, evoluído para ocupar o papel de centralidade na estruturação dos contratos de concessão; (h) as causas tradicionais de mutabilidade, oriundas do direito administrativo francês, eram suficientes para explicar e operacionalizar as modificações nos contratos administrativos.

12. Expressão referida por Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos (Uma Aplicação da Técnica Concessória)*, cit., p. 8.

13. Pedro Gonçalves alude que as instituições comunitárias determinaram o reposicionamento dos Estados-membros nas respectivas economias nacionais, constringendo-os a liberalizar e a privatizar alguns dos mais tradicionais serviços públicos. O autor pondera que todo esse processo de liberalização das indústrias de rede, direito de acesso, regulação por instâncias administrativas especiais, sujeição das empresas a obrigações de serviços públicos ou serviço universal é inspirado no modelo americano das *public utilities*, que nos Estados Unidos sempre funcionou segundo os postulados liberais e é executado por agentes privados (Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos (Uma Aplicação da Técnica Concessória)*, cit., pp. 14 e 18).

14. Como anota Fernanda Maças, “A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 373.

15. Aduzindo a um Estado Regulador e mesmo a uma Europa Reguladora, Maria João Estorninho adverte que as concessões do final do século XX apresentam feições inteiramente distintas daquelas do século XIX (“Concessão de serviços públicos – Que futuro?”, in José Luís Martínez López-Muñiz e Fausto de Quadros (coord.), *IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo – Direito e Justiça*, Lisboa, Católica, 2005, pp. 21-23).

Pretende-se no presente capítulo investigar como essas premissas conceituais, que orientavam os antigos contratos de concessão, foram profundamente alteradas e, precipuamente, qual é o impacto desta nova conformação no estudo da mutabilidade.

2.2 Os contratos de concessão contemporâneos: sua nova configuração e relação direta com a mutabilidade

Como antes referido, a concepção clássica do contrato de concessão foi se alterando bastante a partir do final do século XX. Sem pretender esgotar o histórico desse processo evolutivo, não se pode ignorar a enorme influência que as *Private Finance Initiatives (PFIs)*, oriundas da Grã-Bretanha, exerceram na modelagem e na concepção dos contratos estruturantes de relevantes interesses públicos, nomeadamente nas parcerias público-privadas.¹⁶

O fenômeno impactou a Comunidade Europeia¹⁷ e alcançou também o Direito Brasileiro com a edição da Lei 11.079/2004, que instituiu as parcerias público-privadas sob o signo do contrato de concessão.

Motivadas por uma nova abordagem proveniente das parcerias público-privadas, as próprias concessões se reconfiguraram. Maria Eduarda Azevedo anota a existência de uma nova geração de concessões, que apresentam, atualmente, outro figurino. Alerta a autora que “(...) a concessão renascida, nas modalidades de obra ou de serviço público, é compaginável com uma boa parte da geometria variável dos esquemas PPP”.¹⁸

Assim, a estruturação dos contratos de concessão contemporâneos apresenta: (a) engenharia econômica e financeira bastante complexa; (b) o enfoque desses negócios transmuda-se de bilateral para multilateral; (c) a participação dos operadores econômicos é ativa na própria concepção e modelagem dos negócios, tornando-os menos herméticos e unilaterais; (d) a alocação de riscos configura-se como um elemento central para contratos desta natureza, em especial no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro; (e) o foco no resultado muda completamente a forma como se estrutura o negócio; (f) o progresso tecnológico impõe novas formas de executar os serviços públicos e as atividades, apontando na direção de uma indispensável associação com os operadores econômicos não apenas pelas restrições

16. Reitera-se o ponto de que não é objetivo deste trabalho investigar um tipo contratual específico, mas a mutabilidade em contratos duradouros, nomeadamente aqueles que estruturaram serviços e infraestruturas públicas. Seguro afirmar, entretanto, que as parcerias público-privadas decorreram, em certa medida, das próprias concessões de serviços públicos, a demandar uma inevitável associação entre os contratos. Neste sentido, v.: Fernão Justen de Oliveira, *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, pp. 81-83.

17. A relação entre as parcerias público-privadas e as concessões está bem descrita in Commission of the European Communities, *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*, 2004, disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0327en01.pdf (acesso em 24.3.2019).

18. Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 2009, pp. 526-527.

orçamentárias, mas também pela *expertise* técnica própria do setor privado; (g) a velocidade das mutações é substancialmente distinta daquela que pairava à época das concessões oitocentistas, quando a mutabilidade estava atrelada quase que integralmente ao poder estatal de alteração unilateral do contrato; (h) o contrato de concessão ostenta uma dimensão regulatória e multidisciplinar, em especial, com o contributo da Análise Econômica do Direito.

Todos esses aspectos serão examinados no presente capítulo, sendo que eles constituem uma linha de corte indispensável na geometria dos contratos de concessão contemporâneos quando tratam da mutabilidade.

O que se pretende demonstrar é que as novas configurações desses contratos modificaram a própria compreensão da mutabilidade. Assim, olhar a complexa temática da mutabilidade pela lente do contrato de concessão do século passado não é mais suficiente.

Portanto, é preciso compreender como esse novo enquadramento impacta a mutabilidade dos contratos de concessão – o que se fará na sequência.

2.2.1 A dimensão regulatória dos contratos de concessão

Em uma visão ampla, a regulação corresponde a uma espécie de intervenção estatal que visa a orientar o comportamento dos agentes econômicos para resultados que possam beneficiar toda a coletividade.¹⁹ A regulação pode assumir diferentes formas, métodos, critérios e estratégias.

Nesse contexto, a intervenção regulatória em determinados setores pode ser instrumentalizada pela via contratual.²⁰ Tal ação ocorre quando o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias, que serão determinantes para conceber e formatar aspectos essenciais na prestação do serviço ou gestão da infraestrutura.

Inferir que o contrato é um mecanismo de regulação não é, propriamente, nenhuma novidade. O objetivo primário de qualquer contrato, público ou privado, é o de regular as relações humanas – sejam sociais ou econômicas –, harmonizando o acordo de vontades das partes por meio da disciplina jurídica dos recíprocos direitos e obrigações.

A título comparativo, nos contratos administrativos de menor prazo e que resultam na entrega de uma obra ou de um bem, ou mesmo na prestação de um

19. Veja-se definição de Vital Moreira: “Estas duas ideias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos” (*Autorregulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 34).

20. Como já se teve a oportunidade de aduzir: “A modelagem do contrato de concessão também se enquadra como importante técnica de regulação, em especial quando a atividade regulada se caracteriza por ser um serviço público” (Flávio Amaral Garcia, *Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 79).

serviço instrumental, a dimensão regulatória ocupa um espaço mais tímido, que visa – como, de resto, nos demais contratos – a disciplinar juridicamente o compartilhamento de direitos e obrigações. A regulação contratual opera, como regra, em efeitos restritos às partes, com objetivos e pretensões de conformar relações jurídicas com particulares que manifestem interesse em prover o setor público dos bens e serviços necessários ao atendimento das mais distintas e variadas finalidades.

Perceber a abrupta diferença da dimensão regulatória entre esses contratos e os contratos de concessão é quase que intuitivo. O grau de intensidade regulatória varia, fundamentalmente, em razão da natureza e das finalidades intrínsecas dos objetos nos contratos de concessão, em especial quando afeta a prestação de serviços públicos, que guardam uma conexão mais intensa com o atendimento de interesses públicos primários e com a concretização de direitos fundamentais.²¹

Decorre, também, da própria essência das estruturas concessionais contratualizadas, que predicam relações jurídicas essencialmente duradouras e colaborativas, com seus efeitos sendo continuados e prolongados no tempo.²²

Hodiernamente os contratos de concessão assumiram um inegável e exponencial aumento da intensidade regulatória, resultante de um conjunto de decisões políticas, econômicas, financeiras, sociais, técnicas e jurídicas que expressa o núcleo essencial da regulação administrativa.

Colabora para essa maior intensidade de carga regulatória nos contratos de concessão o impacto que o advento do Estado Regulador provocou no Estado Contratante, configurando pontos de interseção e convergência,²³ além de uma saudável retroalimentação entre novas formas de agir e de se relacionar com o administrado, seja no campo da regulação, seja no da contratação pública.

Não seria equívocado assentar que o direito regulatório contribuiu sobremaneira para as transformações ocorridas no direito administrativo contemporâneo, inaugurando novos métodos de atuação administrativa que se expandiram para outras categorias e institutos jurídicos.²⁴ A repercussão foi profunda na regu-

21. Cf.: Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 689.

22. Pedro Gonçalves esclarece que, em razão de as concessões promoverem uma substituição da Administração pelo cocontratante por um longo período de tempo, a doutrina tende a qualificá-las como contratos organizacionais, com a função de troca sendo ultrapassada por uma função de cooperação (*from exchange to cooperation*) (*Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2016, p. 498).

23. Modernamente, vários Países têm discutido sobre a criação de estruturas institucionais para regular e supervisionar as entidades públicas em matéria de contratação pública. Para o aprofundamento do tema e das experiências no Direito Comparado, v.: Fernando Oliveira Silva, *A Regulação dos Contratos Públicos. Modelo para uma Autoridade Reguladora*, Coimbra, Livraria Almedina, 2016. Sobre o tema já se teve a oportunidade de aduzir que no Brasil o Tribunal de Contas da União (TCU) vem funcionando com uma evidente função reguladora no campo da contratação pública (Flávio Amaral Garcia, *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2018, pp. 462-463).

24. Carlos Ari Sundfeld explica que: “A figura da regulação é necessária à teoria do direito administrativo brasileiro contemporâneo, que sem ela carece de categorias suficientes e adequa-

lação administrativa por contrato, que não restou imunizada às novas técnicas, às estratégias e aos métodos regulatórios – como se verá adiante, nos itens subsequentes.

Pedro Gonçalves, ao investigar os diversos campos de interseção de regulação e contrato nas suas mais variadas dimensões, concebe o contrato regulatório (*regulatory contracts* ou *regulation by contract*)²⁵ “como instrumento de implementação das normas e regras que disciplinam um determinado mercado”, revelando-se o contrato como uma “técnica adaptada à função de regulação”.²⁶

Os contratos regulatórios refletem escolhas que definem e cristalizam políticas públicas, em longo prazo, de setores vitais da economia e essenciais para a consecução do interesse público, legitimando estratégias de políticas duradouras em determinados setores que explicam a origem da ideia de “governar por contrato”.²⁷ Tal concepção vem substituindo, progressivamente, os “esquemas clássicos de acção administrativa baseados na contraposição entre autoridade e liberdade”²⁸ por uma “governabilidade cooperativa”.²⁹

das para bem compreender e organizar a operacionalização do direito positivo. O instrumental teórico consagrado – formado pela visão clássica de conceitos contrapostos, como os de serviço público x atividade privada, poder concedente x poder de polícia e outros relacionados –, além de incapaz de servir à compreensão dos problemas e soluções jurídicas ligadas à intervenção do Estado na economia, está em franco desacordo com o ordenamento atual. O uso da figura da regulação é o caminho para superar essa deficiência e gerar reflexão nova” (“Direito público e regulação no Brasil”, in Sérgio Guerra (org.), *Regulação no Brasil. Uma Visão Multidisciplinar*, Rio de Janeiro, FGV, 2014, p. 126).

25. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p.128. Sobre o tema, v., entre outros: Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Peter Vincent-Jones, *The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services*, Oxford, Public Law, 1999.

26. Para um aprofundamento do tema v.: Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., p. 140; Hugh Collins, *Regulating Contracts*, cit., 1999; Peter Vincent-Jones, *The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services*, cit., 1999; José A. Gómez-Ibáñez, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

27. Sobre o tema, v.: Jean-Pierre Gaudin, *Gouverner par Contrat: l'Action Publique en Question*, Paris, Presses de SciencesPo, 1999. Acentuando a contratualização da ação administrativa, v.: Jacques Chevallier, *L'État Post-Moderne*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 2008; Laurent Richer, “La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques”, in Pascale Gonod (org.), *L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2003; Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, cit., 2013; Antônio Moreira Barbosa Melo, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-político”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 8-21.

28. Conforme aponta Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 345.

29. A expressão é de Jacques Chevallier ao anotar que: “A economia constitui, há muito tempo, o lugar privilegiado de aplicação das técnicas contratuais: com efeito, o Estado se viu coagido a compor com os poderes econômicos privados, esforçando-se para obter sua colaboração para a realização de objetivos de política econômica. A contratualização permite que essas relações se normalizem, identificando os compromissos de cada um. Assim, os instrumentos contratuais foram progressivamente substituindo as técnicas regulamentadoras clássicas, manifestando a passagem para uma governabilidade cooperativa” (“A governança e o Direito”, *Revista de Direito Público*

Com isso, pretende-se demonstrar que esse compromisso regulatório³⁰ (*regulatory commitment*), estabilizado a partir do vínculo contratual, representa uma parcela significativa da função regulatória estatal, simbolizando uma dimensão contemporânea e que expressa nova realidade na sua compreensão.

Pode-se afirmar que um dos mais complexos desafios da regulação por contrato é ponderar e articular racionalmente os valores da estabilidade e da mudança. A regulação tem por objetivo permanente uma estabilidade do sistema. Mas os fatos se sobrepujam e se alteram constantemente.

Um olhar reflexivo e contemporâneo sobre essa problemática permite compreender que a noção da estabilidade pressupõe o reconhecimento da inevitabilidade da mudança. A estabilidade deve ser concebida não no seu aspecto puramente formal, mas considerando as distintas dimensões que conectam a realidade jurídica com o substrato fático, que é, como consabido, mutável por natureza.

À primeira vista parece contraditória a assertiva, porquanto a estabilidade e a mudança são conceitos que se opõem logicamente. Todavia, quando, na regulação por contrato, a mudança é reconhecida a partir da sua inevitabilidade e, portanto, dimensionada e captada como uma faceta da própria estabilidade, muda-se o enfoque de uma estabilidade estática para uma estabilidade dinâmica que melhor reflita o estado da arte dos contratos públicos que recorrem à técnica concessional.³¹ Nas palavras de Anne-Sophie Lavefve Laborderie,³² quando examina contratos de longa duração, a estabilidade não deve e não pode ser confundida com imobilismo.

Egon Bockmann Moreira³³ sustenta que o que o Direito faz é um cerzido entre os tempos da tecnologia, dos consumidores, do mercado, do investidor, do regulador público, do legislador e do Judiciário, afirmando que é exatamente por meio dessa integração que as coisas mudam e, ao mesmo tempo, permanecem estáveis. Na

da *Economia/RDPE* 12/129-146, Ano 3, Belo Horizonte, outubro-dezembro/2005 (disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>, acesso em 23.10.2017).

30. A expressão é utilizada por Alexandre Ditzel Faraco e Diogo R. Coutinho, “Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade”, *Revista de Economia Política* 27/261-280, n. 2, abril-junho/2007.

31. Egon Bockmann Moreira pondera: “Melhor: é justamente porque reverenciamos os contratos que devemos também respeitar as suas mutações, sobretudo aquelas objetivas, que decorrem dos fatos, da evolução tecnológica, das novas demandas de mercado – e não apenas das vontades unilaterais dos contratantes. Isso com lastro na constatação óbvia de que não se pode prever o futuro – isso é atividade de cartomantes, não de reguladores nem de contratos administrativos” (*As Mutações Contratuais nas Telecomunicações: Concessões que se Transformam em Autorizações*, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/as-mutacoes-contratuais-nas-telecomunicacoes-concessoes-que-se-transformam-em-autorizacoes-18g70d2z0f062dx7g87qnm dac>, acesso em 24.10.2017).

32. Anne-Sophie Lavefve Laborderie, *La Pérennité Contractuelle*, Paris, LGDJ, 2005, p. 7.

33. Egon Bockmann Moreira, *As Mutações Contratuais nas Telecomunicações: Concessões que se Transformam em Autorizações*, cit., disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/as-mutacoes-contratuais-nas-telecomunicacoes-concessoes-que-se-transformam-em-autorizacoes-18g70d2z0f062dx7g87qnm dac>, acesso em 22.12.2018).

sua aceção, os contratos são perenes, mas não imutáveis, e essa integração que busca harmonizar tempos incompatíveis pode ser denominada de segurança jurídica.

A tarefa de integração entre os diferentes tempos é complexa e demanda regulação técnica, organizada e, sobretudo, planejada. O êxito da regulação do contrato de concessão está diretamente ligado a um planejamento que se apresente com elevado grau de eficiência e amadurecimento das decisões tomadas; afinal, é o resultado de um conjunto de atos, procedimentos, decisões e escolhas que o antecede. Aqui, o tempo político não deve prevalecer.

Uma regulação adequada e eficiente do contrato concessional depende de uma preparação que conjugue distintas capacidades e *expertises*, visões multidisciplinares e, principalmente, articulação institucional entre os órgãos públicos que atuem nas questões regulatórias, ambientais, urbanísticas, patrimoniais, aduaneiras e tributárias.³⁴ A estruturação dos contratos de concessão demanda avaliações e estudos bastante complexos, com bastante ênfase na etapa de planejamento.

A atratividade do projeto concessional é determinante para despertar o interesse dos operadores econômicos. A perspectiva de rentabilidade do empreendimento é um elemento-chave para que os agentes econômicos optem por alocar recursos e empreender esforços em contratos com o setor público. Se o grau de atratividade do projeto concessional for baixo é maior a probabilidade de os agentes econômicos investirem no próprio mercado financeiro, em especial, porque os contratos de concessão estão sujeitos a diversas variáveis, ao longo da vida útil do projeto, que podem impactar as expectativas que foram racionalmente formuladas à época da licitação.

O ponto é importante e se relaciona com a temática da mutabilidade. Em situações de estruturação deficiente do projeto concessional ou de baixo grau de atratividade na rentabilidade do empreendimento aumenta-se a probabilidade de participação de *players* menos capacitados, mas que assumam o risco de explorar o negócio a partir de expectativas e brechas contratuais que permitam futuras renegociações – o que, evidentemente, desatende ao interesse público.

A utilização do contrato como estratégia regulatória (*regulatory contracts* ou *regulation by contract*) guarda relação direta com a temática da mutabilidade. A conformação e a regulação da mutabilidade devem ser consideradas como aspectos centrais da estruturação dos contratos de concessão – como se pretende demonstrar adiante.

2.2.1.1 A margem de autonomia da regulação do contrato de concessão

A regulação dos contratos de concessão opera com relevante margem de discricionariedade, eis que as normas gerais, setoriais e regulamentares que servem

34. É negável o avanço conquistado com a edição da Lei 13.334, de 13.9.2016, que instituiu o Programa de Parceria de Investimentos. A preocupação com o planejamento, a coordenação e articulação institucional interna dos órgãos e entidades da Administração Pública encontra-se destacada no art. 17, que prevê uma atuação conjunta e prioritária dos órgãos e entidades nos processos e atos administrativos voltados à liberação dos empreendimentos.

de fundamento normativo não são exauríveis. As valorações e ponderações que circunscrevem a regulação na situação concreta nem sempre são captáveis pelos atos normativos, porquanto dotados, naturalmente, de maior generalidade e abstração.

Constata-se, assim, a “margem de normatividade contratual”³⁵ como uma realidade imperativa na dogmática dos contratos de concessão contemporâneos. Aliás, esse é um dos aspectos centrais que se pretende destacar ao longo deste trabalho: o reconhecimento da existência de um amplo espaço conformador do qual são dotados os contratos de concessão para regular, substancialmente, aspectos fundamentais do negócio, sem depender de autorizações legislativas específicas. É o caso, como se demonstrará adiante, da mutabilidade, que pode e deve ser objeto de uma regulação contratual mais detalhada, procedimentalizada e, conseqüentemente, mais eficiente.

Claro que quando se sustenta a existência de uma maior “margem de normatividade contratual”, tomando de empréstimo a expressão utilizada por Floriano de Azevedo Marques Neto, não se está pretendendo promover qualquer tipo de menoscabo ao bloco de juridicidade que conforma e antecede o contrato de concessão.³⁶

Indubitavelmente, essa maior discricionariedade na fixação das escolhas públicas, exercida pela via da *regulation by contract*, comunica-se e conecta-se aos marcos regulatórios³⁷ que, de modo prudente, devem anteceder a contratualização de qualquer atividade.

35. A expressão é de Floriano de Azevedo Marques Neto. A conferir: “E esse percurso foi fortemente marcado pelas especificidades de cada objeto concedível, o que parece demonstrar, de um lado, a dificuldade de se conceber um regime único aplicável a todas as modalidades e espécies de concessão, e, de outro, que cada concessão (ou seja, cada objeto concedido, mais do que cada modalidade concessionária) deve ter uma normatividade própria, aderente ao objeto concedido. Isso parece apontar para a necessidade de conferir maior margem de normatividade contratual (é dizer, regras que sejam estipuladas pelo poder concedente a cada pacto regulatório ensejador da concessão), evitando insistir na busca de uma normatividade geral e abstrata do texto legal” (Floriano de Azevedo Marques Neto, *Concessões*, cit., p. 111).

36. Nas palavras de Paulo Otero: “Em qualquer destas situações existe um considerável domínio de autonomia de estipulação do conteúdo dos contratos da Administração Pública que, dentro dos limites da lei, se mostra passível de integrar o bloco da legalidade: a vinculação contratual da Administração Pública, permitindo alargar o espaço de construção da ordem jurídica pelas situações jurídicas que cria e pelas normas que emana, acaba por servir de padrão de conformidade da futura actuação administrativa unilateral” (*Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 525).

37. Explicando a importância de marcos regulatórios na garantia da estabilidade dos serviços públicos, assim se manifesta Alexandre Santos de Aragão: “Em um mundo onde as relações econômicas, sociais, políticas e até mesmo pessoais estão cada vez mais sujeitas a instabilidades e a mudanças imprevisíveis ou imprevisíveis, mister se faz, mormente nos serviços públicos, pelos altos investimentos que demandam e relevantes interesses públicos que envolvem, que sejam estabelecidos parâmetros normativos mínimos, em razão dos quais a instabilidade seja mitigada. Estes parâmetros normativos dotados de maior estabilidade, mas aptos a serem eventualmente adaptados/atualizados no futuro, constituem o que a doutrina do direito administrativo econômico chama de marco regulatório. O marco regulatório propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e menos ainda em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui *ius variandi* para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos. O marco

Ao revés, marcos regulatórios que antecedam a regulação por contrato são aconselháveis para a fixação de padrões e critérios que, sem retirar o espaço de conformação discricionária da estratégia contratual, confirmam coerência sistêmica a cada setor.

A inexistência de marcos regulatórios estáveis e estruturantes que explicitem as diretrizes básicas orientadoras de cada setor pode aumentar, indesejavelmente, a discricionariedade regulatória contratualizável, gerando soluções discrepantes para objetos regulados e dotados de ampla similitude.³⁸ A experimentação contratual regulatória pode ser excessivamente perigosa se não for estruturada a partir de critérios normativos e regulatórios mínimos que obedeçam a uma mesma racionalidade.

Portanto, não se está aqui a sustentar uma ampla e irrestrita autonomia dos contratos de concessão. Mas o que se pretende reconhecer como um fenômeno contemporâneo, decorrente da própria complexidade na modelagem dos contratos de concessão, é que, mesmo com as delimitações das leis, dos marcos regulatórios setoriais e dos próprios regulamentos, ainda remanescerá uma expressiva margem de discricionariedade regulatória do contrato de concessão.

Assim, contratos de concessão poderão assumir feições regulatórias completamente distintas, a depender do seu objeto e de outras variantes.³⁹ Isso ocorre

regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público, sempre respeitadas as garantias básicas dos delegatários e usuários. A combinação entre a segurança jurídica e a adaptabilidade às mudanças econômicas e sociais revela a manifestação nos serviços públicos da noção de *sociedade de confiança*, pela qual é a confiança nas instituições que propicia o desenvolvimento das Nações. Visa, em uma palavra, a dar segurança jurídica às mudanças, em um fino equilíbrio entre a confiança dos investidores (sem a qual não investiriam) e as cambiantes necessidades da coletividade (sem cujo atendimento a delegação do serviço público perde o respaldo democrático)” (“O marco regulatório dos serviços públicos”, *Interesse Público/IP* 27, Ano 6, Belo Horizonte, setembro-outubro/2004, disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50327>, acesso em 25.10.2017).

38. É o que vem acontecendo no setor de aeroportos no Brasil, que, sem um marco regulador setorial prévio, aumenta o risco para o operador econômico em razão de pressões políticas. Veja-se trecho da reportagem do *Jornal o Globo*, publicada no dia 21.10.2017: “Além de desistir de licitar Congonhas, o Governo cederá à pressão do PR e vai abrir o Aeroporto da Pampulha, administrado pela INFRAERO, para operações com jatos, o que pode prejudicar a concorrência com Confins, concedido ao setor privado. Segundo estimativas oficiais, dois milhões de passageiros poderão ser retirados de Confins – que ainda busca se fortalecer nas rotas internacionais e em *hub* (centro de distribuição de voos)” (Geraldina Doca e Martha Beck, “Pressionado por aliados, Temer adia privatizações”, *Jornal O Globo*, disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/pressionado-por-aliados-temer-adia-privatizacoes-21975858>, acesso em 22.10.2017).

39. O ponto é bem abordado por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: “Notadamente quando o contrato envolve setores regulados, é necessário compreender o funcionamento dos setores e conhecer suas normas particulares para, a partir de suas especificidades, estabelecer o regime jurídico aplicável. A conclusão é que, se algo os juristas e os práticos devem pressupor a respeito dos contratos públicos, certamente, não é a uniformidade de seu regime, quanto a qualquer aspecto. A pesquisa da realidade jurídica mostra justamente o contrário: que os diversos contratos públicos estão, em geral, submetidos a regimes muito heterogêneos” (“Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos”, *Revista de Direito Público da Economia/RDPE* 41/57-72, Ano 11, Belo Horizonte, janeiro-março/2013). Idêntica

porque a regulação contratual não pode estar descasada da racionalidade econômica do setor. Esse é o pressuposto de uma conformação jurídico-regulatória que atenda às finalidades públicas, com coerência e alinhamento às características e especificidades dos distintos segmentos econômicos.

A eficiência da relação pactuada depende de parâmetros ditados pelo direito contratual. O contrato de concessão é o instrumento pelo qual se torna possível e previsível a materialização da lógica econômica dos agentes de mercado, com a maximização dos benefícios e das utilidades para o interesse público.

Portanto, a qualidade da regulação contratual está diretamente ligada à capacidade de conceber sistemas de incentivos que, sem ignorar a racionalidade econômica, consigam criar condicionamentos jurídicos que materializem as finalidades públicas.⁴⁰ Tal circunstância torna inteiramente distintos contratos de concessão que se destinem a regular portos, aeroportos, energia, saneamento, rodovias, porquanto cada um desses setores, entre tantos outros que podem ser objeto de relações contratuais duradouras, é dotado de características que tornam impossível qualquer pretensão de uniformização das suas cláusulas e condições.

É nesse cenário que a função da regulação contratual assume nova dimensão, eis que intimamente conectada ao reconhecimento de que é cada vez mais difícil, se não impossível, ao legislador, distante das minúcias da realidade, das circunstâncias do momento e das sutilezas técnicas que envolvem a aplicação da lei, definir casuística e exaustivamente todas as situações no plano abstrato.

Logo, é necessário reconhecer a existência de um relevante espaço de conformação regulatória dos contratos de concessão, a conferir maior margem de normatividade contratual que preencha as adequações e peculiaridades de cada objeto e de cada setor. Nem tudo estará ou, mesmo, deverá estar previsto em lei, nos marcos regulatórios setoriais ou nos regulamentos.

Por conseguinte, questões como a estrutura remuneratória, metas de qualidade, indicadores de desempenho e sistema de monitoramento e avaliação de resultados a serem atingidos, compromissos de investimentos, partilha de riscos entre as partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e método de alocação de custos são algumas das escolhas regula-

é a percepção de Fernando Herren Aguillar: “Outro argumento poderoso em favor da contratualização e que não pode ser desdenhado é o de que as necessidades de serviços públicos são diferenciadas conforme as regiões do País e não se pode dar a elas tratamento uniforme sem risco de distorção. Tais ideias parecem irrefutáveis à primeira vista. Não há dúvida de que a regulação contratual dá poder maior àquele que vivencia de mais perto a realidade do serviço público. Não é razoável que se espere que as condições de implementação desses serviços adquiram a mesma feição em localidades pobres e ricas” (*Controle Social dos Serviços Públicos*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 285).

40. Carlos Ari Sunfeld pondera que o desafio envolve impor condicionamentos institucionais sem comprometer a lógica econômica de cada setor. Assinala o referido autor que a irracionalidade econômica seria um vício fatal ao direito administrativo dos negócios (Carlos Ari Sunfeld, “Direito público e regulação no Brasil”, cit., in Sérgio Guerra (org.), *Regulação no Brasil. Uma Visão Multidisciplinar*, p. 116).

Capítulo 5

LIMITES MATERIAIS À MUTABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

5.1 O princípio da concorrência. 5.2 O princípio da intangibilidade do objeto. 5.3 O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual: 5.3.1 As modificações que podem ser introduzidas sem nova licitação: 5.3.1.1 As modificações que tenham sido previstas no edital – 5.3.1.2 A modificação decorrente da necessidade de obras ou serviços adicionais – 5.3.1.3 As modificações decorrentes da imprevisibilidade – 5.3.1.4 As modificações subjetivas do cocontratante – 5.3.1.5 As modificações que não sejam substanciais – 5.3.2 As modificações de valor que podem ser introduzidas sem nova licitação – 5.3.3 As modificações substanciais que não podem ser introduzidas sem nova licitação: 5.3.3.1 As modificações substanciais que alterariam a regra do jogo – 5.3.3.2 As modificações substanciais que alterariam o equilíbrio econômico-financeiro a favor do cocontratante – 5.3.3.3 As modificações substanciais que alargam o âmbito da concessão – 5.3.3.4 As modificações substanciais subjetivas – 5.3.4 Reflexões sobre a regulação europeia da mutabilidade. 5.4 A mutabilidade no Direito Brasileiro e os limites materiais: 5.4.1 A ausência de uma regulação normativa sistêmica sobre mutabilidade nos contratos de concessão – 5.4.2 A inexistência de limite de valor para a modificação dos contratos de concessão – 5.4.3 O princípio da atualidade e sua vinculação com a mutabilidade: 5.4.3.1 A atualidade na vertente da incorporação de novas tecnologias – 5.4.3.2 A atualidade na vertente da melhoria e da expansão do objeto – 5.4.4 O controle procedimental dos limites materiais da mutabilidade – 5.4.5 A alteração subjetiva e seus limites: 5.4.5.1 A transferência do contrato de concessão e a transferência do controle acionário – 5.4.5.2 O step-in rights e a assunção do controle acionário pelo financiador.

A essa altura do percurso que se pretende empreender neste estudo, assentada está a premissa de que a mutabilidade é uma característica intrínseca à generalidade dos contratos administrativos, mas que assume especial relevância nos contratos de concessão duradouros, que se sujeitam com maior intensidade às mutações durante a sua execução.

Entretanto, o figurino da mutabilidade dos contratos de concessão descrito nos capítulos anteriores – dotados de maior flexibilidade e pactuados em contexto de natural incompletude – não os imuniza às limitações de natureza material que conformam e restringem o poder das partes de modificar as suas condições originais.

Os dois principais parâmetros materiais que condicionam à mutabilidade são os princípios da concorrência e o da intangibilidade do objeto.¹ Ao longo da própria

1. Pedro Nuno Rodrigues, examinando o contrato de empreitada de obras públicas, mas em lição aplicável ao regime geral dos contratos administrativos, esclarece: “São, pois, limites

evolução do direito administrativo, e notadamente do estudo dos contratos administrativos, esses são os princípios historicamente apontados como conformadores da mutabilidade.

Passa-se a examinar cada um dos referidos princípios.

5.1 O princípio da concorrência

O mercado da contratação pública² tem no princípio da concorrência um dos seus pressupostos valorativos e legitimadores. Há uma relação umbilical entre a concorrência e a contratação pública.

É forçoso delimitar que se está tratando aqui do princípio da concorrência no universo dos contratos públicos, e não da concorrência como valor constitucionalmente autônomo, que tem por objetivo a maximização da eficiência econômica e, via de consequência, o atendimento e a proteção dos interesses dos consumidores.³

No direito da concorrência o que se busca é o equilíbrio do mercado, com a proteção da concorrência e a vedação de práticas ou condutas que possam acarretar o abuso do poder econômico, sempre com vistas a assegurar o direito dos consumidores e os ganhos sociais decorrentes, promovendo-se uma eficiente e racional alocação de recursos.⁴

materiais à modificação a intangibilidade do objecto do contrato e a protecção da concorrência. Estes são limites materiais (de conteúdo) indisponíveis, não renunciáveis pelas partes” (*A Modificação Objectiva do Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, Lisboa, Universidade Católica, 2012, p. 100).

2. Para Sabino Cassese a contratação pública deve ser considerada como um mercado regulamentado (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 2009, pp. 367-370). Na mesma linha é a posição adotada por Pedro Costa Gonçalves, “A regulação do mercado da contratação pública”, *Revista dos Contratos Públicos/RCP* 3, Belo Horizonte, Fórum, 2013 (disponível em <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=97112>, acesso em 14.12.2018). Maria João Estorninho compreende as concessões como monopólios de longa duração (*Direito Europeu dos Contratos Públicos: um Olhar Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 356).

3. Pedro Gonçalves explica que a concorrência é um princípio geral de Direito no qual se movimentam dois sistemas normativos com finalidades distintas. No direito da concorrência importa acentuar a nota da liberdade concorrencial, focando na proibição legal de determinados comportamentos das empresas com vistas a assegurar as condições normais de funcionamento do mercado. No direito da contratação pública a lógica concorrencial vai orientar o sentido da intervenção de uma entidade do setor público, com o objetivo de adjudicar um contrato mediante procedimento aberto, que ofereça garantia de acesso em condições de igualdade aos interessados, de modo a alcançar a melhor proposta para os interesses financeiros da entidade (Pedro Costa Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 434-435).

4. Conforme explica Calixto Salomão Filho, a eficiência alocativa do mercado é apontada como o principal fundamento do direito antitruste pela Escola de Chicago. Para a teoria neoclássica esse valor se sobrepõe a qualquer outro, admitindo, inclusive, a existência de monopólios ou restrições à concorrência caso a eficiência e o bem-estar do consumidor sejam alcançados (Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 19). Em sentido diverso é o pensamento da Escola de Harvard. Paula Forgoni explica que a Escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. A concorrência é um fim em si mesma, devendo ser buscados a manutenção ou o

Noutros termos, a preservação de um ambiente concorrencial – que assegure a saudável competição entre as empresas – é o meio adequado para se alcançar a prossecução do objetivo do bem-estar social. Na União Europeia a própria construção do mercado interno e de uma atuação transnacional das empresas tem na concorrência um dos seus pilares.⁵

O direito da contratação pública, por sua vez, tem por objetivo conformar, por meio de regras e procedimentos, a atuação das entidades públicas nas suas relações contratuais, sendo o princípio da concorrência o vetor principal no processo de escolha do concessionário.

Uma nota que singulariza a concorrência neste universo da contratação pública é que a forma como a entidade adjudicante modela o procedimento influencia diretamente as condições concorrenciais e o próprio número de potenciais interessados. Não se trata de um mercado aberto, mas condicionado às escolhas públicas que foram concebidas no instrumento convocatório. Essas escolhas públicas não são livres, subjetivas ou voluntaristas, mas deferentes às normas jurídicas e à própria lógica econômica de cada segmento de mercado.

Ainda que sejam ramos distintos, dotados de racionalidades e categorias jurídicas próprias, Nuno Cunha Rodrigues⁶ assinala que o direito da contratação pública e o direito da concorrência apresentam muito em comum, em especial porque ambos procuram alcançar a igualdade concorrencial e a eficiência na alocação dos recursos – no caso do direito da concorrência para os consumidores, e no caso do direito da contratação pública para as entidades adjudicantes no trato da despesa e dos orçamentos públicos.

Interessa que nos ocupemos mais detidamente sobre o princípio da concorrência no universo da contratação pública. É por seu intermédio que se concretizam valores de elevada carga axiológica como isonomia, transparência e moralidade, por conseguinte configurando-se como um mecanismo de consecução do interesse público, finalidade que norteia toda e qualquer atividade administrativa.

Ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, orientados pela autonomia da vontade das partes, o poder concedente não tem o mesmo grau de liberdade na escolha dos seus parceiros ou sociedades empresárias contratadas para a consecução dos mais variados objetos.⁷

incremento dos agentes econômicos no mercado (Paula Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 169-170).

5. Maria João Estorninho anota que a lógica do regime comunitário de contratação pública se prende com o objetivo de realização do mercado único e com a observância dos princípios do Tratado, tais como a liberdade de circulação ou o princípio da concorrência, que implicam a proibição de práticas discriminatórias também em matéria de contratação pública (*Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012, p. 61).

6. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Coimbra, Livraria Almedina, 2013, p. 326.

7. Como alertava Enzo Roppo: “O primeiro ponto concretiza-se na circunstância de a verdadeira e própria estipulação do contrato representar apenas o acto final de uma série complexa

Essa restrição da liberdade administrativa na formação dos seus vínculos contratuais é um valor constitucionalmente protegido em vários ordenamentos jurídicos⁸ e expressamente reconhecido no plano do Direito Europeu como uma expressão do princípio da igualdade.⁹

É possível aduzir um direito subjetivo dos operadores econômicos no acesso ao mercado público de contratação.¹⁰ Como os recursos são públicos – extraídos da sociedade –, é preciso assegurar o livre acesso dos interessados e uma disputa justa entre aqueles que pretendam celebrar contratos; afinal, a contratação pública cria uma situação de desigualdade entre os operadores econômicos que precisa ser justificada por meio de procedimento aberto e isonômico.

As contratações administrativas não podem ser eternizadas, devendo ser constantemente renovadas nos marcos temporais legais e contratuais, como mecanismo viabilizador desse direito subjetivo dos particulares de participarem do mercado público de contratação e do próprio pressuposto da eficiência.

Não à toa que os contratos administrativos – dos quais são espécies os contratos de concessão – não comportam qualquer indeterminação em relação ao prazo, como expressou a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação dos contratos de concessão.¹¹ É da sua natureza a determinação concreta e objetiva do lapso tem-

de procedimentos administrativos preparatórios, que são necessários para a sua validade: a deliberação de concluir aquele contrato, assumida pelo órgão legitimado para formar e manifestar a vontade do ente, e eventualmente submetida ao aval de um órgão de controle, e depois a escolha do contraente, que só excepcionalmente é efectuada discricionariamente pelos representantes do ente público, sem qualquer formalidade particular (negociação privada), tendo lugar, em regra, segundo especiais processos fixados na lei para garantir que a escolha corresponde a critérios de correcção, imparcialidade e conveniência” (*O Contrato*, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 344).

8. No Brasil a obrigatoriedade de realização de prévia licitação para as contratações públicas encontra-se expressa nos arts. 37, XXI, e 175 da CF. Em Portugal regra semelhante é encontrada no art. 1º, 4, do Decreto-lei 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos.

9. Cláudia Viana esclarece: “Ainda que sem consagração expressa no Tratado CE, o princípio da igualdade constitui um princípio basilar da ordem jurídica comunitária, que foi formalmente inscrito no direito comunitário, com estatuto de direito fundamental, através da CDFUE, no art. 20, e, mais recentemente, no art. II-80º do projeto do Tratado Constitucional da União Europeia”. E, mais à frente, complementa a autora: “O concurso público, aberto a todo e qualquer interessado em apresentar uma proposta, constitui o procedimento onde se alcança, na sua máxima expressão, o princípio da igualdade, enquanto igualdade de oportunidades para todos os operadores econômicos interessados em contratar” (Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 111 e 119).

10. Miguel Assis Raimundo adverte que: “Todo o agente económico tem, deste ponto de vista, o direito de ser considerado como um cocontratante possível” (*A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, p. 353).

11. O “Considerando” 52 da Diretiva 2014/23/UE inicia afirmando o seguinte: “A fim de evitar o encerramento do mercado e a restrição da concorrência, importa limitar a duração da concessão. Além disso, é provável que as concessões com uma duração muito longa resultem no encerramento do mercado, podendo desse modo causar entraves à livre circulação de serviços e à liberdade de estabelecimentos”. No Brasil essa é também a linha adotada pelo legislador, que, no § 3º do art. 57 da Lei 8.666/1993 veda o contrato com prazo de vigência indeterminado.

poral no qual perdurarão os direitos e obrigações previamente acordados entre as partes. Alicerçam essa premissa os princípios da igualdade e da concorrência.¹²

Noutros termos, a temporalidade dos prazos nos contratos públicos é uma decorrência lógica do princípio da concorrência. Norma que disciplinasse em linha contrária – ou seja, admitindo a indeterminação desses prazos contratuais na seara do direito público – seria claramente inconstitucional, na exata medida em que criaria um privilégio injustificável e uma perpetuidade incompatível com o atendimento das necessidades da coletividade, que ficaria privada do acesso a propostas e projetos que poderiam se revelar mais atraentes ao ângulo do interesse público.

O princípio da concorrência apresenta também uma dimensão econômica, conectada ao próprio princípio republicano.¹³ A seleção da proposta mais vantajosa encerra um dever de boa gestão dos escassos recursos públicos. Essa boa gestão está diretamente vinculada ao dever de tornar a licitação pública a mais atrativa e competitiva possível, eliminando barreiras à entrada e exigências desnecessárias ou impertinentes que possam confluir para uma indevida ou ilegítima redução de potenciais operadores econômicos.

Assim, a efetiva concretização do princípio da concorrência no mercado das contratações públicas dependerá da capacidade da entidade adjudicante de ampliar a disputa e a competição, observados os parâmetros e condicionantes que limitam as escolhas públicas e restringem a sua autonomia decisória.

O dever de concretizar a economicidade pela via do princípio da concorrência é inerente ao exercício da função pública, porquanto se cuida de uma responsabilidade e uma gestão sobre um bem que não lhe pertence. Cura-se interesse alheio e cuja titularidade é da coletividade.

É possível perceber, ainda, que o princípio da concorrência na contratação pública mescla imperativos éticos e econômicos. Não se pode, a pretexto de selecionar a proposta economicamente mais vantajosa, aceitar comportamentos ou propostas imorais ou fraudulentos, ainda que viessem a repercutir no menor dispêndio de recursos públicos. A tutela da concorrência no mercado de contratações públicas é limitada e condicionada por valores e princípios que a conformam, exigindo um grau de eticidade compatível com a *res* pública.

Todas as dimensões acima referidas são reveladoras de que o princípio da concorrência no mercado das contratações públicas produz benefícios para a coletividade e para o bem-estar social, promovendo uma alocação justa dos recursos públicos e permitindo o acesso igualitário ao direito de celebrar um contrato administrativo.

Essa brevíssima digressão sobre o princípio da concorrência nas contratações públicas é extremamente relevante para os fins da investigação acerca da mutabi-

12. Para Rodrigo Esteves de Oliveira é a partir do princípio da igualdade e da concorrência que se assenta a construção do mercado comum (“Os princípios gerais da contratação pública”, in Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 92).

13. Cf.: Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., São Paulo, Dialética, 2010, p. 65.

lidade nos contratos de concessão. Como visto ao longo deste estudo, os contratos de concessão são duradouros por natureza e encerram projetos estruturantes vinculados, via de regra, às satisfações primárias da coletividade.

A mutabilidade dos contratos de concessão contemporâneos – como se procurou demonstrar nos capítulos anteriores – é esperada e previsível como elemento intrínseco da realidade, e dela deve se ocupar a regulação do contrato como um dos seus eixos principais. A estabilidade e a capacidade de adaptação devem caminhar juntas no regime público contratual.¹⁴

Entretanto, a mutabilidade encontra-se conformada pelo princípio da concorrência, que exsurge como o principal parâmetro limitador das inevitáveis mutações que se operam durante a execução do contrato de concessão.¹⁵

A mutabilidade dos contratos administrativos – e mesmo dos contratos de concessão – nunca foi ilimitada ou incondicionada. Se assim fosse se estaria diante de uma deturpação contratual inteiramente desconectada da prossecução do interesse público e da própria isonomia que deve orientar a ação pública.

Admitir uma mutabilidade ilimitada nos contratos administrativos – em especial nos contratos de concessão – resultaria em bloquear outros potenciais interessados em celebrar vínculos contratuais públicos. A mutabilidade incondicionada implicaria uma injustificada prevalência de determinados operadores econômicos no mercado da contratação pública,¹⁶ flagrantemente contrária ao princípio da igualdade que deve nortear a conduta e a ação pública.

No caso dos contratos de concessão, utilizar a mutabilidade – nas suas mais diversas facetas – como escusa para prolongar o contrato além do prazo indispensável ou, mesmo, para desnaturar o seu objeto em relação ao que foi originalmente licitado priva a sociedade de ter acesso a novos projetos e a contratos estruturantes do interesse público em longo prazo e cuja seleção deve se operar meritoriamente por meio de processo de licitação pública.

O interesse dos potenciais operadores econômicos em participar de futuras licitações públicas deve ser protegido pelo Direito e não pode ser bloqueado por uma desmedida mutabilidade.¹⁷

14. Nas palavras de Maria João Estorninho: “O regime jurídico da execução dos contratos celebrados por entidades públicas é moldado pelo princípio da prossecução do interesse público, do qual decorrem, simultaneamente, uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade” (*Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, cit., p. 470).

15. Em Portugal a concorrência encontra-se expressamente referida como limite de modificação dos contratos administrativos no art. 313º, 1, “b”, do Código de Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-lei 18/2008, alterado e republicado pelo Decreto-lei 111-B/2017, de 31 de agosto.

16. Examinando a experiência britânica, Peter Vincent-Jones alerta sobre o risco de monopolização do mercado público por grandes grupos que podem, a longo prazo, estabelecer estratégias para afastar potenciais concorrentes (*The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 188).

17. Anotando como relevante a proteção dos terceiros interessados em concorrer, em especial como um limite ao exercício do poder de alteração unilateral do contrato, v.: Mário Aroso Almeida, “Contratos administrativos e regime de sua modificação no novo Código dos Contratos

Sintetizando, é possível aduzir que o princípio da concorrência tutela uma dupla dimensão de direitos subjetivos: (a) dos operadores econômicos em ter acesso aos contratos de concessão – o que deflui do próprio princípio da igualdade; (b) da sociedade de ver renovados a discussão e o debate sobre projetos estruturantes para toda a coletividade.

Entretanto, se não é complexo perceber que o princípio da concorrência se apresenta como o principal parâmetro conformador da mutabilidade nos contratos de concessão, o desafio é compreender concretamente os limites – objetivos e subjetivos – acerca da modificabilidade desses ajustes.

Como visto, os contratos de concessão são complexos, incompletos, com longos prazos e, evidentemente, sujeitos em maior grau e maior intensidade às mutações do que os demais contratos que apresentam prazos menores e que não são caracterizados por uma engenharia financeira e econômica tão sofisticada, tal qual ocorre, por exemplo, com os contratos de empreitada de obras públicas e de prestação de serviços. É claro que esses contratos também encerram os seus próprios desafios em relação à mutabilidade, mas é inegável que a articulação coordenada com o princípio da concorrência se põe em maior nível de dificuldade quando se trata de um contrato de concessão, conforme se exporá nos itens subsequentes.

Nesse contexto, torna-se indispensável aprofundar a compreensão acerca das regras que a Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu introduziu, pioneiramente, acerca da modificabilidade dos contratos de concessão durante o seu período de vigência. Destacam-se, como se verá, a enorme influência e, de certo modo, a prevalência do princípio da concorrência na formulação que originou os parâmetros de modificação dos contratos de concessão e que resultou no art. 43 da referida Diretiva.

Em contraponto, pretende-se demonstrar que, ao menos em matéria de edição de normas específicas sobre a mutabilidade dos contratos de concessão, o Brasil ainda não percebeu a relevância do tema, havendo – como já sinalizado nos capítulos anteriores – um vácuo legislativo sobre a matéria.

Isso, entretanto, não significa dizer que no Direito Brasileiro não existam limites à mutabilidade dos contratos de concessão; ao contrário, a discussão que se põe em relevo é bastante similar à que vem ocorrendo no Direito Europeu, inclusive em relação aos mesmos parâmetros materiais conformadores da mutabilidade.

Antes, contudo, de adentrar o exame específico dos limites materiais da mutabilidade no Direito Europeu – com o advento da Diretiva 2014/23/EU – e no Direito Brasileiro, é oportuno examinar, pela sua relevância, o princípio da intangibilidade do objeto.

Públicos”, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 839. Na mesma linha, v.: Carla Amado Gomes, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 542. Também no sentido de proteger os direitos dos demais operadores econômicos e a própria preservação do núcleo contratual v.: Ana Gouveia Martins, “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 70.

5.2 *O princípio da intangibilidade do objeto*

Em certa medida, a intangibilidade do objeto decorre de uma constatação óbvia: não se pode alterar o contrato de concessão de tal maneira que deturpe ou desnature por completo o objeto originalmente licitado.

A intangibilidade do objeto surgiu como um limite ao exercício do poder de modificação unilateral do poder concedente.¹⁸ Mesmo na construção assimétrica dos poderes exorbitantes dos contratos administrativos haveria de ser assegurada ao concessionário uma proteção em face dessa prerrogativa unilateral, que, à evidência, não poderia ser de tal ordem a ponto de descaracterizar integralmente o objeto, sob pena de violar a tutela da confiança e boa-fé do próprio concessionário.

Contudo, para além de proteger os direitos do concessionário em casos do exercício da *potestas variandi*, a preservação do núcleo essencial do objeto é um parâmetro que deve ser observado independentemente da natureza da mutação. Mesmo alterações consensuais e bilaterais não encontram respaldo no ordenamento jurídico para transfigurar o objeto do contrato de concessão.

Conecta-se a ideia de intangibilidade do objeto ao próprio princípio da concorrência, que, igualmente, lhe confere fundamento de validade. Admitir uma mutação que desnaturasse por completo o objeto originalmente licitado e pactuado entre as partes implicaria violação do direito subjetivo dos demais licitantes que participaram do certame e até mesmo de terceiros que, diante do objeto tal qual definido originalmente, tenham deixado de ofertar propostas.

O contrato de concessão – como, de resto, ocorre com qualquer contrato administrativo – encontra no procedimento seletivo que o antecedeu condicionantes e restrições que limitam sua mutabilidade, em especial no que se refere ao núcleo essencial do objeto.

A intangibilidade do objeto tem um caráter garantidor de tríplice dimensão e que tutela os seguintes direitos subjetivos: (a) do concessionário, que se vê protegido de um poder ilimitado de alteração unilateral do contrato de concessão; (b) de terceiros, que participaram ou não da licitação, cujos interesses somente poderiam ser tutelados a partir da existência prévia deste limite; (c) da sociedade, e dos interesses da coletividade, que, diante de transformações radicais do objeto originalmente licitado, estaria privada, pela via meritória da concorrência, de usufruir de outro projeto estruturante de interesse público refletido no contrato de concessão.

Em síntese, o objeto licitado deve guardar identidade material com o objeto contratado e não sofrer qualquer tipo de transfiguração por meio de uma degenerada mutabilidade, em especial pela via da alteração unilateral do contrato. Na clássica lição de Diogo Freitas do Amaral,¹⁹ é possível que se promova a alteração *do* contrato, mas não *de* contrato.

18. Esta é a posição adotada por Christophone Guettier, *Droit des Contrats Administratifs*, 3ª ed., Paris, Thémis, 2011, p. 437. No mesmo sentido, v.: Laurent Richer, *Droit des Contrats Administratifs*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 322.

19. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 2013, p. 628. Na mesma linha, e explicando que uma transformação radical

Em exemplo extremado, não poderia um contrato de concessão de rodovia ser alterado para admitir que o concessionário prestasse, ainda que em pequeno trecho, serviços de transporte rodoviário para uma determinada categoria de usuários. O objeto da prestação do serviço é de outra natureza²⁰ e somente poderia, em tese, ser cogitado se o instrumento convocatório e o próprio contrato autorizassem expressamente.

No entanto, é suposto compreender que a intangibilidade do objeto não implica cristalizar o objeto ou, mesmo, torná-lo imutável. O objeto pode, como qualquer outra cláusula contratual, ser alterado quantitativamente ou, mesmo, qualitativamente, o que encontra abrigo, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, como adiante se verá.

A intangibilidade do objeto está conectada à ideia de proteger o núcleo essencial do contrato de uma desmedida e ilimitada mutação ou, mesmo, uma mudança tão profunda nas condições originais da contratação que poderia macular o direito subjetivo de terceiros quando da realização da licitação pública.

Mudanças radicais nas condições originais do objeto e da própria contratação podem afetar o núcleo essencial do objeto e a sua intangibilidade, bem como podem afrontar o princípio da concorrência, atingindo o direito subjetivo de terceiros de participar de licitação que apresentasse nova configuração e da sociedade em ter acesso, pela via meritória da competição, a um projeto estruturante de um relevante interesse público.

Em alguns casos a decisão de alterar o contrato concessional ou realizar nova licitação pública pode ser bastante complexa e com diversas variáveis, em especial se o contexto factual não se apresentar com grau de evidência.

Por isso que, *a priori*, não há como densificar de forma objetiva e completa o núcleo do que seria a intangibilidade do objeto ou, mesmo, desenvolver uma teoria que abarcasse o seu conteúdo de modo peremptório. Se a intangibilidade está ligada ao objeto e se o objeto é variável em cada licitação e em cada contrato de concessão, apenas diante de um substrato fático concreto é que se poderá investigar se a pretendida alteração do contrato de concessão extrapola, ou não, a intangibilidade do objeto.

do objeto imporia o resgate no caso de uma concessão de serviço público, v.: Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos (Uma Aplicação da Técnica Concessória)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 258. Em posição semelhante, e aduzindo que deve ser mantida a identidade do contrato, v.: Fernando Sainz Moreno, “Prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa”, in Benigno Pendas García (coord.), *Derecho de los Contratos Públicos: Estudio Sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Barcelona, Praxis, 1995, pp. 449-450.

20. Aduzindo que é juridicamente inviável a inclusão de prestações que não guardam qualquer relação com a natureza do objeto, v.: Floriano de Azevedo Marques Neto, “Contratos administrativos”, *Boletim de Licitações e Contratos/BLC* 1/4, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, 2006.

5.3 *O Direito Europeu e os parâmetros substantivos conformadores da mutabilidade: a proteção da concorrência na fase contratual*

A contratação pública – pela sua relevância na economia dos Estados-membros – é de fulcral importância para o êxito do mercado comum europeu, com especial destaque para as despesas de investimento em setores de infraestrutura²¹ que são viabilizadas pelos contratos de concessão.

Para que esse mercado único europeu pudesse ser construído a partir de bases sólidas, as regras comunitárias em matéria de contratação pública lastrearam-se, fundamentalmente, na garantia da livre circulação dos serviços e na abertura à concorrência sem discriminações entre os Estados-membros, o que decorreu, em grande medida, da contribuição decisiva da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.²²

Havia um certo protecionismo e resistência dos Estados-membros na adoção de regras comunitárias capazes de conferir uma escala europeia às contratações públicas, o que resultava em uma barreira à construção do mercado único europeu.²³

A liberalização dos contratos públicos e a sua conseqüente europeização²⁴ desvelavam-se como parte fundamental para a construção do mercado único, a justificar que a concorrência nas contratações públicas atingisse uma escala europeia, e não mais circunscrita aos Estados-membros.

Historicamente, o Direito Europeu concentrou-se nos procedimentos pré-contratuais, e não na disciplina do regime substantivo dos contratos.²⁵ Isso se explica porque é no processo de formação do contrato público (na licitação) que se assegura a concorrência na dimensão europeia, e não mais limitada a cada Estado-membro. Era, portanto, determinante regular e uniformizar as regras pré-contratuais, para garantir que não haveria discriminação em razão da nacionalidade que pudesse colocar em risco a concorrência comunitária, bem como para assegurar a livre circulação de serviços, determinante para a construção de um mercado único europeu.

Em certa medida, o Direito Europeu guardava uma deferência à autonomia contratual dos Estados-membros, o que pode ser explicado pela complexidade na conformação de um regime jurídico uniformizado em Países com realidades e experiências contratuais públicas tão diversas.

21. Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., p. 29.

22. Cf.: Pedro Gonçalves, *Acórdão Pressetext: Modificação de Contrato Existente Vs. Adjudicação de Novo Contrato*, disponível em www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/549.pdf (acesso em 23.10.2018).

23. Cf.: Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, cit., p. 39.

24. Constatando a influência do Direito Europeu no Direito dos Estados-membros, v.: Santiago González-Varas Ibañez, *El Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2000.

25. Nesse sentido, v.: Steen Treumer, “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive”, *Public Procurement Law Review* 3/148, Nottingham, 2014.