

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 147  
julho/setembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos

Danielle Cristina Lanius

## Sumário

1. Introdução. 2. Da dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. Da subcontratação e a licitação. 4. Da subconcessão e a licitação. 5. Da transferência da concessão e a licitação. 6. Da transferência do controle acionário e a licitação. 7. Observações finais.

## 1. Introdução

O contrato de concessão de serviço público é aquele pelo qual o Poder Público transfere a um particular a execução de determinado serviço público, sob sua fiscalização, mediante pagamento de tarifas arcadas pelos usuários<sup>1</sup>.

Tal contrato mereceu referências constitucionais, como no artigo 175 da Constituição Federal, que o caracteriza como forma indireta de prestação de serviços públicos e prevê que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Vale notar que o termo *sempre*, contido no dispositivo constitucional, não significa que não se possa dispensar ou declarar inexigível a licitação em determinados casos concretos, como veremos a seguir.

A obrigatoriedade da licitação<sup>2</sup> para os órgãos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é estabelecida também no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *verbis*:

“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, ser-

viços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualidade técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 2º, vem a corroborar tais normas ao dispor que as concessões e permissões devem ser necessariamente precedidas de licitação. Tal exigência justifica-se, pois o procedimento licitatório proporciona segurança à Administração e vincula o contrato que dele possa advir, garantindo economicidade, publicidade, impessoalidade, moralidade, igualdade jurídica e preservando o interesse público<sup>3</sup>.

A licitação é um princípio impostergável por estar associado aos postulados de moralidade e igualdade. Para alienar e adquirir, o Poder Público deve procurar a melhor oferta, dentro de um cotejo de propostas. A Administração não pode escolher arbitrariamente o concessionário que desejar. Ao contrário, deverá fazê-lo por meio de uma licitação, a fim de que, entre os interessados, seja selecionado aquele que oferecer condições mais vantajosas<sup>4</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

“a concessão é um ato *intuitu personae* por excelência e será obrigatoriamente precedida de licitação, o que, de resto, está estampado no art. 175 da Constituição. O Concessionário é selecionado em função de um conjunto de requisitos entre os quais, obviamente, se incluem sua capacitação técnica para o desempenho da atividade, sua idoneidade financeira para suportar os encargos patrimoniais, sua competência administrativa para gerir o empreendimento e sua integridade moral, medida nas empresas pela

correção com que respondem aos compromissos assumidos. [...] A Administração não dispõe de liberdade absoluta na escolha do cessionário. Antes, é obrigada a obedecer a um procedimento legal na seleção do contratante, através do qual irá justamente examinar, entre outros, os requisitos acima apontados em uma concorrência aberta a todos os interessados. Por isso não fica ao alvedrio da Administração [...] decidir, a seu talante, quem desempenhará o serviço”<sup>5</sup>.

A licitação, de acordo com o artigo 14 da Lei nº 8.987, realizar-se-á em conformidade com o previsto na Lei nº 8.666/93, atualizada pela Lei nº 8.883/94, logicamente afastando-se a aplicação das normas que não forem compatíveis com a natureza das concessões de serviço público. Dispõe o referido artigo:

“Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

Também vale transcrever o artigo 124 da Lei nº 8.666, que reza:

“Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.”

Diante disso, pode-se concluir que se deve aplicar, prevalentemente, as normas da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e, supletivamente, a Lei de Licitações e Contratações<sup>6</sup>.

A Lei nº 8.987 estabelece, em seu artigo 2º, incisos II e III, que a modalidade licitatória própria das concessões de serviço público simples ou precedidas da execução de obra pública<sup>7</sup> é a concorrência, processo que se reveste de maior formalismo e publicida-

de. Excluem-se, assim, as demais modalidades previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93. Ressalve-se que a Lei nº 9.074/95 prevê, com exceção dos serviços de telecomunicações, duas possibilidades de licitação na modalidade de leilão, ambas nos casos em que o serviço público de competência da União esteja em mãos de empresas estatais e se pretenda deslocá-lo delas<sup>8</sup>. Tal disposição legal se justifica porque, nesse caso, o procedimento licitatório tem por objeto a privatização do concessionário de serviço público e não a outorga de concessão. Ainda assim, o Poder Público poderá adotar a modalidade concorrência para a privatização, desde que, previamente, fixe o valor das quotas ou ações de que é titular<sup>9</sup>.

## *2. Da dispensa e inexigibilidade de licitação*

Como foi previamente ressaltado, a própria Constituição Federal impõe a obrigatoriedade de licitação de forma genérica na contratação e defere à legislação ordinária a tarefa de tecer ressalvas a esse princípio, obviamente não gratuitas, nem desarrazoadas, sob pena de inconstitucionalidade.

Dessa forma, a lei ressalvou algumas hipóteses em que o princípio da obrigatoriedade da licitação é afastado, por não se compatibilizarem com o processo licitatório. Tal ressalva foi, inclusive, admitida na própria Constituição no artigo 37, inciso XXI.

Primeiramente, a Lei nº 8.666, em seu artigo 24, determinou as hipóteses em que a licitação é dispensável. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “a dispensa de licitação se caracteriza pela circunstância de que, em tese, poderia ser o procedimento realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório”<sup>10</sup>. Em outras palavras, a licitação, embora possível em face da viabilidade de competição, não se justifica, em função do interesse público. Vale lembrar que o elenco do artigo 24 é taxativo, não sendo possível ao administrador ampliar os casos nele previstos, mesmo porque, sendo a licita-

ção possível, tais casos são uma opção política, tendo o legislador considerado a dispensa de licitação mais conveniente ao interesse público.

Nos incisos I e II do artigo 24, estabelece-se um critério de valor, sendo dispensada a licitação se a contratação se efetuar até determinado montante. Os incisos III, IV e V a dispensam em situações de flagrante excepcionalidade, como em casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, calamidade pública ou emergência. O inciso V se reporta à hipótese de não haver interessados na licitação e a repetição do procedimento redundar em prejuízo à Administração; o inciso VII, aos casos de preços manifestamente diversos daqueles praticados no mercado; o inciso VIII, à contratação de pessoas administrativas; o inciso IX, aos casos de risco de comprometimento da segurança nacional; o inciso X, à locação e compra de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração; o inciso XI, à complementação do objeto; o inciso XII, à aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis; o inciso XIII, à contratação de empresas sem fins lucrativos; o inciso XIV, à aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos; o inciso XX, à contratação de associação idônea de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos entre outros.

Além desses casos de dispensa, a Lei nº 8.666 contempla ainda casos de inexigibilidade de licitação, fazendo uma enumeração exemplificativa nos incisos do artigo 25.

Tal artigo dispõe: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

Entre os casos que a lei cita estão o de haver fornecedor exclusivo (art. 25, inc. I), o de contratação de serviços técnicos especializados (inc. II) e contratação de profissionais do setor artístico (inc. III).

Tendo em vista que a aplicação da Lei de Licitações às concessões será sempre em caráter subsidiário, desde que não entre em conflito com as normas específicas da Lei

de Concessões ou com a natureza especial de tal contrato, pode-se concluir que a maior parte das hipóteses acima descritas de dispensa e inexigibilidade de licitação reguladas pela Lei nº 8.666/93 não se aplica às concessões de serviço público. Principalmente porque tal contrato tem, via de regra, uma duração prolongada, o que restringe a possibilidade de contratação sem licitação.

Apesar de boa parte da doutrina não aplicar às concessões os casos de dispensa de licitação, alguns deles não são propriamente casos de dispensa e poderiam ser aplicados. Isso ocorre, por exemplo, nas hipóteses de estado de guerra, grave perturbação da ordem, calamidade pública, comprometimento da segurança nacional, emergência devidamente comprovada ou, ainda, de licitação deserta.

Também não caberá licitar se, para outorga de uma dada concessão, não acudirem interessados ou “se a adequada prestação do serviço exige a opção por uma metodologia nova, moderna, cujo domínio seja de uma única empresa, podendo, inclusive, ter sido por ela patenteada”<sup>11</sup>. Ou seja, aplicam-se às concessões de serviço público as hipóteses de inexigibilidade de licitação, por ser inviável a competição.

Resta claro que, nessas circunstâncias, havendo necessidade de se transferir a execução do serviço público à iniciativa privada, concordamos com a posição de Eurico de Andrade Azevedo, que entende que, em se tratando de uma situação transitória, “é preferível que essa transferência seja feita mediante *permissão*”<sup>12</sup>, instituto que se destina precisamente a solucionar tais situações, pelo seu caráter precário”<sup>13</sup>.

No que concerne à inexigibilidade de licitação para concessões, somente a regra do *caput* do artigo 25 teria aplicabilidade, ou seja, é compatível com a concessão somente a inviabilidade de competição e não os demais incisos deste artigo que se referem à execução de atividades não caracterizadas como serviço público<sup>14</sup>.

Ainda a respeito da inexigibilidade, a Lei nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, em seu artigo 23, §§ 1º e 2º, proibiu-a expressamente no âmbito das concessões de energia elétrica e autorizou a dispensa apenas no caso de não acudirem interessados à primeira licitação e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração. Tal proibição, segundo a doutrina, não se justifica nem a restrição, imposta por essa lei, das hipóteses de dispensa apenas a uma: licitação deserta.

Nos casos de transferência de concessão, alguns doutrinadores entendem ter a lei criado um novo caso de dispensa de licitação, além desses casos aplicáveis aos contratos de concessão acima descritos. Em nosso entendimento, não se trata de uma dispensa de licitação, como veremos a seguir.

### 3. Da subcontratação e a licitação

“Embora se considere a concessão como um contrato *intuitu personae*, a lei admite a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, desde que o concessionário continue responsável pela execução de seu objeto e a natureza deste o permita”<sup>15</sup>.

Na subcontratação, ocorre, então, uma espécie de “terceirização”, um contrato de direito privado, permanecendo a relação jurídica de concessão imutável. Não se forma, pois, vínculo ou relação jurídica de qualquer natureza entre o poder concedente e o terceiro contratado, conforme se pode depreender do artigo 25, § 2º, e 31 da Lei nº 8.987.

No caso da subcontratação, não será exigida licitação, porque ela não incidirá sobre a atividade principal do objeto concedido, ficará adstrita às cláusulas regulamentares estipuladas para a concessão e, finalmente, porque a contratação não eximirá o concessionário de responsabilidade, nem formará qualquer vínculo do terceiro contratado com a Administração, conforme já salientado.

É o que conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

“No caso da contratação de terceiros prevista no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666; no entanto, por serem contratados pela concessionária e não pelo poder concedente, não se submetem às normas dessa lei; não são contratos administrativos, mas contratos de direito privado”<sup>16</sup>.

#### *4. Da subconcessão e a licitação*

A subconcessão é a transferência parcial da concessão a um terceiro, mediante solicitação do concessionário, por meio de um contrato administrativo.

A Lei nº 8.987, em seu artigo 26, prevê a possibilidade de subconcessão, nos termos do contrato de concessão e do edital<sup>17</sup>, desde que autorizada pelo poder concedente, que avaliará sua conveniência e oportunidade. O parágrafo 1º acresce a essas exigências a necessidade de ser precedida de licitação, na modalidade de concorrência.

Não poderia deixar de existir a necessidade de licitação nesse caso, pois o artigo 175 da Constituição Federal exige tal procedimento e, se tivéssemos subconcessões a empresas que sequer participassem de licitações, estar-se-ia ferindo tal dispositivo constitucional e burlando os princípios relativos à licitação e isonomia dos licitantes.

Apesar de o texto constitucional, a despeito das exigências legais, prever a necessidade da licitação, há quem advogue contra sua realização. Os argumentos utilizados para sustentar tal entendimento estão

bem elencados na Decisão Sigilosa nº 0790-48/96 do Tribunal de Contas da União. O caso envolve uma renovação automática de contrato de edição de listas telefônicas oficiais firmado entre a Telebrasília (que à época ainda era uma empresa pública) e a Listel S.A., sem a realização de licitação. Discutia-se, então, a obrigatoriedade da realização da licitação nesse caso. A argumentação básica dos advogados da Telebrasília consistia na necessidade de se conceder às empresas públicas maior discricionariedade e liberdade na execução de suas atividades, o que proporcionaria maior eficiência, restando preservado o interesse público.

Todavia, acertadamente, a decisão do TCU não acolheu a tese exposta. A fundamentação da decisão envolveu muitos aspectos, entre eles o fato de que o propósito pelo qual o legislador tornou os certames licitatórios obrigatórios foi o de, por um lado, impedir a perpetuação de contratos e contratados, com os vícios e riscos já conhecidos, e, por outro lado, possibilitar a obtenção de melhores propostas. Consideraram inadmissível aceitar a alegação de que uma licitação venha a impedir o administrador de alcançar a máxima eficiência. Esta dependerá precipuamente da habilidade dos dirigentes em tornar as licitações competitivas, atraindo o interesse dos grandes e pequenos empreendedores.

Entenderam, também, os julgadores que o ato que os administradores da Telebrasília classificaram como discricionário, é um ato deformado que a doutrina classifica como arbitrário, visto que a licitação, em todas as hipóteses e ângulos que se analise, é procedimento obrigatório.

Vale descrever um pequeno trecho da decisão:

“Até o presente momento, passados cerca de 21 meses da vigência da Lei de Concessões, esta Corte jamais entendeu que, em razão do comando emergente desses preceitos, as entidades da Administração Indireta concessionárias de serviços públicos es-

tivessem exoneradas da observância dos deveres de licitar e realizar concurso público, bem assim de outros previstos no art. 37 da Constituição Federal.[...] Outro ponto importante a sublinhar é que um dos principais argumentos em que se funda a tese em exame – qual seja, a necessidade de conferir-se às empresas estatais maior liberdade de atuação, com vistas a permitir a elas concorrer em condições mais equânimes com as empresas privadas – foi igualmente levantado no STF, não sendo, todavia, capaz de afastar a necessidade de observância do dever constitucional. E assim é não porque se discorde de que tais empresas devam ter maior liberdade na execução de suas atividades, mas antes porque essa flexibilização há de produzir-se com obediência aos comandos fundamentais de nosso ordenamento jurídico-político. [...] Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas ocasiões em que sua observância revela-se incômoda.”

Apesar de a referida decisão do TCU dizer respeito a uma empresa estatal que possuía uma concessão de serviço público e renovou contrato sem licitação, os argumentos utilizados são aplicáveis ao estudo da necessidade de licitação nas subconcessões, sejam as concessionárias empresas públicas ou privadas, tendo em vista que o argumento utilizado por elas para afastar a licitação é a necessidade de possuírem mais liberdade para contratar ou subconceder para poderem competir no mercado e a argumentação para afastar tal entendimento não é outra senão a desenvolvida nesta decisão.

Abstraindo desta discussão, uma vez que a subconcessão deve ser precedida de concorrência, surge a questão de quem deve realizá-la: a Administração ou o subconcedente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro levanta o problema da seguinte forma:

“O que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade privada, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessionária.

Já foi dito que uma das características da concessão de serviço público é a de implicar a outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário; assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si esta prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última hipótese parece ser a mais correta, já que a relação contratual vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário”<sup>18</sup>.

Discordamos, porém, de tal entendimento e alinhamo-nos com Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que deve-se concluir que tal ato não é pertinente ao concessionário por ser um procedimento de Direito Público, só efetúvel por entidades governamentais<sup>19</sup>. No mesmo sentido, leciona Eurico de Andrade Azevedo que sendo a concorrência um procedimento público, “será o poder concedente quem selecionará o subconcessionário”<sup>20</sup>.

O caso mencionado acima parece deixar claro, porém, que, se a concessionária for uma entidade pública, poderá realizar a licitação.

Coloca-se, por fim, uma última questão: é preciso licitar, mas como fazê-lo? Arnaldo Wald coloca a questão nos seguintes termos: qual seria o fator para desigualar a licitação, se os subconcessionários terão que cumprir o contrato dantes firmado?

Antônio Carlos Cintra do Amaral é quem acena com a resposta: aquele que oferecesse

condições ainda mais favoráveis que as do contrato para a Administração seria o vitorioso no certame.

### 5. Da transferência da concessão e a licitação

A transferência da concessão ocorre quando uma outra pessoa jurídica ou consórcio de empresas substitui a concessionária no pólo da relação jurídica contratual.

O artigo 27 da Lei nº 8.987 dispõe que a transferência de concessão sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. Por conseguinte, tal lei admite a transferência da concessão, desde que precedida de anuência da Administração. Todavia a lei omitiu, inconstitucionalmente, a necessidade de licitação nesse caso.

Toshio Mukai entende que, não obstante o inciso I do artigo 27 pretenda “fazer com que o contrato de concessão transferido continue a ser *intuitu personae*, o art. 27 é inconstitucional, na medida em que possibilita que empresas que não tenham participado de nenhuma licitação venham a tornar-se concessionárias de serviços públicos [...]”<sup>21</sup>. Não resta dúvida que o referido artigo fere o texto constitucional por levar à burla ao princípio da licitação.

Ainda com referência a esse artigo, Antônio Carlos Cintra do Amaral sugere que os juristas não apenas o reputem inconstitucional, mas que, por meio de uma interpretação sistemática da lei, harmonizem-no com o texto constitucional, chegando ao entendimento de que necessário seria o procedimento licitatório no caso de transferência de concessão<sup>22</sup>.

Entendimento contrário culminaria em admitir a comercialização do direito de prestar o serviço e ensejar que seja repassada a concessão a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório. Isto é, está-se permitindo que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário *sem licitação*, o que é expressamente vedado – repita-se – pelo art. 175 da Lei Magna<sup>23</sup>.

É paradoxal a lei exigir licitação para a subconcessão e omitir-se em relação à transferência. Obviamente a lógica leva ao raciocínio de que, se para subconceder (cessão parcial) é necessária a licitação, com muito maior razão deve ser exigida para a transferência da concessão, que implica uma cessão total.

Vale citar as palavras de Benedicto de Tolosa Filho, que comenta:

“Não é verossímil que, transcorrida a concorrência, firmado contrato, alguns meses depois, ou até mesmo dias, possa o titular dessa outorga transferi-la para outrem a seu talante.

A outorga da concessão de serviços públicos não pode dar ao concessionário maior poder que detém o poder concedente, que para entregar um serviço público em concessão está atrelado ao princípio da licitação. Ninguém pode dar o que não tem”<sup>24</sup>.

Também é valioso o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre essa questão:

“Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, *com* ou *sem* a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito esse, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a *transferência da concessão* seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição”<sup>25</sup>.

Conclui-se, assim, pela impossibilidade de transferência, total ou parcial, sob qualquer título ou pretexto, da concessão sem

licitação, nem mesmo se o concedente autorizasse ou concordasse com tal procedimento. Nesse sentido, prelecionam Celso Antônio Bandeira de Mello, Toshio Mukai, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Antônio Carlos Cintra do Amaral, entre outros.

Todavia, há quem advogue opinião contrária. Eurico de Andrade Azevedo, por exemplo, entende que, devido à longa duração dos contratos de concessão, a situação empresarial do concessionário pode sofrer drásticas alterações, vindo a ser conveniente ao interesse público uma transferência da concessão. Segundo ele, “como a lei exige que o pretendente atenda a todas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, obrigando-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, pode-se entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido quando da outorga da concessão, como bem observa Arnoldo Wald”<sup>26</sup>. Cita ainda o referido autor a posição doutrinária de Maria Aparecida Fagundes, que argumenta “que a maleabilidade introduzida pelo art. 27 favorece o interesse público, permitindo que o poder concedente atenda aos princípios constitucionais da finalidade e da razoabilidade”<sup>27</sup>. Luiz Alberto Blanchet, por sua vez, classifica a hipótese de transferência da concessão como uma nova hipótese de dispensa de licitação criada pela Lei nº 8.987/95<sup>28</sup>.

A posição de tais doutrinadores é sintetizada por Arnoldo Wald, que entende ser desnecessária a licitação tendo em vista que a outra empresa teria de cumprir exatamente o contrato.

Discordamos, porém, do entendimento de tais autores e posicionamo-nos com Antônio Carlos Cintra do Amaral ao lecionar que a transferência de concessão também deve ser submetida a um procedimento licitatório. Acrescenta ainda este autor que será razoável essa transferência apenas a empresa que ofereça condições idênticas ou melhores do que as constantes no contrato em vigor. Caso isso não seja possível, entende

que a transferência se torna impossível e que, nesse caso, a concessão deve ser extinta e realizada licitação para nova concessão<sup>29</sup>.

Assim, é exigível a licitação para a transferência da concessão com base nos seguintes argumentos:

a) a licitação é erigida como princípio constitucional e sua exigência prevista no artigo 175 da Constituição deve orientar a interpretação das normas infra-constitucionais;

b) se a licitação é exigida para que se proceda a subconcessão parcial, com mais razão deve ser realizada no caso de transferência total da concessão;

c) a contratação direta seria um convite à burla, pois permitiria que uma empresa qualquer, sem atender às exigências da licitação, passasse a prestar um serviço público, sem que estivesse ressalvado o interesse público e o interesse da Administração em escolher a melhor proposta e assegurar a igualdade de oportunidades aos que queiram contratar com ela.

Vale salientar que todas as transferências de concessão, além da anuência do poder concedente, deverão atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, bem como cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

## *6. Da Transferência do Controle Acionário e a Licitação*

Na hipótese de transferência do controle acionário, o serviço não é deslocado para outra empresa. A própria pessoa jurídica que venceu o certame continuará com os encargos e direitos decorrentes da concessão. Afinal, quem fez a proposta e quem teve seu cabedal técnico avaliado foi a empresa e não os titulares de suas ações, muito embora os acionistas possam dar maior ou menor credibilidade a ela. O importante é que a transferência do controle acionário não interrompe a existência da pessoa jurídica.

Tendo em vista que tal evento fica subordinado à prévia aquiescência da Administração, sob pena de caducidade da concessão, posicionamo-nos com Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que desnecessária e ilógica seria a exigência da licitação nesse caso.

“Faleceriam razões para impedir que acionistas detentores do controle acionário pudessem dispor de suas ações. O fato de serem representativas do capital de empresa concessionária não deve ser razão para que fiquem gravadas de indisponibilidade durante o prazo da concessão se a alienação delas não prejudica o interesse público nem ofende princípio jurídico algum a ser preservado”<sup>30</sup>.

Na verdade, o que ocorre é que o poder concedente não poderá interferir na mudança do controle acionário, podendo, porém, retirar a concessão do novo grupo se este não tiver, por exemplo, idoneidade.

Toshio Mukai, por sua vez, entende que a transferência total do controle acionário da concessionária também seria um procedimento inconstitucional<sup>31</sup>.

Interessante colocação faz Eurico de Andrade Azevedo, que não contempla nenhuma distinção entre transferência da concessão e transferência do controle acionário, tendo em vista que a primeira se processa, em regra, pela transferência do controle acionário da empresa ganhadora da concorrência. Para ele, na prática, o resultado de ambos os procedimentos vem a ser o mesmo, pois, embora a concessão continue a ser explorada pela mesma pessoa jurídica, seus controladores não são os mesmos, uma vez que a pessoa jurídica não passa de uma ficção. Por meio desse raciocínio, tal doutrinador entende não ser necessária a licitação em nenhuma das hipóteses.

Tal entendimento é refutado, porém, pela doutrina majoritária, que entende a transferência do controle societário como algo que não se confunde com a transferência da concessão. Para Antônio Carlos Cintra do

Amaral, o edital deve regular a transferência do controle acionário a fim de submetê-la à aprovação prévia do poder concedente, “que deve estar atento a uma transferência camuflada ou simulada da concessão”. Segundo ele, cabe ao poder concedente aprová-la ou vetá-la, mas nunca licitá-la, o que seria absurdo. Ressalva o autor que reconhece a possibilidade de que a concessionária, visando escapar à licitação nas outras modalidades, opte pela transferência do controle acionário como forma de atingir seu objetivo, contudo reputa de extremamente rígida, formalista e mesmo impossível a idéia de licitar a transferência do controle acionário, que levaria provavelmente à extinção da concessão com o conseqüente prejuízo ao interesse público<sup>32</sup>.

Relembra com propriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

“No caso de a concessionária ou permissionária de *serviço público federal* ser uma empresa sob o controle acionário da União, deverá ser aplicada a norma do art. 27 da Lei 9.074. Nesse caso, a privatização, com a transferência do controle acionário, será feita concomitantemente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação da concessão existente. Isto somente poderá ser feito mediante licitação, seja por concorrência, seja por leilão, na forma permitida pelo referido dispositivo legal (com a ressalva para os serviços de telecomunicações)”<sup>33</sup>.

### 7. Observações finais

De um modo geral, poder-se-ia concluir que

- a subcontratação não depende de prévia licitação;
- a subconcessão deve sempre ser precedida de licitação;
- a transferência de concessão deve, igualmente, ser precedida de licitação, salvo se inviável;
- a transferência do controle acionário da concessionária é insuscetível de licitação.

É preciso lembrar, porém, que a Lei nº 9.472, que trata dos serviços de telecomunicações e criou a ANATEL, trata especificamente das concessões de serviços de telecomunicações, sendo afastada expressamente a aplicação das Leis nºs 8.666 e 8.987. Assim, aquilo que dissemos sobre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e transferência do controle acionário não se aplica no âmbito dessa lei.

Essas matérias vêm tratadas no artigo 94, inciso II (prevê a terceirização), e no artigo 98 (prevê a transferência do contrato) da referida Lei.

O artigo 98, por exemplo, admite a transferência do contrato desde que aprovada pela ANATEL e exige um prazo de carência de três anos de funcionamento regular da concessionária para que ela possa pleitear a transferência da concessão. Deverão estar preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições: a) o serviço esteja sendo executado a contento há pelo menos três anos; b) o cessionário cumpra todos os requisitos da outorga; c) a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato.

Além disso, a lei determina algumas exigências à empresa que assumirá a concessão e ainda determina que tal procedimento não poderá abalar o ambiente concorrencial.

Resta claro que tal expediente poderá ser utilizado para burlar o princípio licitatório. O prazo de carência de três anos é o que ainda dificulta mais o conluio de empresas visando burlar a licitação, mas de forma alguma o impossibilita.

Cabe ainda uma última colocação a respeito do tema. Caberá à ANATEL e ao CADE, no âmbito de suas respectivas competências, por ocasião das transferências de concessão e transferências do controle acionário, e mesmo subconcessões, verificar se está preservado o ambiente concorrencial ou se tal procedimento configura um ato de concentração econômica que redunde em prejuízo ao usuário.

## Notas

<sup>1</sup> Vários conceitos há de concessão de serviço público. Vale citar alguns: “Entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 369). “Concessão é a delegação contratual ou legal da execução de um serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 337).

<sup>2</sup> Assim sendo, no caso de a concessionária ser uma estatal, é preciso que haja, necessariamente, licitação para subcontratar ou subconceder. Tal fato decorre da Constituição e da Lei. Portanto, nos itens que tratam sobre a questão da licitação na subcontratação, subconcessão e transferência da concessão, referimo-nos, especialmente, às empresas privadas.

<sup>3</sup> “Não há legitimação dentro do Estado de Direito para uma escolha arbitrária sobre este ou aquele ofertante. [...] Não fora a licitação poderíamos cair no pleno arbítrio da autoridade administrativa, com todas as seqüelas para o relacionamento entre a Administração e o administrado, que deve ser justo, correto e eficiente.” In: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 114.

<sup>4</sup> Nesse sentido dispõe o artigo 3º da Lei 8.666: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, s.d. p. 369-370.

<sup>6</sup> MUKAI, Toshio. *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*: comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória nº 1.017, de 1995, das concessões do setor elétrico. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 35.

<sup>7</sup> “No parágrafo único do art. 124, a Lei nº 8.666/93 afastou as exigências dos incisos II a IV do art. 7º da Lei (obrigatórios para obras e serviços) para as licitações pertinentes a concessões de servi-

ços públicos com execução prévia de obras em que não foram previstos desembolsos por parte da Administração Pública concedente.” Ibidem.

<sup>8</sup> Nesses casos de privatização simultânea com outorga de nova concessão de pessoas administrativas sob controle direto ou indireto da União, é exigível a observância da necessidade de serem vendidas quantidades mínimas que garantam a transferência do controle acionário.

<sup>9</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1999. p. 251.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999. p. 180.

<sup>11</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 21.

<sup>12</sup> Segundo Eurico de Andrade Azevedo, “esta é a posição da Lei paulista de Concessões, que, sem dúvida, deu tratamento mais adequado à matéria, dispondo que a licitação prévia poderá ser dispensada nos seguintes casos (art. 4º): a) guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; b) emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situações que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; c) quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas neste caso as condições preestabelecidas. Nas hipóteses a e b, a delegação deverá ser feita por meio de permissão. Na hipótese c, poderá ser efetuada por concessão.” In: AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral)*, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 52.

<sup>13</sup> Idem, ibidem.

<sup>14</sup> BLANCHET, 1999, op.cit., p. 78.

<sup>15</sup> AZEVEDO, op.cit., p. 107-108.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 105.

<sup>17</sup> Na subconcessão, o subconcessionário subroga-se nos direitos e deveres do subconcedente dentro dos limites da concessão. Na verdade, não apenas nos limites do contrato, mas também do edital, pois, se a possibilidade de subconcessão não houver sido prevista no edital, “qualquer previsão contratual a respeito será inválida, por desbordar daquele documento básico”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 462-463.

<sup>18</sup> DI PIETRO, M.S.Z. *Parcerias...op.cit*, p.106.

<sup>19</sup> MELLO, op.cit., p. 463.

<sup>20</sup> AZEVEDO, op.cit., p. 110.

<sup>21</sup> MUKAI, op.cit., p.52.

<sup>22</sup> AMARAL, op.cit., p. 25.

<sup>23</sup> MELLO, op.cit., p.462.

<sup>24</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Lei das concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada*. Rio de Janeiro : Aide, 1995. p. 90.

<sup>25</sup> MELLO, op. cit., p.461.

<sup>26</sup> AZEVEDO, op.cit., p.111.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> BRANCHET, 1999, op.cit., p. 79.

<sup>29</sup> AMARAL, op.cit., p.24.

<sup>30</sup> MELLO, op.cit., p. 462.

<sup>31</sup> MUKAI, op.cit., p. 52.

<sup>32</sup> AMARAL, op.cit., p.25-26.

<sup>33</sup> DI PIETRO, 1999, op. cit., p.107.

### Bibliografia

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987 e 9.074 (parte geral)*, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98. São Paulo : Malheiros, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1999.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei nº 9.897, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995*. Curitiba : Juruá Editora, 1995.
- BRAZ, Petrônio. *Manual de Direito Administrativo : de acordo com a reforma administrativa*. São Paulo : Editora de Direito, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos contratos administrativos*. [s.l.] : Forense, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. [s.l.] : Editora Atlas, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo : Atlas, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21.ed. [s.l.] : Malheiros Editores. s./d.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato*. 11. ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. [S.l.] : Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à Lei 8.987/93 e à Lei 9.074/95, das concessões do setor elétrico (com as alterações da Lei nº 9648/98)*. São Paulo : Saraiva, 1998.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Lei das concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada*. Rio de Janeiro : Aide, 1995.

WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. [S.l.] : Editora RT, 1996.