

DA SUBCONCESSÃO E DA TRANSFERENCIA DA CONCESSÃO OU DO CONTROLE SOCIETÁRIO DA CONCESSIONÁRIA E O SEU REFLEXO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

*Mauro Roberto Gomes de Mattos
Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente
do Instituto Ibero Americano de Direito
Público – IADP, Membro da Sociedade
Latino-Americana de Direito do Trabalho e
Seguridade Social, Membro do IFA –
Internacional Fiscal Association. Conselheiro
efetivo da Sociedade Latino-Americana de
Direito do Trabalho e Seguridade Social.*

I – DA RELAÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, conforme compromisso assumido quando da assinatura do contrato administrativo.

Nestas condições, uma das obrigações contraídas é a prestação de serviços pessoal, isto é, somente pode ser exercida pela contratada de determinado serviço público, tendo o caráter personalíssimo.

O caráter *intuitu personae* deriva, da obrigação de prestação pessoal do serviço ao contratante. Essa relação se vê presente em inúmeras ocasiões, onde a figura da prestação de serviços pessoal é um dos grandes elos da confiança.

De Plácido e Silva,¹ deixou registrado no seu imortal vocabulário jurídico:

“Os direitos que se geram dos contratos ou obrigações *intuitu personae*, em princípio, são incendiáveis ou intransmissíveis. Mas, assim, se entendem os que se geram ou nascem em consideração de pessoa e, que somente possam subsistir em consideração dela. Em tal caso, não podem ser cedidos ou transferidos em condições idênticas. Daí a razão de sua incredibilidade.”

Diante de tal colocação e ciente de que a prestação de serviço público concedido possui como uma de suas características a prestação de serviços pessoais, indaga-se: como admitir-se a substituição material (subcontrato) ou também jurídica (cessão) do contrato público original?

Esta é uma intrigante questão, pois ao admitir a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, não se estaria rompendo um dos elos da prestação pessoal do concessionário público, pois o concessionário continuaria com a obrigação inicial da

¹ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, 13ª ed., Ed. Forense, p. 448.

prestação de serviços pessoal, diferentemente da cessão, onde existe a verdadeira substituição a um terceiro.

Todavia, como muito bem decidiu a Corte Suprema da Espanha,² tanto a cessão quanto a subcontratação constituem exceção à regra geral do caráter personalíssimo dos contratos administrativos:

“... tanto la cesión como el subcontrato constituyen excepciones a la regla general del carácter personalísimo de los contratos administrativos en cuya conclusión es fundamental la consideración de las cualidades del contratista...”

A doutrina espanhola entende que quando se trata de uma prestação de serviço personalíssima ou infringível, não é o seu cumprimento por “el deudor solo uno de los medios de satisfacción, sino el único possible.”³

O caráter personalíssimo da prestação de serviços do contratado não é uma barreira para a subcontratação, pois quando a Administração Pública autoriza tal expediente, em nome do interesse público, ela transfere para um terceiro a responsabilidade originariamente delegada, constituindo-se também uma relação *intuitu personae*, só que, desta feita, com um novo sujeito.

Trevijano Garnica⁴ destaca:

“... el contratista es el único que puede cumplir las prestaciones a las que se ha obligado como consecuencia de la referida calificación del contrato como *intuitu personae*, sin embargo al autorizar la Administración la cesión misma, está superando dicha condición y, en definitiva, está admitiendo que un tercero (el cesionario) pase a ocupar la posición del contratista-cedente, y con ello dé cumplimiento a las prestaciones que éste asumió originariamente.”

Esse posicionamento se coaduna, tanto com a legislação vigente nacional, como com a doutrina dominante, pois os contratos administrativos podem ser cedidos, sendo certo que a prestação *intuitu personae* não é condição que impeça a transferência para terceiros, tendo em vista que o novo contratado prestará também pessoalmente o seu mister. Necessário é que no contrato administrativo firmado haja a previsão expressa da subconvenção ou da cessão.

A assumpção da obrigação pelo concessionário de prestar serviços ao poder público, não significa que a prestação de forma pessoal e direta, pois existe também a possibilidade de contratação de terceiros para o desempenho das atividades pertinentes,⁵ como já dito.

² Decisão do Tribunal Supremo da Espanha, de 26/11/1980, AR 4.806, *apud* “La Cesión del Contrato Administrativo. La subcontratación.” Ernesto García-Trevijano Garnica, Civitas, 1997, Madrid, p. 27.

³ Ernesto García-Trevijano Garnica, *La Cesión del Contrato Administrativo. La subcontratación* Civitas, 1997, Madrid, p. 27.

⁴ Ob. cit. ant., p. 28.

⁵ “É característico da concessão o concessionário assumir pessoalmente o desempenho das atividades correspondentes à prestação do serviço público. Nos limites determinados no contrato, o serviço público passa a exclusiva responsabilidade ao concessionário. Isso significa, por um lado, que o poder concedente cessa sua atuação. Por outro, autoriza transferência das atividades para terceiros (respeitados os limites legais e

Outro fator que inibe qualquer tentativa de crítica da contratação de terceiros ou da própria cessão da concessão é que diferentemente do direito privado, o caráter *intuitu personae* da prestação de serviço no direito administrativo, sofre temperamento, em razão do princípio da impessoalidade, contido no artigo 37 da CF, que determina que o Poder Público não tenha preferência insuperável por esse ou aquele sujeito privado.

Pela impessoalidade, o caráter *intuitu personae* da prestação de serviço deixa de ser um mito insuperável, pois é defeso ao administrador público demonstrar preferências pessoais.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho⁶ averba em laço de extrema felicidade:

“Diz-se que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar.

Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra (...) um contrato administrativo *intuitu personae* no mesmo sentido do Direito Privado infringiria o princípio da impessoalidade. Para o Estado é indiferente a personalidade psicológica do particular (...) Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo.”

Em abono ao que foi dito, e cultuando o princípio da impessoalidade, o art. 64, § 2º da Lei nº 8.666/93, faculta à Administração substituir o licitante vencedor, quando ele convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos. É a prova de que o caráter *intuitu personae* na contratação é tida com temperamentos, porque, permite o respectivo comando legal declinado, a convocação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para contrair com a Administração, nas mesmas condições da proposta vencedora e em igual prazo, o que foi licitado.

Esta é a grande prova de que essa relação personalíssima na contratação não é absoluta, prevalecendo a impessoalidade como fator que inibe o caráter *intuitu personae* da contratação pública. O resultado e a eficiência é que são os fatores perseguidos pela Administração, que não se aferroa a identidade individual de quem quer que seja. Fica, assim, desmistificado o caráter *intuitu personae* na relação contratual pública, podendo, dentro dos limites elencados pela lei, ocorrer a subconcessão ou a cessão da concessão, tudo em nome e respeito ao interesse público sem que haja infringência aos direitos e as garantias contratualmente estipuladas em favor do contrato *gênesis*.

contratuais). Isso não significa obrigatoriedade de o concessionário atuar sempre pessoal e diretamente. O concessionário assume juridicamente a gestão do serviço, com a faculdade de contratar terceiros para o desempenho das atividades pertinentes.” (Marçal Justen Filho, *Concessões e Serviços Públicos*, 1997, Dialética, p. 277).

⁶ Marçal Justen Filho, ob. cit. ant., p. 51.

II – DA PREVISÃO EXPRESSA DA SUBCONCESSÃO

Demonstrado que o caráter *intuitu personae* da execução do serviço concedido não é fator que iniba a subconcessão ou a cessão, de acordo com a lei e o que vem estatuído no respectivo contrato.

A Lei de Concessões,⁷ no seu artigo 26, disciplina a matéria em voga, nos seguintes termos:

“Art. 26 – É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º - A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º - O subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Como visto, o legislador expressamente admitiu a subconcessão, que deverá seguir a liturgia legal: *a)* previsão contratual (contrato de concessão); *b)* autorização do poder concedente; *c)* ser precedida de licitação pública e, *d)* transferência total ou parcial dos direitos e obrigações.

Na subconcessão, o originário concessionário permanece como tal, apenas transferindo para o novo contratado parte dos seus deveres e poderes. Nessa situação não se caracteriza a cessão parcial do contrato, tendo em vista que não ocorre redução do âmbito da concessão original,⁸ ou seja, o concessionário *gênesis* mantém-se responsável pela qualidade e desempenho da sua obrigação. Apesar de ocorrer uma transferência para terceiros, o contratado inicial se mantém vinculado à obrigação contratual. Diferente é, portanto, da hipótese da cessão parcial, onde ocorre a transferência de responsabilidade, deixando o primitivo contratado de ser responsável naquilo que foi transferido para o terceiro.

Tecendo considerações sobre a cessão do contrato administrativo, Trevijano⁹ escreve:

“No se trata ya, portanto, de ceder créditos o asumir obligaciones; lo que la cesion del contrato produce es la substitución en bloque del cesionario en la posición contractual que ocupaba el cedente (contratista originario). No se trata tampoco de un negocio jurídico complejo resultado de la suma de multitud de transmisiones individuales (la de casa uno de los derechos y obligaciones que conforman la relación jurídico contractual de que se trate), sino que las posiciones doctrinales más recientes abogan por sostener – y así está generalmente admitido – que la cesión del contrato constiuye un negocio jurídico unitario por virtud del cual se transmite un contrato

⁷ Lei nº 8.987/95.

⁸ Cf. Marçal Juten Filho, *ob. cit. ant.*, p. 279.

⁹ Ernesto Garcia-Trevijano Garnica, *ob. cit. ant.*, os. 37/38.

base u originario, de tal manera que el objeto del contrato de cesión está constituido por dicho contrato base.

En el Derecho Administrativo, la admisibilidad de la cesión del contrato deriva de la propia regulación legal existente.”

Regulando a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, o art. 27, da Lei nº 8.987/95 assim ficou redigido:

“Art. 27 – A transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo Único – Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo o pretendente deverá:

I – atender as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

Versa este artigo sobre a cessão da concessão, que não se confunde com a subconcessão, como já demonstrado. Na hipótese do multicitado art. 27, o contrato administrativo é transferido para um terceiro, com o desaparecimento do sujeito que originalmente disputou e foi o vencedor do certame.

Pela dicção do presente comando legal somente poderá ocorrer a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária após a prévia anuência do poder concedente, sob pena de se operar a caducidade da mesma sem a manifestação de vontade do Poder Concedente, que deverá ser motivado, tanto para deferir o pleito como para negá-lo, e derivando dessa manifestação efeitos jurídicos conseqüentes da decisão a ser tomada pela Administração. A razão da manifestação do ente público reside no fato que o serviço público é regulado pelo Poder Concedente, mesmo quando ele delegou a prestação do serviço ao concessionário. O fator preponderante para o concedente é que o concessionário possua solvência, seja idôneo, sério e capaz tecnicamente.

Elegeu, o legislador, como critério para aprovação da transferência da concessão os seguintes critérios: *a)* atendimento às exigências de capacidade técnica; *b)* idoneidade financeira; *c)* regularidade jurídica e fiscal e, *d)* manutenção de todas as cláusulas do contrato vigente.

Essas razões, de caráter objetivo, permitem ao Poder Concedente motivar o seu interesse, inadmitindo-se a manifestação lacônica de um mero defiro ou indefiro, capaz de caracterizar arbitrariedade.

Rafael Bielsa¹⁰ já tecia essas considerações em 1950:

“transferência de la concesión – 1. El acto de aprobación debe ser fundado y motivado. La negativa no debe ser arbitraria.”

Portanto, o exercício dessa atribuição não pode ser arbitrário, pois o poder discricionário não se confunde com o entendimento pessoal do agente público. Após o advento da CF de 1988, a Administração Pública é obrigada a cultivar os sadios princípios insculpidos no art. 37 da CF, o que por si só, retira do agente público o poder ilimitado para a prática do ato discricionário. Assim sendo, o ato discricionário passou a ser amarrado ao estatuído pelo Constituinte moderno, ou seja, ação com respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e moralidade.

A hipótese do controle societário da concessão também segue o que vem narrado pelo artigo 27 da Lei de Concessões.

Criticando a falta de concorrência para a cessão do contrato de concessão ou mudança do controle societário da concessionária, o ilustre constitucionalista Humberto Ribeiro Soares entende que a lei não foi coerente, pois na subconcessão a outorga sempre se dá após a realização da concorrência pública.

O eminente mestre¹¹ fala assim:

“9. Ora, que quadro curiosamente estranho! A redação que aí está, do *caput* deste art. 27, da lei das concessões, leva a refletir sobre o intrigante panorama legislativo que exige autorização do poder concedente quer para a subconcessão quer para a transferência de concessão ou transferência do controle acionário do concessionário, mas só fala em exigência prévia de licitação para a subconcessão, não mencionando exigência de licitação para transferência de concessão. Esta (é, a bem dizer, equivalente transferência do controle acionário) teria posto o texto da lei a não depender de licitação pois que para ela a lei parece fazer bastar ‘prévia anuência do poder concedente’ sujeitando, aquele que a lei simploriamente chama de ‘pretendente’, a atender as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço: e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor?”

O festejado Humberto Ribeiro Soares trouxe ao seu vigoroso estudo o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹² de quem divergiu parcialmente, quando a emitente professora afirmou:

“O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da

¹⁰ Rafal Bielsa, “Transferência de Concesiones de Servicios Públicos y Transferência de Bienes Afectados a Servicios Públicos Prestados por Concesionários. Poderes Jurídicos del Concedente”, in *Estudios de Derecho Publico*, tomo I, Depalma, 1950, Buenos Aires, ps. 466/467.

¹¹ Humberto Ribeiro Soares, “A Constitucionalidade e a Transferência de Concessão (O Art. 27 da Lei nº 8.987, de 13/2/95)”, in *Revista Ibero Americana de Direito Público – RIADP*, vol. 1, 2000, Ed. América Jurídica, os. 116/117.

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Ed. Atlas, 1999, p. 105.

Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’ ora sendo o concessionário eleito por um processo licitatório, admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória.”

A parcial divergência do professor Humberto Ribeiro Soares¹³ consiste:

“Todavia, de nossa parte, pedimos licença para alimentar a discordância para com aquela eminente autora, embora tão-somente quanto a um aspecto. O de ela não haver impugnado a permissão de manutenção da concessão após transferência do controle acionário.

Entendemos d.v., que não se dar a caducidade significaria ‘admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame, ou se participou, não logrou a almejada vitória’, ou seja, tudo que aquela ilustre autora refletiu para a hipótese da transferência da concessão.

Quer dizer, ao contrário daquela ilustre autora, entendemos que o dispositivo, no tocante a este motivacional (transferência do controle societário) é inconstitucional pelos mesmos motivos que ela empalmou para o outro motivacional.

Apesar de sermos discípulos dos citados mestres, ousamos discordar das autorizadas visões, pelo simples fato da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária não se constituir em uma nova concessão, tendo em vista que todas as cláusulas e condições do contrato em vigor são mantidas (art. 27, II, da Lei nº 8.987/95). Já na subconcessão a hipótese é distinta, tendo em vista que é gerada relação jurídica direta entre o poder concedente e o subconcessionário. Não representa, a subconcessão na redução da concessão.

Todavia, na cessão ocorre a transferência do que foi licitado. Como licitar o que já possui regramento próprio?

Reconhecendo que a cessão não representa uma nova concessão o ilustre Marçal Justen Filho, em curtas, porém robustas palavras, diz:

“A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantem-se o vínculo originariamente estabelecido, restrita a mudança à pessoa do concessionário. Portanto, as condições previamente estabelecidas não são alteradas, na hipótese do art. 27.”

¹³ Humberto Ribeiro Soares, *ob. cit. ant.*, p. 118.

Agrega-se a esta firme posição, Arnaldo Wald,¹⁴ no seu “O Direito e a Lei de Concessões”, onde enfrentou também a análise do artigo 27 da Lei nº 8.987/95, chegando à conclusão com a qual concordamos integralmente:

“Rigorosamente, o dispositivo enfocado nada dispõe acerca dos procedimentos a serem tomados para a efetivação da transferência do controle societário da concessionária ou da própria concessão, o que leva ao entendimento de que, a nível regulamentar, o poder concedente deverá traçar o processo a ser observado para a formalização da transferência da concessão. Na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para o atendimento dos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência a outra pessoa. Nesse caso, bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do poder concedente incumbida de concordar com a transferência da concessão.”

Em razão de ser mantida a mesma base e condição da contratação *genesis*, a concessão, que não é uma nova concessão, não necessita de licitação, por haver inviolabilidade de competição. Para casos como o presente, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 declara ser inexigível o certame licitatório. Cabendo ressaltar que a doutrina dominante fixou o entendimento de que as hipóteses declinadas no art. 25 da Lei de Licitações não são taxativas, eis que o requisito principal para a contratação direta é a inexigibilidade de competição quando houver incompatibilidade da mesma.

In casu, a licitação que declarou o vencedor da concessão já foi suficiente para traçar as cláusulas, formas e condições da prestação de serviços, devendo o poder concedente, dentro dos requisitos eleitos pelo art. 27 da Lei de Concessão, ou seja, deverá ser atendido às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço. Por estas razões, entendemos ser constitucional o art. 27 da Lei de Concessões.

III – MUDANÇA DO CONTROLE SOCIETÁRIO DA CONCESSIONÁRIA NECESSITA DA PRÉVIA ANUÊNCIA DO PODER CONCEDENTE - DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO

Consoante entendimento firmado no tópico anterior, entendemos ser perfeitamente constitucional o art. 27 da Lei nº 8.987/95. Nessa moldura: “A Lei, sabiamente, estendeu a disciplina da transferência da concessão à cessão do controle societário. Evitou, desse modo, disputa prática complexa e de solução quase inevitável.”¹⁵

¹⁴ Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O Direito e a Lei de Concessões*, 1996, RT, p. 146.

¹⁵ Marçal Justen Filho, *ob. cit. ant.*, p. 287.

É inviável o procedimento licitatório para legitimar a mudança de controle societário da concessionária, tendo em vista que são mantidas todas as cláusulas e condições do respectivo contrato de concessão.

Com a magistral pena, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ afirma:

“... só se solicitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja.”

Mantemos vivo todos os fundamentos desenvolvidos na fundamentação que adotamos no tópico anterior.

IV – CONCLUSÃO

Pelo exposto, concluímos ser plenamente legal o art. 27 da Lei nº 8.987/95, não ferindo a CF, em razão do Constituinte atual permitir que a lei estabeleça os casos que são inexigíveis ou que as licitações são dispensadas (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93). Sendo certo, que tanto na transferência da concessão ou do controle societário da concessionária por não caracterizar as hipóteses de nova concorrência, não há que se falar em licitação, bastando a anuência prévia do poder concedente através de ato motivado.

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 7ª ed., 1995, p. 321.