

Desestatização pode impactar estrutura dos contratos de concessão

Autor(a): Luciano Ferraz

Publicado em: 05 de outubro de 2017

Publicação: conjur_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/luciano-ferraz/desestatizacao-pode-impactar-estrutura-dos-contratos-de-concessao>

Fonte original: <https://www.conjur.com.br/2017-out-05/interesse-publico-desestatizacao-impactar-estrutura-contratos-concessao>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/luciano-ferraz/desestatizacao-pode-impactar-estrutura-dos-contratos-de-concessao#ep-f4f93088

Resumo

A prestação de serviços públicos no Brasil é tarefa constitucionalmente atribuída ao Poder Público em

Texto integral

A prestação de serviços públicos no Brasil é tarefa constitucionalmente atribuída ao Poder Público em todos os níveis, cuja execução, direta ou indiretamente (concedida a privados) [1] depende de decisões políticas e administrativas adotadas pelas esferas governamentais em diferentes momentos históricos. Nestes termos, o artigo 175 da Constituição da República, dispõe 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.” O Governo Federal anunciou recentemente a ampliação do espectro de desestatização, mediante concessão. Foram incluídos 57 novos projetos no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI, regulado pela Lei 13.334/16), entre eles aeroportos, rodovias, portos, empresas estatais (por exemplo, casa da moeda), linhas de transmissão de energia elétrica. Estima-se a arrecadação de cerca de R\$ 44 bilhões com execução dessa carteira de projetos junto ao setor privado. Diz-se ao junto setor privado porque, na atual conjuntura da economia nacional — e à luz de um orçamento que apresenta expectativa de déficit de R\$ 159 bilhões no exercício em curso — assiste-se a uma muito mitigada capacidade de participação de empresas brasileiras estatais (tradicionais no segmento de infraestrutura) ou mesmo privadas nos processos licitatórios pertinentes à iniciativa. De toda sorte, a ampliação da oferta desses ativos de concessão no mercado mexe com o sistema de regulação desses contratos, fundamentalmente porque a expansão da oferta exigirá reordenações societárias em diversos domínios, tornando premente analisar disposições da Lei 8.987/95 que versam sobre mecanismos de alterações subjetivas no campo contratual das concessões. A disciplina das alterações subjetivas nos contratos de concessões e afins, comparece prescrita na Lei 8.987/95, tratando, basicamente, de três figuras jurídicas, a ver: (a) subconcessão; (b) transferência da concessão; (c) transferência de controle da concessionária. Dispõem os artigos 26 e 27 da Lei 8.987/95: 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 todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão. Art. 27. A transferência de concessão ou do

controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. A subconcessão prevista no artigo 26 da Lei 8.987/95 caracteriza-se pela transferência de parcela dos direitos e deveres decorrentes da relação contratual a um novo player, mediante aprovação prévia do Poder Concedente; na subconcessão instala-se relação jurídica substitutiva e direta entre o concedente e o subconcessionário, com a consequente sub-rogação nos direitos e obrigações do concessionário primitivo, respeitado o limite da subconcessão. Já na transferência da concessão — tratada na primeira parte do artigo 27 da Lei 8.987/95 — o trespasse do objeto, dos deveres e das responsabilidades da concessionária primitiva para o novo player dá-se em caráter integral, passando o último a ser o exclusivo executor dos serviços perante o Poder Concedente e os usuários. Há, como consequência, a sub-rogação total em direitos e obrigações, com a mudança de um dos polos da relação contratual. Além da subconcessão e da transferência da concessão (operações semelhantes, divisíveis sob o ponto de vista quantitativo), o artigo 27 da Lei 8.987/95 (segunda parte) versa também sobre a possibilidade de transferência do controle societário da concessionária para um terceiro. Esta movimentação, diferentemente das duas primeiras, qualifica-se como operação típica de M&A (fusão ou aquisição), regendo-se mais propriamente pelo Direito Societário do que pelo Direito Administrativo, embora com exigências legais de cariz regulatório. Pela legislação federal, a factibilidade da subconcessão exige previsão no contrato, concordância do Poder Concedente e uma nova licitação, que poderá ser realizada pelo concedente ou pelo concessionário, nos termos do que dispuser o ato que autorizar a operação. Já a transferência da concessão (mesmo que não haja previsão no contrato) exigirá anuência do Poder Concedente e, a meu juízo, procedimento licitatório [2], ou, no mínimo, o enquadramento do caso em hipótese de contratação direta. [3] A transferência do controle da concessionária, a seu turno, é matéria estranha ao espectro em si do contrato de concessão, mas o legislador exige — na pressuposição de que o titular do serviço tem que conhecer e ter segurança quanto aos novos controladores da empresa concessionária de serviços públicos — pelo menos a anuência prévia do Poder Concedente, para além da chancela das autoridades reguladoras. O estudo desses mecanismos e seu impacto para os contratos de concessão é fundamental diante do novo panorama de ampliação do movimento de desestatização anunciado pelo Governo Federal. A entrada e o crescimento da participação do capital estrangeiro nesse âmbito fatalmente trará impactos nos arranjos societários subjacentes aos contratos de concessão, o que exigirá do Poder Concedente e das entidades estatais de regulação (por exemplo, Aneel, Anac, Cade) um redobrado zelo quanto aos movimentos de concentração econômica e de remessa de dividendos para o exterior. Por derradeiro, não é possível perder de vista a conexão existente entre a incumbência na prestação dos serviços públicos e a qualidade de vida dos cidadãos, a quem, afinal, incumbe custear direta ou indiretamente a carga dessa opção política. [1] Compreende-se que quando o contrato é estabelecido com pessoas jurídicas estatal, ainda que com personalidade jurídica de direito privado, está-se diante de exploração direta dos serviços. Ver, sobre o tema, FERRAZ, Luciano. Parceria público público: contrato de programa e execução de serviços públicos municipais por entidade da Administração Indireta Estadual. Revista de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul., 2010, Disponível na internet: direitodoestado.com.br. Acesso em 26.09.2017. [2] Há autores que sustentam sempre a desnecessidade dessa licitação. Ver, por todos, FREITAS, Rafael Veras. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 167-196, abr./jun. 2015. [3] O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no sentido da imprescindibilidade da licitação,

entende que: “[...] ainda que exista na Lei n. 8.987/95 possibilidade de transferência da concessão a terceiro, essa norma tem que ser interpretada no bojo do complexo normativo que rege a matéria, especialmente, à luz de preceitos constitucionais que exigem a realização de prévio procedimento licitatório e respeito a princípios fundamentais, como o princípio da isonomia, bem assim daqueles que regem a conduta administrativa. De outro modo, não há como pretender sua aplicação, porquanto padeceria de inconstitucionalidade.” (TCE-MG, Consulta nº 837.532, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Gilberto Diniz).

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

FERRAZ, Luciano. Desestatização pode impactar estrutura dos contratos de concessão. *conjur_import*, 5 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-05/interesse-publico-desestatizacao-impactar-estrutura-contratos-concessao>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colonistas/luciano-ferraz/desestatizacao-pode-impactar-estrutura-dos-contratos-de-concessao>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Ferraz, L. (2017, October 5). Desestatização pode impactar estrutura dos contratos de concessão. **conjur_import**. <https://www.conjur.com.br/2017-out-05/interesse-publico-desestatizacao-impactar-estrutura-contratos-concessao>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

FERRAZ, Luciano. 2017. “Desestatização pode impactar estrutura dos contratos de concessão.” **conjur_import**, October 05. <https://www.conjur.com.br/2017-out-05/interesse-publico-desestatizacao-impactar-estrutura-contratos-concessao>

BibTeX

```
@article{luciano-ferraz-desestatiza-o-pode-impactar-estrutura-do-2017,
author = {Ferraz, Luciano},
title = {Desestatização pode impactar estrutura dos contratos de concessão},
journal = {conjur_import},
year = {2017},
url = {https://www.conjur.com.br/2017-out-05/interesse-publico-desestatizacao-impactar-estrutura-contratos-concessao},
urldate = {2017-10-05}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>